



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 8 - nº 1 - Tomo II (L/W) - jul.-dez. 2016



Elaborado no 1º Semestre 2016



REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 8 - nº 1 - Tomo II (L/W) - jul.-dez. 2016



Elaborado no 1º Semestre 2016



© 2017 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

Semestral

ISSN 2179-8575

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

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

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

1º Semestre de 2016

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.



Laís Sitônio Maia

EIRELI: UM NOVO OLHAR A PARTIR DO PROJETO DE LEI 6.698/2013 845

Larissa Durães Tude

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL..... 859

Leonardo Sousa Landi

REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO 873

Letícia D'Assumpção Lima Rangel

IMPEACHMENT NO TERCEIRO MILÊNIO 890

Letícia Maria Siqueira Marinho

O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À LIBERDADE À INFORMAÇÃO 906

Lívia Vital de Oliveira Paragó

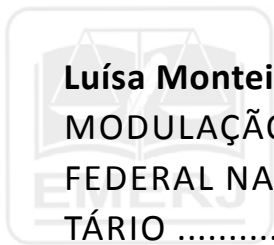
O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS REFLEXOS NAS EXECUÇÕES FISCAIS..... 922

Lucas Ferreira Soares de Brito

O PRECEDENTE DO HC Nº 126292-SP E A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 939

Luis Felipe dos Santos Guedes

ERRO MÉDICO VETERINÁRIO: NECESSIDADE DE SUA REINTERPRETAÇÃO À LUZ DA NOVA REALIDADE SOCIAL..... 963



Luísa Monteiro Chaloub

MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO 978

Luiz Felipe Oliveira Neves

PERSPECTIVAS ACERCA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE: CISÃO E SOBRELEVAÇÃO... 997

Marcelle Pessanha Martins Escobar

EMBARGOS INFRINGENTES PENAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO ORDENAMENTO BRASILEIRO E DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS 1011

Marcelle Raschik Riche

UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO MEDIDAS PARA REDUZIR OS DANOS 1030

Marcelle Rosa da Silva

AS ASTREINTES E A EFETIVIDADE JURISDICIONAL DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....1043

Márcia Crystina de Miranda Guimarães

O COMÉRCIO ELETRÔNICO E AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS NO ATUAL CENÁRIO SOCIAL 1061

Marco Antônio da Silva Gomes Júnior - A BUSCA DA PRIMAZIA DO MÉRITO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 1077

Marcos Dias Caetano Simões - A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO À LUZ DA CONTRATAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO..... 1090

Marcos Telles Moura

MÉTODO PARA APLICAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DO DANO MORAL NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL 1109

Maria Eduarda da Fonseca Passos Bittencourt

DA POSSIBILIDADE DE DANO MORAL EM CASO DE DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO ANALISADO CONJUNTAMENTE COM AS LIMITAÇÕES DA MENORIDADE CIVIL 1127



Maria Eduarda de Oliveira Brasil

O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TÉCNICA DO OVERRULING: UM EXAME CRÍTICO 1144

Maria Júlia Knibel Cid

A INSEGURANÇA JURÍDICA GERADA EM DECORRÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONVÊNIO CELEBRADO NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ)..... 1161

Maria Luiza Abreu de Barros Monteiro

O FORTALECIMENTO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 1177

Maria Luisa Portocarrero Castex Arbex

O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA VISÃO DA PSICOLOGIA JURÍDICA 1194

Mariana de Faria Almeida

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTEXTO DA “PRISÃO CAPTURA” 1208

Mariana Várzea Ribeiro Pereira

IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES SOB A PERSPECTIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL 1224

Mariana Murucci Monteiro

LIMITAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO FRENTE A EXISTÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO 1240

Mário Luiz de Souza Filho

SUBCAPITALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO DOS CREDORES....1257

Meline Magalhães de Mendonça Siqueira Sales

ESTADO REGULADOR DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A PROBLEMÁTICA DO UBER1277

Michel Arnoso

A RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS O MÍNIMO EXISTENCIAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE 1294



Michelle Vargas Freire

AMAR É UM DEVER LEGAL?..... 1311

Moisés Pereira Lage

A SUPRESSÃO (OU NÃO) DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS..... 1327

Nairim Machado Palma

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A CARACTERÍSTICA DA OMISSÃO ESPECÍFICA..... 1344

Nino Donato Oliva

RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL PELOS ATOS PRATICADOS PELA INTERNET: O COMBATE AOS ATOS ILÍCITOS DO NOVO MILÊNIO E A DESNECESSIDADE DE LEI PRÓPRIA 1357

Pedro Henrique de Abreu

O DESPAUTÉRIO ENTRE AS PENAS DOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO E DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA 1376

Pedro Henrique Salles Ribeiro

A GUARDA DE REGISTROS NO MARCO CIVIL DA INTERNET: CONSTITUCIONALIDADE?..... 1393

Rafael de Oliveira Galluggo

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL..... 1412

Rafaela da Cunha Nascimento

O DIREITO DO TRANSEXUAL DE SER TRATADO DE FORMA SOCIALMENTE CONDIZENTE COM A SUA IDENTIDADE SEXUAL 1427

Rafaela da Silva Matildes

A INFLUÊNCIA DO CLAMOR SOCIAL NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL BRASILEIRA 1445



Rafael Mansur de Oliveira

O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL..... 1462

Raphael Caio Magalhães

A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DE NORMA PENAL INCRIMINADORA E SEUS EFEITOS NA TEORIA DO CRIME 1481

Raquel Dias de Almeida

A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR 1499

Renata Viana da Cunha

IMPLICAÇÕES DO ESTATUTO DO DEFICIENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA ... 1521

Roberta Bandeira de Melo da Silva

PRECEDENTE JUDICIAL - MECANISMO PROCESSUAL DE CELERIDADE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS 1540

Rodrigo de Castro Villar Mello

CONTROLE JURISDICIONAL DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL ... 1554

Sabrina Karolyne Andrade Magalhães

LEGALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM DIREITO TRIBUTÁRIO 1575

Thaíla Rédua Pestana Dias

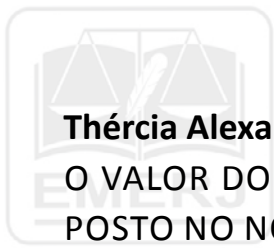
EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DE MANDADO DE INJUNÇÃO. DA TEORIA NÃO CONCRETISTA À TEORIA CONCRETISTA 1597

Thais Moreth da Silva

O DISCURSO DO ÓDIO COMO INSTRUMENTO BALIZADOR E LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO 1614

Thaíse Spínola Tostes

UM OLHAR DEMOCRÁTICO SOBRE O NEGÓCIO JURÍDICO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO..... 1632



Thércia Alexandrino de Souza

O VALOR DO BEM LEVADO À COLAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 FRENTE AO DISPOSTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 1646

Thiago Viana Mothé

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659: O PODER JUDICIÁRIO TEM LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA DESCRIMINALIZAR O PORTE DE DROGAS? 1663

Vinícius Ribeiro de Carvalho dos Santos

A NECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 1680

Viviane Braga de Oliveira Rodrigues

A JUSTIÇA PELO CONSCIENTE DO JUIZ: QUESTIONAMENTO SOBRE OS LIMITES INTERPRETATIVOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA..... 1696

Wagner Martins Soares

CONTROLE JURISDICIONAL E NEGÓCIOS PROCESSUAIS..... 1714

William Teitel

A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PREVISTA NO ART. 6 DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001..... 1729

EIRELI: UM NOVO OLHAR A PARTIR DO PROJETO DE LEI 6.698/2013

Laís Sitônio Maia

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

Resumo: A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) foi trazida ao ordenamento pela Lei 12.4411 de 2011, desde então a doutrina debate a sua aplicabilidade, efetividade e os termos em que foi inserida no ordenamento. O presente trabalho tem por escopo analisar a EIRELI a partir do Projeto de Lei 6.698/13 que em sua redação traz diversas alterações que esclarecem muitas das divergências acerca do tema.

Palavras-chave: Direito Empresarial. EIRELI. Projeto de Lei 6.698/13. Artigo 980-A, CC.

Sumário: Introdução. 1. Origem e Evolução Histórica 2. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. 3. O Projeto de Lei 6.698/13 e a Criação da Sociedade Limitada Unipessoal – SLU. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada e sua efetividade no meio empresarial. Constata-se faticamente uma inconsistência na interpretação e aplicação do referido instituto.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir as disposições atinentes ao instituto da EIRELI, as dúvidas geradas na doutrina e sugerir-se-ão soluções.

O primeiro capítulo apresenta o histórico do direito empresarial, contextualizando a empresa e seus critérios, para que assim seja possível uma melhor compreensão acerca do instituto da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI.



O segundo capítulo adentra no referido instituto, induzindo questionamentos quanto à natureza jurídica desse ente e os debates doutrinários acerca do tema, cada ponto questionável em relação à referida pessoa jurídica, como a exigência de integralização do capital social em valor tão elevado dificultando a adesão a essa espécie societária, pois como há unipessoalidade, o instituidor tem que ser capaz de, por si só, ter em mãos 100 vezes o valor do salário mínimo no momento do registro. Essa é uma das inconsistências da EIRELI que é trabalhada no Projeto de Lei 6.698/13¹.

Segue-se ponderando como este projeto, ainda que não sancionado, traz um novo olhar à EIRELI, olhar este que deve ser considerado e adotado pelo aplicador do direito e pela doutrina em geral.

O terceiro capítulo comenta a nova pessoa jurídica que o Projeto pretende trazer ao ordenamento jurídico, comparando-a com a EIRELI e questiona, por fim, sua efetividade.

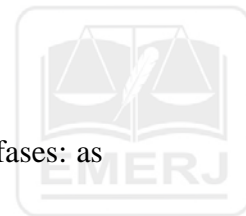
A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, qualitativa e parcialmente exploratória.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Lei 10.406/02² instituiu no ordenamento jurídico pátrio o novo Código Civil, modificando diversos aspectos do direito comercial e rompendo com a teoria dos atos de comércio e, conseqüentemente, com a figura do comerciante, consagrando no ordenamento a teoria da empresa.

¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.698, de 05 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599528>>. Acesso em: 18 set. 2016.

² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.



No que se refere ao direito comercial, esse foi dividido pela doutrina³ em três fases: as corporações de ofício; a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa.

As corporações de ofício surgiram na Idade Média, quando o poder era descentralizado. Época em que não existiam regras que regulamentassem as atividades comerciais. As corporações eram criadas pelos próprios comerciantes, que criavam as suas próprias regras, uma vez que não existia a participação da figura do Estado naquelas relações. As regras a serem aplicadas eram usos e costumes de cada localidade, que eram compilados no “estatuto” das corporações.

Quando eventualmente surgiam conflitos, esses litígios existentes eram solucionados pelos tribunais consulares, formados por juízes e árbitros eleitos pelos próprios comerciantes.

O conceito adotado era subjetivo, somente tinham a “proteção” aqueles que se filiassem às corporações. O critério pessoal era preponderante, pouco importando a atividade que era desenvolvida.

A teoria dos atos de comércio surge na Idade Moderna, quando a jurisdição era exercida pelos Estados e o poder político centralizado. Essa teoria foi inspirada pelo Código de Napoleão em 1808, consagrando a autonomia do direito comercial. Para ser considerado comerciante era necessário praticar os chamados “atos de comércio”.

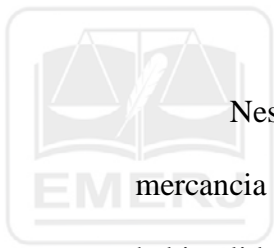
O Brasil, influenciado pelo código Napoleônico, editou em 1850 o Código Comercial⁴, adotando também a teoria dos atos de comércio, sob forte influência do Código Napoleônico.

No mesmo ano foi publicado o Decreto 737⁵, que previa em seu artigo 19 os atos considerados de mercancia.

³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴ BRASIL. Código Comercial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁵ BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.



Nessa época eram considerados comerciantes apenas aqueles que praticassem atos de mercancia pela lei, previstos no art. 19 do Decreto 737/1850⁶, tais como profissionalismo e habitualidade (art. 4º, CCom/1850). Neste caso o conceito adotado era objetivo, sendo necessário que a atividade a ser exercida estivesse prevista no regulamento (Decreto 737/1850), para a proteção e incidência das normas do direito comercial.

A teoria da empresa é inspirada no Código Civil Italiano de 1942, visando à unificação entre o direito civil e empresarial. No Brasil, com o advento da Lei 10.406/02⁷, houve a revogação parcial do CCom/1850, estando (atualmente) em vigor apenas as disposições relativas ao comércio marítimo.⁸

A unificação entre o direito civil com o direito empresarial não afetou a autonomia do direito empresarial que continua assegurada pela CRFB (art. 22, I, CRFB)⁹. Com adoção da teoria dos atos de comércio tem-se a substituição da figura do comerciante pelo empresário. O empresário é aquele que exerce profissionalmente, atividade econômica e organizada (art.966, CC¹⁰).

O conceito de empresa não foi elaborado pelo legislador, utilizando o legislativo o conceito elaborado por Alberto Asquini¹¹, que compreendia “a empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição.

O melhor conceito de empresa dentre os aspectos abordados acima, seria o funcional, a empresa como atividade.

⁶ Vide nota 3

⁷ Vide nota 2

⁸ OPCIT Marcelo BERTOLDI

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

¹⁰ Vide nota 2

¹¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Revista De Direito Mercantil, Industrial, Econômico E Financeiro*. São Paulo. Ano XXXV. N. 104. Out-Dez 1996.

Sendo assim, pode-se conceituar a empresa como atividade econômica e organizada realizada pelo empresário através do conjunto de bens (para produção ou circulação de bens ou serviços). Empresário é aquele que exerce profissionalmente a atividade econômica através do estabelecimento. Estabelecimento complexo de bens organizados para o exercício da atividade empresarial. O empresário é sujeito de direito, enquanto o estabelecimento é objeto de direitos.

O conceito de empresa é: a “atividade econômica organizada para a produção e/ou a circulação de bens e de serviços”. São elementos caracterizadores: atividade econômica (visa ao lucro), organizada, circulação de bens e serviços (desde o escambo esse é o objetivo do comércio).

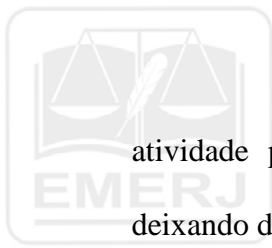
O empresário pode ser considerado como o titular da empresa que a exerce em caráter profissional. Já o sócio é a denominação que recebe cada uma das partes de um contrato de sociedade. Assim sendo, sócio é aquele que detém uma fração de qualquer sociedade empresarial e não é considerado, tecnicamente, como empresário.

Elementos caracterizadores: titularidade (sócio \neq empresário), profissionalismo (em caráter permanente, não eventual), exerce empresa (com todos os seus requisitos).

Não exerce empresa quem atua em caráter artístico, científico e literário, ainda que com auxiliares, é o que dispõe o Enunciado 193 do Conselho Nacional de Justiça.¹²

Importante frisar que a atividade não deve constituir “elemento de empresa”, ou seja, deve estar absorvida pelos fatores de produção acima referidos. Entendimento esposado no Enunciado 194 do CNJ – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a

¹² Enunciado da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.



atividade pessoal desenvolvida. Quando a profissão torna-se componente da atividade, deixando de ser fator principal.¹³

Enunciado 195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.¹⁴

Conceito Poliédrico de empresa: Segundo Alberto Asquini¹⁵ a empresa pode ser identificada por seus aspectos subjetivo, funcional, patrimonial (objetivo) e corporativo.

No aspecto subjetivo a empresa é vista como o próprio empresário, no funcional a empresa é vista como a própria atividade (uma abstração). No aspecto patrimonial a empresa confunde-se com estabelecimento e, por fim, no aspecto corporativo a empresa é tida como instituição formada pelo empresário e seus empregados.

Art. 967, Código Civil.¹⁶ É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Objetivamente a lei não comina uma sanção, mas há uma série de vantagens da regularidade que aquele que não se registrou não poderá se beneficiar, quais sejam:

Os sócios somente poderão provar a existência da sociedade, nas relações entre si ou com terceiros, por meio de documento escrito, mas os terceiros poderão prová-la de qualquer modo, esta disposição protege o terceiro de boa-fé.

Os bens e dívidas sociais passam a ser encarados como uma espécie de patrimônio especial, distinto do dos sócios, que serão são titulares em comum, ou seja, em condomínio. Esta vantagem evita a fraude contra credores e privilegia mais uma vez o terceiro de boa-fé.

¹³ Vide nota 11

¹⁴ Vide nota 12

¹⁵ Vide nota 11

¹⁶ Vide nota 2

Os bens sociais responderão pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo se houver pacto expresse que limite os poderes a eles concedidos, o qual somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer;

Todos os sócios passam a responder solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade.

“Responder solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais”, talvez a maior e principal consequência da irregularidade, significa que cada sócio responde com seu patrimônio pessoal pelo pagamento integral da dívida contraída em nome da sociedade; ou, em outras palavras, que o credor tem o direito de cobrá-la, no todo ou em parte, de um, alguns ou todos os sócios devedores a seu exclusivo critério.

Art. 972 do Código Civil¹⁷. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

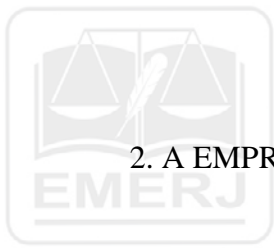
O pleno gozo da capacidade civil se alcança com a maioria, em regra (art. 5º, CC). Importante ressaltar que existem outras formas de se alcançar a capacidade civil e estão no parágrafo único do mesmo art. 5º.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15¹⁸) alterou o art. 3º do Código Civil, excluindo de seu rol as pessoas com deficiência mental - elas não são mais consideradas incapazes! - ou seja, não há dispositivo legal que impeça o exercício da empresa por deficiente mental.

De certo que a aplicação será casuística, e no Estatuto supramencionado existe o instituto da tomada de decisão apoiada que pode ser importante nestes casos.

¹⁷ Vide nota 2

¹⁸ BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.



2. A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI

A Lei 12.441/2011¹⁹ que instituiu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada foi publicada no DOU de 12.07.2011, mas entrou em vigor no dia 08.01.2012, por força do artigo 3º§, 4º, que previa 180 dias de *vacatio legis*. Cabe lembrar que a lei tem efeitos *ex nunc*, não permitindo a limitação de responsabilidade automática de empresários individuais já existentes.

A implementação, pela Lei 12.441/11, da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI – trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma evolução (tardia) da legislação societária, conferindo a possibilidade de uma única pessoa titular da totalidade do capital social constituir uma EIRELI.

Seria a EIRELI um novo ente jurídico personalizado ou uma sociedade unipessoal ?

A natureza jurídica da EIRELI encontra grande divergência na doutrina. A primeira corrente sustenta que ela representa uma nova pessoa jurídica²⁰ decorrente da personificação da empresa e a segunda corrente, majoritária entre outros destacamos Fabio Ulhôa Coelho, José Edwaldo Tavares Borba, Sérgio Campinho, que ela seria uma sociedade unipessoal. Nos dizeres do Renomado Sergio Campinho a melhor definição de EIRELI seria “uma sociedade unipessoal não temporária, portanto, permanente, instituída, originalmente ou em razão de superveniente concentração de cotas de outra modalidade²¹ e administrada por apenas uma pessoa, sem que isso atinja seu patrimônio pessoal.

Diante de tantas dúvidas sobre diversos pontos da EIRELI, por tratar-se de um o ente novo no cenário Empresarial, a I Jornada de Direito Empresarial que ocorreu em Brasília nos

¹⁹ BRASIL. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

²⁰ Enunciado 03 da I Jornada de Direito Empresarial: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um ente novo, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária”. Ainda nesse sentido temos a redação do Art. 44, VI, CC que dispõe: “ São pessoas jurídica de Direito Privado (...) VI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”.

²¹ CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Código Civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014 p. 286.



dias 22 a 24 de outubro de 2012 debateu 15 enunciados sobre aspectos gerais do tema, na tentativa de sanar eventuais irregularidades.

Dentre os enunciados que foram apresentados e aprovados, merece destaque os enunciados de número 03 que está em consonância com o Enunciado 468, da V Jornada de Direito Civil²².

Os mencionados enunciados afirmam ser a natureza jurídica da EIRELI um novo ente personalizado, mas como restou comprovado acima, o presente têm é divergente entendendo a corrente majoritária que a EIRELI tem natureza jurídica de sociedade unipessoal.²³

No tocante à instituição da EIRELI, existe divergência quanto à restrição da Pessoa Jurídica para sua criação. O Enunciado 468, da V Jornada de Direito Civil, afirma que a EIRELI somente poderá ser instituída por uma pessoa natural, entendimento esse que vem sendo defendido por diversos doutrinadores.

No que se refere à pessoa que pode constituir a EIRELI, a redação atual do caput do artigo 980-A do Código Civil²⁴, omite o vocábulo “natural”, o que trouxe a dúvida se essa modalidade de empresa poderia ser constituída somente por pessoa natural ou se também seria possível a sua constituição por uma pessoa jurídica.

O Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, com a regulamentação da Instrução Normativa nº 11 - que revogou a I.N. nº 117 de 2011 do antigo DNRC- manteve o mesmo entendimento no sentido de que: “Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”. No mesmo sentido, o Enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil: “A empresa individual de

²² Enunciado 468, CJF – Arts, 44 e 980-A: A empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico Personalizado,

²³ Vide nota 2. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011)

²⁴ Vide nota 2



responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”, mesmo entendimento consagrado por Sergio Campinho²⁵, Tepedino e outros²⁶.

No entanto, a despeito dessa orientação, há quem entenda ser possível a instituição de EIRELI por pessoa jurídica, como Marlon Tomazzete²⁷ e de Fábio Ulhoa Coelho²⁸, e esse é o posicionamento adotado atualmente nos tribunais,²⁹ autorizando a instituição de EIRELI por Pessoa Jurídica e forçando as Juntas Comerciais a procederem ao registro.

Em pesquisa recente no DREI, nota-se que os empresários continuam a se cadastrar como empresários individuais sem a limitação da responsabilidade em vez de optarem pela empresa individual de responsabilidade limitada. Verifica-se, ainda, uma forte constituição de sociedades limitadas sem que o número de sociedades desse tipo tenha diminuído em virtude da empresa individual de responsabilidade limitada³⁰.

A redação atual do caput do art. 980-A da Lei nº 10.406, de 2002, estabelece que a empresa individual de responsabilidade limitada seja constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, mais de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil).

A menção ao “capital social” da EIRELI no caput do artigo em análise é atécnica, pois, como já visto, não se trata de sociedade. Entretanto, é possível conceber inafastável paralelo entre o capital social, típico das sociedades, e o capital das EIRELIs. Além disso, a restrição do capital mínimo no Brasil se aplica somente às Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, sem que igual exigência seja extensiva a sociedades limitadas,

²⁵ CAMPINHO, op.cit., p. 133.

²⁶ TEPEDINO, e outros. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República* 2.ed. V.3.Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.184.

²⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*.V.1. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.62

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V 1. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161

²⁹ 055456671.2012.8.19.0001 (00082327.2012.4.02.5101); Processo: 0011383-32.2013.403.6100 – SP; Processo: 0017439-47.2014.4.03.6100-SP

³⁰ Dados do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) referentes a 2015 apontam que das 37.319 sociedades empresárias constituídas, mais de 90% foram sociedades limitadas e ainda que o número de EIRELIs constituídas esteja crescendo a cada ano, os números LTDAs não diminuí. Disponível em <<http://www.drei.smpe.gov.br>> . Acesso em 01/06/2016.



incentivando a criação e manutenção de sociedades limitadas em que um sócio é detentor de quase todo o capital social enquanto o outro é detentor de parcela inexpressiva.

Tendo isso em vista, muito se discutiu sobre a constitucionalidade dessa imposição legal, pois foi considerada uma afronta ao princípio da isonomia, a livre iniciativa e esbarraria na vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV, do art. 7º, da Constituição Federal.

Tal restrição foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4637³¹ – com fundamento nos dispositivos constitucionais supramencionados e sob o argumento de que a limitação a um valor mínimo do capital representaria um claro cerceamento à possibilidade de abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores.

Em atendimento à solicitação, a Presidente da República sustentou a constitucionalidade da expressão impugnada³², aduzindo que o artigo 7º, inciso IV, da Carta Magna³³ muito embora vede o uso do salário mínimo como indexador de prestação periódica, não impede a sua utilização como mera referência.

Sustentou, ainda, que a fixação dos requisitos necessários para a constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por meio de lei não tem o efeito de violar o princípio da livre iniciativa.

O parágrafo 1º do artigo 980-A³⁴ do Código Civil foi duramente criticado pelos estudiosos³⁵ do tema por mais uma atecnia, por trazer em sua redação a menção a firma ou denominação “social”.

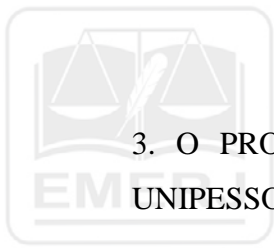
³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4123688>>. Acesso em 15 ago. 2016.

³² Ibid.

³³ Vide nota 8

³⁴ Vide nota 1

³⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V.3 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



3. O PROJETO DE LEI 6.698/13³⁶ E A CRIAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL - SLU

O Projeto de Lei em análise se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados e divide-se em duas partes: a primeira parte aprimora a disciplina da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, enquanto que a segunda consiste em permitir a constituição de sociedade limitada unipessoal.

As alterações que se referem à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) possuem o intuito de desburocratizar a constituição da mesma e torná-la mais acessível. O Projeto de Lei reescreve o artigo 980-A do Código Civil³⁷, trazendo inúmeras alterações através de nova redação ou supressão de outras atualmente existentes.

No que tange ao debate sobre a possibilidade ou não de uma EIRELI ser constituída por pessoa jurídica, toda controvérsia restará superada se o referido Projeto de Lei for sancionado, tendo em vista que ele inclui a palavra “natural” no caput do art. 980-A³⁸, encerrando toda celeuma acerca do tema.

Sobre a atecnia da menção ao “capital social” de uma “não-sociedade”, o P.L. 6.698/13 também resolve, simplesmente excluindo da redação do artigo a palavra “social”, explicitando ainda mais o afastamento entre a EIRELI e a sociedade.

O texto do Projeto de Lei retira a exigência de capital mínimo para a formação da empresa individual – que pela lei em vigor é de pelo menos 100 salários-mínimos – e a obrigatoriedade de integralização de todo o capital no momento da constituição da empresa.

O autor da proposta, senador Paulo Bauer (PSDB-SC), justificou a eliminação da exigência do capital, que em sua opinião seria um “faz de conta em vigor no país”. Vez que, se alguém quiser iniciar um empreendimento individual precisa colocar numa conta bancária

³⁶ Vide nota 1

³⁷ Vide nota 2

³⁸ Ibid



mais de R\$ 60 mil, e esse capital deixa de existir dois ou três dias depois de sua criação, já que o cidadão precisa investir em sua empresa.³⁹

Solucionando a inconsistência do parágrafo 1º do artigo 980-A do Código Civil, que trata do nome empresarial aplicável as EIRELIs, o Projeto de Lei – mais uma vez primando pela técnica - elimina da redação do referido parágrafo a expressão “social”.

Coerente com todas as alterações propostas ao art. 980-A da Lei 10.931/05, o referido projeto de Lei além de dirimir as dúvidas e impasses relativos à EIRELI, cria a figura da sociedade limitada unipessoal.

No tocante à criação da respectiva sociedade, o instituto inova, permitindo a sua constituição tanto por pessoa natural quanto jurídica, que será titular da totalidade do capital social, sendo autorizada a transformação da Sociedade Limitada e do Empresário Individual em Sociedade Unipessoal Limitada.

As demais alterações propostas no projeto no tocante à sociedade unipessoal limitada, estão de acordo com os institutos já aplicados da sociedade limitada, não constituindo nenhuma inovação, apenas regulamentando a sua aplicação no âmbito jurídico.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou o instituto da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e sua efetividade e aplicação no meio empresarial. Foram abordadas alterações sugeridas pelo Projeto de Lei 6.698/13, ainda em trâmite na Câmara, no tocante a EIRELI e a criação da sociedade unipessoal limitada. Abordando os principais aspectos dessas alterações.

³⁹ Disponível em <<http://senado.leg.br>>. Acesso em 02 set. 2016



Quanto às alterações para EIRELI, conclui-se que a aprovação do referido Projeto de Lei colocará fim as principias divergências em torno da natureza, aplicação, da EIRELI, aclarando as ideias do instituto do artigo 980-A do Código Civil.

Assim como a criação da Sociedade Unipessoal Limitada seria um avanço para o direito societário brasileiro. Depreende-se que um dos principais objetivos do Projeto de Lei 6698/13 é impedir a prática das criações de sociedade limitadas com os “sócios laranjas” e permitindo que a mesma possa ser instituída por pessoa natural ou jurídica.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Código Civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V. 3. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES, Arnaldo; PEREIRA, Efigênia. *Manual de Metodologia da Pesquisa*. Rio de Janeiro: Leon Denis, 2008.

MENDONÇA, Saulo Bichara. *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada: limites e possibilidades como fomento à microempresa*. Curitiba: Juruá, 2014.

NUNES, Marcio Tadeu Guimaraes. *EIRELI: A Tutela Do Patrimônio De Afetação: o reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei 12.441/2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 32.ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 6.ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2014.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Larissa Durães Tude

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Advogada.

Resumo: A Constituição da República determina que é um direito fundamental o melhor interesse do menor, devendo a família, a sociedade e o Estado, através de políticas públicas efetivas, zelar pelo seu desenvolvimento sadio. A limitação etária aos 18 anos para responsabilização penal foi estabelecida segundo critérios biológicos decorrentes das etapas do desenvolvimento humano. Além disso, a maioria penal constitui direito fundamental e, como tal, não pode ser objeto de Emenda Constitucional. A redução da maioria penal fere o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, outorgada à sociedade, à família e ao Estado no que tange a sua proteção, bem como viola também o preceito fundamental do melhor interesse do menor. A criminalidade juvenil constitui um problema social, de modo que medidas imediatistas, além de não considerarem o problema em sua abrangência, contribuem para a reincidência, o estigma de delinquente e o direcionamento à vida criminoso.

Palavras-chave: Constitucional. Penal. Redução da maioria penal. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1. A maioria penal na Constituição Federal. 2. Princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente. 3. A ineficácia da medida na redução da criminalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática da redução da maioria penal sob o aspecto constitucional, no que tange a violação aos direitos da criança e do adolescente.

O tema em voga ganhou notoriedade em decorrência do pedido de desarquivamento da Proposta de Emenda Constitucional nº 171/1993 em março de 2015.

A maioria penal está prevista na Constituição da República, em seu artigo 228¹ e tem como objetivo tutelar o direito social à infância e, por isso, não pode ser objeto de proposta de emenda à Constituição Federal.

Busca-se a reflexão a respeito da efetiva proteção do menor, uma vez que a PEC 171/1993 não considera as raízes do problema da criminalidade juvenil, calcada na desigualdade social e na negligência do Estado e da sociedade.

Nesse sentido, o estudo apontará, com base nos princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção da criança e do adolescente e do direito à infância, que a redução da maioria penal é inconstitucional.

Além disso, será abordada também a doutrina da proteção integral do menor, prevista no artigo 227² da Magna Carta, como fundamento da referida inconstitucionalidade, tendo em vista o dever da família, da sociedade e do Estado de zelar pela efetiva proteção da criança e do adolescente.

Por fim, o estudo atestará a insuficiência da redução da maioria penal no que tange à ressocialização do menor infrator e diminuição da criminalidade. A ineficiência da medida será demonstrada através da análise das consequências do superencarceramento no Brasil e da ineficácia da redução da maioria penal, tendo em vista que o sistema penitenciário brasileiro não atende aos seus objetivos de ressocialização do preso, além de, inclusive, contribuir para a reincidência.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

1. A MAIORIDADE PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Brasil, que sempre teve uma visão histórica defasada de abandono em relação à criança e ao adolescente, apresentou uma grande evolução social neste sentido ao sancionar, em 1990, a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e Adolescente.

Essa mudança surgiu a partir do ideal de redemocratização decorrente da promulgação da Constituição de 1988 e da necessidade do país em se alinhar com os Tratados de Direitos Humanos da qual o Brasil se tornou signatário, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989.

A Constituição Federal, em seu artigo 227², norteou todo o conteúdo do ECA. O referido dispositivo trata do Princípio da Proteção Integral, refletido no artigo 1^o³ do Estatuto. Segundo este preceito constitucional, a proteção do menor se dá de maneira conjunta e estipula que é dever do Estado, da família e de toda a sociedade estabelecer, como prioridade, o bem estar, proteção e segurança da criança e do adolescente de maneira efetiva, em relação a uma sociedade pautada pela falta de altruísmo e sensibilidade. O artigo 227 da CRFB/88 e o artigo 4^o⁴ do ECA preconizam pela prioridade, em caráter absoluto, da proteção à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à educação, à alimentação, à cultura, à profissionalização, ao respeito, ao esporte, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse contexto, observa-se que o direito à infância é um direito social, previsto no artigo 6^o da Constituição Federal e está presente no Título VIII, que trata da Ordem Social. O direito à infância possui natureza protetiva, de modo que a Constituição

³BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

⁴BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.



prescreveu que o menor é objeto de especial defesa da ordem jurídica e, visando sua aplicação efetiva, várias previsões foram feitas, entre elas a do artigo 228¹, que determina que são inimputáveis os menores de 18 anos. A proteção à infância, como direito social que é, confere ao Estado o dever de agir de forma a garantir que às crianças e aos adolescentes sejam assegurados seus direitos (que vêm especificados nos artigos 227, 228 e 229⁵, todos da CF).

A definição específica dos 18 anos se deve ao fato desta etapa do desenvolvimento humano, delimitada entre os 12 e os 17 anos de idade, possuir particularidades que exigem uma atenção diferenciada. Além disso, mostra-se inadequado submeter os adolescentes a um regime penal tradicional, considerando o binômio responsabilização-socialização, os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade e solidariedade.

A Constituição Federal e o ECA possuem como objetivo garantir um desenvolvimento adequado e saudável de crianças e adolescentes, estabelecendo como base norteadora constitucional a dignidade da pessoa humana, tendo em vista as condições específicas do ser humano em desenvolvimento. O pensamento contemporâneo humanístico, que visa a inserção social do menor, não mais enxerga a criança e o adolescente como meros delinquentes juvenis, como já foram considerados pelo Código de Menores de 1979.

A atual legislação protetiva visa a integrar o menor na sociedade, tendo em vista que o Brasil é uma país com diversos problemas sociais, em especial a desigualdade, e que a criança e o adolescente são portadores de direitos e garantias fundamentais,

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

devendo ser assegurado o seu pleno desenvolvimento, físico, social e mental, de forma a atender as suas peculiaridades e especificidades humanas.

O art. 3^o do ECA, que garante ao menor todos os direitos fundamentais da pessoa humana se reflete no art. 1^o, inciso III⁷ da CRFB/88 e nos permite concluir que o Estatuto não é um fim em si mesmo, de modo que o termo utilizado no art. 3^o “sem prejuízo da proteção integral” busca demonstrar que a proteção da criança e do adolescente não se exaure no ECA, havendo, também, a proteção de todo o ordenamento jurídico pátrio, possuindo prioridade do direito da criança e do adolescente sobre os demais. Ressalta-se, ainda, que todo ato normativo que verse sobre o direito da criança e do adolescente deve ser garantidor do pleno desenvolvimento dos menores.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que é também um dever das leis civis e criminais garantir o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes. Ainda, da mesma forma protege o menor o art. 228 da CRFB/88, ao dispor sobre a inimputabilidade dos menores de 18 anos: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Por fim, ao analisar o art. 3^o do ECA, juntamente com o artigo 1^o, III e artigo 228, ambos da CRFB/88, conclui-se que a inimputabilidade dos menores de 18 anos é um direito constitucional individual fundamental, possuindo caráter de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4^o, IV⁸ da CRFB/88. As cláusulas pétreas, ressalta-se, não podem ser objeto de deliberações legislativas tendentes a abolir esses direitos e garantias, hipótese esta que não vem sendo respeitada pelas casas legislativas do país,

⁶BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2015;

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

que alberga propostas de emendas constitucionais objetivando a redução da maioria penal.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Doutrina da proteção integral, prevista no artigo 227⁹ da CRFB/88, é a principal vertente garantidora dos direitos fundamentais constitucionais do menor, ao passo que determina, com prioridade absoluta, o conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, social e cultural, a que ele faz jus. A partir do referido dispositivo e do art. 4^o¹⁰ do ECA, é possível extrair o direito proteção à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à educação, à alimentação, à cultura, à profissionalização, ao respeito, ao esporte, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Em consequência do princípio da proteção integral acima explicitado, o Estatuto buscou o traduzir a ideia de que tanto a família, a sociedade, o Estado, bem como aqueles que atuam no Poder Judiciário devem promover a solução mais vantajosa e que melhor se adeque ao menor, de modo a lhe permitir o pelo desenvolvimento físico e psíquico, de maneira digna e que atenda aos preceitos constitucionais.

A Constituição da República e o Estatuto possuem como premissa fundamental o desenvolvimento sadio da criança e adolescente, levando-se em conta a as condições específicas do ser humano em desenvolvimento. A criança ou o adolescente que comete

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

¹⁰BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

ato infracional não é mais visto como mero delinquente, mas sim como sujeito de direitos, a partir da carta Magna de 1998 e do ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vai de encontro ao Código de Menores de 1979, posto que, em decorrência de problemas sociais existentes, buscou integrar o menor a esta sociedade, calcada muitas vezes na desigualdade e abandono. Assim, o Estatuto buscou assegurar o desenvolvimento sadio do menor, com base no princípio da dignidade humana, tendo em vista as peculiaridades desta etapa da existência humana.

O art. 3º¹¹ do ECA garante à criança e ao adolescente todos os seus direitos fundamentais e se relaciona com o art. 1º, inciso III da CRFB/889, do qual se pode concluir que a proteção da criança e do adolescente não é exclusiva do Estatuto, mas também de todo o ordenamento jurídico, com prioridade absoluta.

Além do mais, dispõe o texto constitucional, em seu artigo 228¹², que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Isto posto, a partir da leitura do referido dispositivo, juntamente com art. 3º³ do ECA e art., 1º, III¹³ da Magna Carta é possível concluir que a inimputabilidade dos menores de 18 anos é um direito constitucional individual fundamental sob a égide das cláusulas pétreas, conforme preconiza o art. 60, §4º, IV¹⁴ da CRFB, motivo pelo qual não poderia ser alvo de discussão nas casas legislativas do país.

¹¹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2015.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

¹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.



Na esteira desse entendimento, observa-se art. 4º² do Eca e o art. 227¹ da CRFB, que determinam uma responsabilidade concorrente entre a família, a sociedade e o Estado na defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Por fim, cumpre ressaltar que o principal guardião do menor não é o Estado ou a sociedade, mas sim sua família, posto que é ela que detém a responsabilidade de garantir o crescimento emocional da criança e do adolescente, através do devido planejamento familiar, conforme versa o art. 226, § 7º¹⁵, CRFB/88.

3. A INEFICÁCIA DA MEDIDA NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

A doutrina, com o passar dos anos, tem buscado soluções alternativas à pena privativa de liberdade, que causem menos efeitos nocivos, especialmente envolvendo adolescentes.

Nesse sentido, não é adequado que adolescentes, pessoas ainda em fase de formação da personalidade, sejam submetidos a um ambiente tão degradante como o das penitenciárias. É cediço que o sistema penitenciário brasileiro não atende à ressocialização prevista no art. 1º¹⁶ da Lei de Execução Penal. A prisão, além de não reduzir a criminalidade, contribui para a reincidência, além de não proporcionar uma oportunidade de uma vida pós-prisão.

Em função desse histórico de abandono e negligência acima retratado, o legislador e o constituinte optaram por proteger do ambiente nocivo das penitenciárias, a fim de se evitar a delinquência como uma espécie de uma “carreira criminosa”.

¹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

¹⁶BRASIL. Lei de Execução Penal de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016>

Ainda, ressalta-se que o objetivo do ordenamento jurídico pátrio é alcançar, ao máximo, a eficácia do sistema e afastar os adolescentes da criminalidade, evitando que pratiquem atos infracionais ou reincidam. Desse modo, é fundamental impedir que esses adolescentes convivam com adultos muitas vezes experientes no crime, tendo em vista que a personalidade dos primeiros ainda está em formação, sendo, assim, altamente influenciáveis

Dessa forma, a mudança no limite etário apenas aumentaria a população carcerária e superlotaria ainda mais os presídios, não se observando, de fato, as raízes do problema: o histórico de abandono e negligência infanto-juvenil no país.

Além do mais, os argumentos dos que defendem redução da maioridade penal possuem os seguintes fundamentos: i) o crescimento da criminalidade juvenil nos últimos anos, tornando-se comum a prática de crimes graves por menores de 18 anos; ii) a capacidade de discernimento do adolescente, tendo em vista o acesso cada vez maior à informação, o que aceleraria a maturidade; iii) o fato do adolescente de 16 anos poder votar, sendo-lhe outorgado direito pleno para o exercício da cidadania política.

Os argumentos explicitados acima não são suficientes para fundamentar as intenções legislativas de reduzir a maioridade penal.

Em relação ao elevado índice de criminalidade juvenil, cumpre esclarecer que, na verdade, os atos infracionais praticados por adolescentes não chegam a 10% do total de crimes praticados no Brasil, de modo que, desse total, apenas 10% equiparam-se a crimes contra a vida e a grande maioria, cerca de 75%, são contra o patrimônio (50% são furtos)¹⁷.

¹⁷Conforme estudos do Núcleo de Estudos da Violência (NEV) e do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente (ILANUD).

Além disso, ao se estabelecer limite de idade para a responsabilização no âmbito penal, o objetivo não era o de se debater a capacidade de entendimento em relação à ilicitude do fato por parte do menor. O critério é puramente biológico e visa a proporcionar que o Estado possibilite uma alternativa mais adequada e que possibilite o melhor desenvolvimento psíquico do adolescente, que não seja o sistema penitenciário.

No que tange ao argumento da possibilidade do voto aos 16 anos, que é facultativo, este também não merece guarida. O voto facultativo foi, na verdade, mera forma de possibilitar ao adolescente o exercício de atos de cidadania, o que possibilitaria que o menor aprenda de maneira consciente a exercer os seus direitos, especialmente os que serão obrigatoriamente exercidos ao atingir a maioridade civil. O constituinte estabeleceu o voto facultativo em seu art. 14, §1º, II, “c”¹⁸ da CF, como também determinou no art. 228⁴ o direito não submeter a criança e o adolescente à sofreguidão do sistema penal. Assim, uma norma constitucional em nada aniquila a outra, motivo pelo qual não é válida a arguição de que a possibilidade de voto pelo menor de 16 anos justificaria a redução da maioridade penal. A fixação do limite etário está, na verdade, relacionada ao conceito de adolescência, de personalidade em formação, de instabilidade emocional, de autoafirmação na sociedade.

Além disso, a medida socioeducativa deve observar a capacidade do adolescente de cumpri-la, bem como as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, §1º¹⁹, ECA). Nesse sentido, o art. 112, caput²⁰, do ECA, traz o rol de medidas a serem aplicadas como resposta pela prática de ato infracional, reservando as medidas mais

¹⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

¹⁹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

²⁰BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

gravosas aos atos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou, ainda que assim não tenha se dado, se houver reiteração em ato infracional grave (art. 122, I e II²¹, ECA). Tratam-se das medidas de internação e semiliberdade.

Cabe esclarecer também que as medidas socioeducativas restritivas de liberdade, apesar de encontrarem seu limite em três anos, conforme art. 121, §3^o²², ECA, costumam perdurar por mais tempo do que a medida equivalente aplicável aos adultos. Nesse sentido, é possível observar a hipótese do crime de roubo, em que a pena mínima aplicável ao adulto primário e de boas circunstâncias pessoais é de quatro anos em regime aberto, enquanto que em relação a um adolescente em iguais condições seria possível aplicar desde o início a medida socioeducativa em regime fechado, caso não haja outra medida recomendável.

Assim, não há dúvidas de que a redução da maioridade penal, além de infringir os preceitos constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, não reflete, de fato, na quantificação de pena que o adolescente cumprirá. Tal medida, na verdade, apenas se refere ao grau de afluência que será imposto ao menor, bem como implica em uma resposta estatal nociva a uma pessoa ainda em fase de desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O trabalho em comento apresentou os motivos pelos quais a redução da maioridade penal viola os ditames da Constituição da República, uma vez que o limite etário de responsabilização penal constitui direito fundamental e, como tal, não pode ser

²¹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

²²BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

objeto de Emenda à Constituição Federal. Além disso, buscou demonstrar que a criminalidade juvenil em nada diminuiu com a adoção da referida medida, tendo em vista que uma solução imediatista como essa não observa as raízes do problema, que é decorrente da negligência do Estado, da sociedade e da família em relação ao menor e agravado pela ausência de políticas públicas efetivas na área de educação, cultura, saúde e lazer.

O dever de zelar pelos direitos e deveres a que as crianças e os adolescentes fazem jus é, em um primeiro momento, da família - biológica ou não - bem como do Estado e da sociedade, segundo o princípio fundamental da proteção integral do menor. Assim, a proteção do adolescente não se exaure na Magna Carta e no ECA, uma vez que também é dever do Estado garantir a aplicabilidade e eficácia das políticas públicas previstas em lei.

Não se pode negar que a criminalidade juvenil é uma questão de ordem pública que consterna o país. No entanto, os direitos assegurados ao menor, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na CRFB/88, só podem ser cumpridos caso o Estado forneça políticas públicas adequadas, tendo em vista que a sociedade atual é pautada no individualismo, sempre buscando soluções imediatistas que não observam a abrangência do problema.

Além do mais, não se pode esquecer que o limite etário de responsabilização penal estabelecido aos 18 anos foi determinado com base em critérios biológicos, decorrentes de cada etapa do desenvolvimento humano, como também priorizando o melhor interesse do menor. Esta política criminal tem como objetivo maior a prevenção, posto que visa evitar o contato do adolescente com o sistema prisional, a criação do estigma de criminoso e o direcionamento à vida criminosa. A maioria

penal se justifica à medida em que a criminalidade juvenil somente pode ser combatida com medidas preventivas, que se valham da responsabilização – na proporção do ato praticado – como forma de socioeducar e não de reprimir somente. É a prevenção, que deve orientar a temática do adolescente que infracionar, adotando-se, para isso, toda uma política de atendimento, a ser implementada pelas esferas nos âmbitos dos governos federal, estadual e municipal.

Isso posto, sob a ótica da política fundada na prevenção, deve ser combatida qualquer intenção legislativa de reduzir a maioria penal, pois representa a adoção de uma política inócua, que não condiz com a Política Criminal adotada em nosso ordenamento, além de não respeitar o preceito fundamental da proteção integral e melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luís Fernando de. *A impossibilidade da redução da maioria penal no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12825> Acesso em: mar. 2016.

BRASIL, Código Penal de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: mar. 2016.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2016.

_____, Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: mar. 2016.

_____, Lei de Execução Penal de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: mar. 2016.



GOMES, Luiz Flávio. *Menoridade penal: cláusula pétrea?* Disponível em: <<http://www.ifg.blog.br/article.php?story=20070213065503211>>. Acesso em: mar. 2016

ROCHA, Sidnei Bonfim da. *A redução da maioria penal.* Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13332&revista_caderno=12> Acesso: mar. 2016

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. *O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso.* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: jun. 2016.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

Leonardo Sousa Landi

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

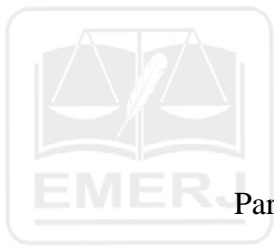
Resumo: O presente trabalho tem como objetivo focar pontos bastante discutidos na doutrina: os efeitos sucessórios previsto no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil e a reprodução assistida *post mortem*. Assim, verifica-se a evolução crescente das técnicas de reprodução assistida ao longo dos tempos, com a utilização de tecnologias modernas para realizar o desejo de pessoas conceberem filhos. Não obstante, em nossa legislação pátria, ainda carecemos de legislação que regule ou fiscalize estes métodos (in)comuns de conceber filho, havendo Resolução do Conselho Federal de Medicina de 2015 sobre reprodução humana assistida. Ressalta-se que tais técnicas estão previstas na legislação Civil de 2002. O concebido por meio de reprodução assistida recebe o nome de prole eventual, configurando-se exceção à regra no Direito das Sucessões, segundo os princípios norteadores da matéria – princípio da *saisine*. Por fim, conclui-se pela possibilidade deste concebido vir a herdar os bens do pai falecido, seja via sucessão testamentária, seja pela sucessão legítima, porém, havendo limites temporais para tal exercício, sob pena de insegurança jurídica.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Reprodução assistida post mortem. Sucessão Testamentária. Princípios hereditários. Direito à herança.

Sumário: Introdução. 1. Reprodução humana assistida. 2. Princípios Constitucionais e Sucessórios. 3. Direito à herança do concebido por meio da reprodução assistida *post mortem*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute acerca do direito sucessório da prole eventual que decorre de reprodução assistida homóloga *post mortem*, à luz dos princípios constitucionais e sucessórios. Procura-se demonstrar que embora não haja legislação sobre o tema, deve ser feita interpretação dos princípios para dar segurança jurídica a todos os herdeiros sobreviventes e ao que eventualmente poderá ser gerado.



Para tanto, serão abordadas as diversas posições doutrinárias a respeito do tema bem como a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que atualmente dispõe sobre as práticas de reprodução assistida, incluindo a *post mortem*, de modo a estabelecer limites para o uso de tais técnicas em decorrência da insegurança jurídica que poderá advir de tal reprodução.

A lei civil garante direitos sucessórios às "pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (art. 1.798, Código Civil). Assim, filhos de inseminações *post mortem* não seriam herdeiros para o Direito Positivo, contrariando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, 6º da Carta Magna, que determina que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares.

Inicia-se o primeiro capítulo discutindo sobre os limites éticos e legais para realização da reprodução assistida *post mortem* tendo em vista que já é realidade em nossa sociedade, porém não tem legislação que disponha sobre os efeitos jurídicos de tal técnica.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o direito sucessório dos herdeiros legítimos à época da abertura da sucessão e o da prole eventual gerada por meio de reprodução assistida, à luz dos princípios constitucionais e sucessórios.

Por fim, no terceiro capítulo, será discutido sobre as possíveis soluções no âmbito da legislação bem como interpretação sistemática tendo como fundamento a Carta Magna e o Código Civil de 2002, para que seja possível à prole eventual o direito sucessório.

O trabalho em epígrafe irá tratar essas questões utilizando a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. REPERCUSSÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A família é um dos pilares do Direito desde a Antiguidade, e não obstante todas as mudanças e inovações nas espécies de família no decorrer dos séculos, um de seus elementos mais simbólicos não foi extinto, o desejo de procriar.

Conforme ensina Rizzardo, a reprodução “é a lei da preservação da vida. Todos os seres vivos se reproduzem por ação própria e só assim é que a vida se conserva sobre a face da Terra”. O desejo de ter filhos não resulta somente do instinto de reprodução. Atualmente, é a vontade do casal em deixar sucessores, imortalizando-se em seus descendentes¹.

Tendo em vista que muitos casais enfrentam problemas com a infertilidade, as técnicas de reprodução assistida surgiram como meio alternativo de procriação, realizando o sonho destes casais que por uma impossibilidade física não poderiam gerar filhos naturalmente.

No entanto, apesar de ser prática relativamente comum nos dias atuais, ainda esbarra em grandes conflitos éticos e jurídicos. Como se não bastasse, a falta de legislação em nosso ordenamento jurídico deixa a questão ainda mais em aberto, ficando a responsabilidade para o Conselho Federal de Medicina, que por meio da Resolução nº. 2.121/2015 estabeleceu algumas normas de deontologia que devem ser observadas acerca do procedimento.

Tomando como base a legislação alienígena, pode-se retirar algumas conclusões sobre algumas questões que cercam a procriação artificial. Em Portugal, tem-se a Lei n. 32/2006 tratando da Procriação medicamente assistida de forma bem restritiva, vedando-se até a utilização da técnica por casais homossexuais, muito embora a regulamentação legal

¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 404.



sofra bastante crítica bem como já existam projetos de lei pretendendo ampliar o alcance dos meios artificiais de procriação².

No Brasil, o Conselho Federal de medicina tem uma visão ampliadora das técnicas de reprodução assistida enquanto os projetos de lei tendem a ser mais restritivos. Vê-se, ainda, muito embrionário discutirmos sobre os efeitos jurídicos, porém extremamente necessário visto que são vários interesses em jogo, não apenas dos “pais” – estes podem ser formados por mais de dois, homossexuais ou heterossexuais, não cabendo neste trabalho abordar as formas de família - que pretendem a realização de um desejo, mas, principalmente, da prole gerada.

Se no âmbito do Direito de Família as questões estão longe de serem resolvidas, com diversos posicionamentos, questão de tão complexidade quanto se encontra no Direito sucessório, sobretudo porque há uma situação peculiar de reprodução assistida *post mortem*, prevista na Resolução n. 2.121/2015³, que nada mais é do que a utilização da técnica de reprodução assistida após a morte de um dos cônjuges/companheiros, com o seu material criopreservado.

Prevê o capítulo VIII da Resolução n. 2.121/2015 do CFM, quando trata da reprodução assistida *post mortem*, que “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”.

No entanto, tal ato de disposição do falecido é visto com enormes críticas pela doutrina, pois embora o a legislação civil admita em seu artigo 1.597 a presunção de paternidade dos filhos gerados por meio de técnica de reprodução assistida, bem como

² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares. (Org.); NETO, Theodureto de Almeida Camargo. Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

³ BRASIL. Resolução CFM n. 2.121/2015. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2016.



permite ao testador deixar bens em nome de filhos ainda não concebidos (art. 1799, I Código Civil), a criança nascerá com um pai/mãe já falecido, podendo acarretar inúmeros problemas psicológicos diante disto, além da questão patrimonial.

Segundo Beraldo⁴, mesmo que o de cujus deixe expressamente o consentimento autorizando a implementação de seu material biológico ou embrião criopreservado, a questão não é tão simples. Isto porque as consequências do ato não ficam apenas na esfera dos genitores. Com o nascimento da criança após a morte de seu genitor, havendo ou não consentimento expresso do falecido, essa criança deve receber proteção, conforme dispõe o princípio constitucional do melhor interesse da criança, previsto no artigo 227 da CRFB/88. Destarte, o filho terá direito ao nome de família, à convivência com seus avós e demais familiares e, considerando o campo financeiro, se o genitor sobrevivente não possuir condições financeiras de sustentar a criança, poderá esta, por meio de seu representante legal, pleitear alimentos, inclusive gravídicos, aos avós.

Segundo Mônica Aguiar⁵:

Saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. De outro, os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.

Entre aqueles que são plenamente favoráveis à reprodução *post mortem*, o fundamento de validade se encontra na própria Constituição Federal, seu artigo 226, §4^o que prevê a família denominada de monoparental, isto é, aquela em que é constituída por um dos pais e seu filho.

⁴ BERALDO apud DIAS, Helena Soares Souza Marques. *A reprodução humana assistida homóloga post mortem e Direito Sucessório*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29287>>. Acesso em: 13 out. 2015.

⁵ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.117.

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.



Entretanto, Eduardo de Oliveira Leite⁷ assevera que:

A inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contraindicações de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de ordem jurídica a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma poderia provocar vários problemas na herança e sucessão. O direito precisaria levar em consideração potenciais descendentes que poderiam nascer anos depois da morte do marido.

A par desses questionamentos, se colocam outros que vão repercutir na própria existência humana. Conforme aponta Regina Beatriz Tavares da Silva⁸:

Se escolhermos o caminho da ampliação, estaremos na vanguarda? Parece-nos que não, já que haverá apenas uma aparência de inovação. Esse caminho pode reduzir o ser humano procriado artificialmente à “coisificação”, ou à formação de casais que não devem prestar contas à sociedade.

Se optarmos pelo caminho da restrição, pareceremos antiquados? Parece-nos que não, porque assumiremos a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, como cláusula geral de tutela da personalidade, voltada em especial à proteção daquele ser indefeso que nascerá por procriação artificial.

A falsa ideia de que a sociedade quer a amplitude incontida dessas novas tecnologias precisa ser enfrentada, já que devemos lembrar que o direito não deve estar aquém ou além dos anseios sociais, o ideal é que fique sempre *pari passu* com esses almejos.

Logo, a utilização de tais técnicas merece muita cautela, pois a filosofia que defende a ampliação do uso desses recursos para procriação artificial visa somente os interesses paternos e das pessoas que doam material genético para as clínicas de criopreservação, baseando-se aqueles com posicionamento mais restritivo no interesse da criança que vai nascer, que não deve ser tratado como coisa⁹.

Ademais, em que pese os avanços tecnológicos serem imprescindíveis na busca de curas, tratamentos e soluções para as mais diversas necessidades humanas, seria aceitável tudo que seja possível, em nome do Princípio da felicidade, adotando o Direito postura meramente ratificadora de todas as inovações científicas, incluindo práticas irrefletidas, que se violasse o postulado supra da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade da pessoa humana?

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.155.

⁸ SILVA, op. cit., p. 20.

⁹ Ibid., p. 19.



Parece que não. Para os casos de reprodução assistida *post mortem* aparecem várias questões para o Direito – principalmente de Família e Sucessões – as quais abordaremos, sem pretensão de esgotar o assunto, tendo como base a ponderação de princípios Constitucionais, reconhecendo os postulados da dignidade humana e segurança jurídica norteadores de todo o ordenamento jurídico.

2. PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUCESSÓRIOS

Como é sabido, desde os primórdios da humanidade consegue-se visualizar o direito sucessório, desde que o homem abandona a vida nômade, fixando-se na terra, passando a habitar pequenos conglomerados junto com seus pares, formando uma verdadeira espécie de sociedade.

A transmissão de bens por sucessão, que se faz a alguém indicado pela lei ou por testamento, apresenta inúmeras variações na história do direito. Suceder tem como significado substituir, isto é, entrar no lugar do outro. Sucessão, em seu sentido genérico é a sequencia de fatos ou atos que surgem uns após os outros¹⁰.

Conforme disciplina o artigo 1798 do Código Civil, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Zeno Veloso afirma que, “desde o Direito Romano, já se concebe seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão¹¹”.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que a regra segundo a qual só tem legitimação para suceder aquelas pessoas que nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra uma exceção: no caso do nascituro. Ainda de acordo com o jurista, tendo em vista o sistema adotado no Código Civil acerca do início da personalidade natural (art. 2º), entende-se como

¹⁰ DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

¹¹ VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. São Paulo: Cejup, 1993. p. 418.



sendo o nascimento com vida o marco temporal de começo da personalidade, respeitando-se, entretanto, os direitos do nascituro desde o momento da concepção. Logo, para ele, os nascituros podem ser chamados a suceder, sendo sucessão legítima ou testamentária, dependendo do seu nascimento para produzir eficácia¹².

Segundo Maria Berenice Dias, adquirir capacidade sucessória está ligado à ocorrência de condição suspensiva que é o nascimento com vida. Portanto, o nascituro enquadra-se como tendo capacidade sucessória passiva condicional, posto que ainda não tem personalidade civil. Não sobrevivendo ao parto, não adquire a condição de herdeiro. Assim, a sua parte a que caberia caso nascesse, retorna ao montante da herança para ser partilhada entre os outros sucessores. Contudo, sobrevivendo, ainda que por pouco tempo, assume a qualidade de herdeiro, e a ele é transmitida a herança. Ainda que venha a óbito logo após o nascimento, os bens adquiridos são transmitidos aos seus sucessores. Nota-se que a controvérsia é mais específica da área médica legal, a fim de ser identificado o momento do nascimento, com vida ou não¹³.

Veja-se que, conquanto a possibilidade do nascituro suceder é pacífica, a discussão sobre o embrião congelado poder suceder ou não no direito brasileiro merece maiores considerações. Analisando-se a redação do artigo 1798 do diploma civil, que traz expressamente a possibilidade de sucessão dos já concebidos no momento da abertura da sucessão, nota-se que há uma aparente lacuna no que tange ao congelamento de embriões, que comumente ficam congelados por bastante tempo. Isso poderia indicar que, erroneamente, o processo de inventário deva ficar suspenso por tempo indeterminado, ou que, no momento da partilha, se reservasse o quinhão hereditário do embrião criopreservado também por tempo indeterminado. Situações que soam absurdas.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7. p. 51.

¹³ DIAS, op. cit., p. 121.



Como se depreende do texto constitucional de 1988, a CRFB reconhece e garante inúmeros direitos aos brasileiros e, dentre outros direitos, dispõe expressamente em seu artigo 5º, inciso XXX que "é garantido o direito de herança.". Percebemos que tanto a CRFB quanto o Código Civil, no que tange ao direito sucessório, estão distantes de responder a essas indagações de maneira expressa, cabendo aos intérpretes da lei maior, por meio de ponderação solucionar as questões como esta trazida.

Os direitos constitucionais dos seres humanos em técnicas de reprodução humana assistida devem ser analisados sob o prisma dos direitos da personalidade, principalmente. Conforme Salienta Jorge Duarte Pinheiro¹⁴, os princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis à procriação medicamente assistida são aqueles referentes aos direitos da personalidade e ao direito de família, expressamente constitucionalizados ou não.

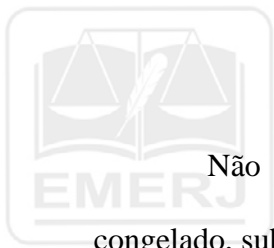
Não se nega que, ainda que os destinatários das regras sobre reprodução assistida sejam os adultos, é incontestável que os destinatários-fim da utilização dessas técnicas são as pessoas geradas por ela. Conforme aduz Regina Beatriz Tavares da Silva¹⁵

Diante do conflito concreto de direitos, como no de conhecimento da identidade e da origem genética (investigação da paternidade ou da maternidade) com o de intimidade e da vida privada (anonimato do doador do gameta), o plano ideal seria uma harmonização entre esses direitos, mas, isso não é possível, de modo a tornar inevitável a restrição a direitos, já que um deles deverá prevalecer, dentro de um juízo de ponderação, mas sempre no sentido mais conforme a Constituição.

Quando se entra no estudo da procriação assistida, parte-se, geralmente, da dignidade da pessoa humana que é a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Antes de se chegar ao direito sucessório da prole eventual proveniente de reprodução assistida *post mortem* de embrião criopreservado, encara-se inúmeros outros princípios constitucionais, a saber: integridade psíquica e emocional, honra, segredo, direito à identidade e ao conhecimento da origem genética, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito de constituir família, direito das crianças à proteção integral, dentre outros.

¹⁴ PINHEIRO, apud SILVA. op. cit., p. 59.

¹⁵ Ibid., p. 60.



Não pairam dúvidas de que, em contrapartida ao direito à vida do embrião congelado, subsiste o direito da mulher de escolha de quando engravidar, isto é, o direito à sua autodeterminação de procriar.

A Constituição não quis enfrentar a temática controvertida do aborto porque existiram três posicionamentos firmes durante a constituinte. Um primeiro buscava assegurar o direito à vida, desde o momento da concepção, o que consequencialmente importaria em vetar o aborto. Uma segunda entendia que a condição de sujeito direito se adquiria pelo nascimento com vida e que é responsabilidade exclusiva da mulher acerca da vida intrauterina. Por fim, a que ganhou mais adeptos, e saiu vencedora foi a de que a Constituição não deveria se imiscuir sobre o assunto¹⁶.

Sendo certo que a terceira corrente¹⁷ ganhou força, principalmente com o voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.510-0 julgada pelo STF, reafirmou-se que tanto o nascituro quanto o embrião congelado não possuem personalidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Sérgio Abdalla Semião “Destarte, o direito à vida do embrião congelado estará sempre à vontade da mãe ou de outra mulher de engravidar livremente. O direito à vida do embrião congelado é condicionado por esse direito ao próprio corpo e de livre procriação da mulher.¹⁸”.

Portanto, antes de se entender pela possibilidade ou não do direito sucessório do embrião congelado, é preciso ultrapassar inúmeros princípios constitucionalmente garantidos, cabendo, principalmente, a mulher realizar este “juízo de admissibilidade”, a fim de que possamos entrar na discussão acerca dos direitos hereditários da prole eventual que decorra de reprodução assistida *post mortem*.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 199.

¹⁷ *Ibid.*, p. 199.

¹⁸ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Biodireito & Direito Concursal: aspectos científicos do direito civil em geral e da natureza jurídica do embrião congelado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 240.

3. DIREITO À HERANÇA DO CONCEBIDO POR MEIO DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em que pese não haver regulamentação legal das técnicas de reprodução assistida, existindo apenas a Resolução n. 2.121/2015 que dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, faz-se necessário a criação de lei, pois o direito à utilização dos meios de reprodução assistida passou a ser classificado como direito social positivo, em decorrência do acesso por meios financiados pelo Estado.

Para Maria Helena Diniz¹⁹

[...] Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível.

Com a utilização das técnicas de reprodução assistida surgem muitos conflitos, dentre eles aqueles existentes entre o direito à liberdade de procriar e o direito de ser gerado por esse meio reprodutivo. A ausência de regulamentação legal das técnicas de reprodução assistida permite um alargamento dos poderes dos médicos, que acabam sendo os únicos juízes e legisladores da utilização da técnica, sem que para isso se atente aos efeitos jurídicos do uso da técnica.

No que tange à possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, a lei se referiu, apenas, à presunção de paternidade dos filhos decorrentes da utilização de tal técnica e não abordou a respeito do procedimento a ser seguido na seara do direito sucessório. Conforme prevê o artigo 1.597, III e IV do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 520-603.

marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga²⁰.

Em razão da omissão legislativa com relação aos direitos sucessórios da prole póstuma, a doutrina é bastante divergente.

Para uma parcela da doutrina, a criança concebida posteriormente a morte do genitor somente poderá ser herdeira a título de sucessão testamentária, em analogia ao que dispõe o artigo 1799, I do Código Civil, que permite a possibilidade de ser chamado a suceder a prole eventual, de modo que se poderia reconhecer esse direito a prole do testador, sendo necessária autorização expressa nesse sentido.

A respeito desse posicionamento Maria Helena Diniz²¹ afirma que

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Outra corrente defende o direito hereditário de forma mais ampla, assegurando a criança gerada por inseminação post mortem o direito à herança testamentária, bem como a legítima, em razão do que prescreve o artigo 227, §6º da CRFB/88, vedando qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos e, também, o artigo 1597, III e IV, do Código Civil, que garante a presunção da concepção na constância do casamento.

Esta parece ser a corrente com mais aceitação no meio acadêmico, merecendo trazer os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves²²

[...] são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição.

²⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 fevereiro 2016.

²¹ Ibid., p. 550

²² GONÇALVES, op. cit., p. 58.

Este também é a posição de José Luiz Gavião de Almeida²³

E reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança.

Também adere a este posicionamento Maria Berenice Dias²⁴

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. [...] O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza a e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Uma terceira corrente, a nosso ver mais radical, entende que o filho concebido após a morte do pai deva ser excluído da sucessão, pois para ter assegurado o direito à herança do de cujus, a pessoa precisa pelo menos ser concebida no momento da abertura da sucessão. Não obstante, a corrente é defendida por ilustres civilistas. Nesse sentido Caio Mario²⁵ afirma que “Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

Esta também é a posição defendida por Guilherme Calmon²⁶ que, além de ser contra o direito à herança nesse caso, também é desfavorável ao acesso pelo cônjuge ou companheira viúva ao embrião congelado, ainda que com autorização expressa.

[...] ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos. A despeito da proibição no

²³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado: Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p.104.

²⁴ DIAS, Op. cit., p. 117.

²⁵ SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318 *apud* FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 104.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 733.



direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que auxiliaram a procriar [...].

Veja-se que as posições defendidas encontram guarida em nosso ordenamento jurídico, mas podem gerar um cenário de total insegurança jurídica, como também meio fraudulento para obtenção de herança, além das questões relativas aos direitos da personalidade.

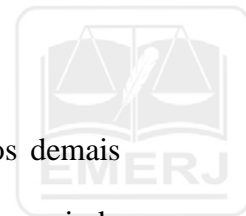
Em se admitindo o direito sucessório, passa-se a um segundo momento: a necessidade de prazo para utilização deste embrião congelado, pois a sucessão e o direito hereditários dos demais herdeiros não podem ficar condicionados a uma situação eventual *ad eternum*, causando insegurança jurídica no processo de inventário.

Alguns autores defendem que quando da manifestação de vontade expressa por meio de documento, permitindo o uso do embrião congelado após seu falecimento, o doador do embrião deva delimitar um prazo, sendo que este não deverá ultrapassar por mais de 2 anos contados da abertura da sucessão, em analogia ao prazo previsto no artigo 1800, §4º do Código Civil.

No entanto, parece absurdo que se delimite um prazo tendo em vista que vindo ao mundo, esta criança gerada *post mortem* terá todos os direitos dos demais herdeiros. Nesse sentido é a posição de Silmara Chinelato²⁷

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo uma analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800, § 4º). Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos.

²⁷ CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto jurídico do nascituro apud DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.



Maria Berenice Dias²⁸ afirma que “a tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos. Bata lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação”.

Portanto, a par das posições existentes acerca da possibilidade de sucessão ou não da prole eventual decorrente de reprodução assistida *post mortem*, com observância dos princípios constitucionais ante a falta de regulamentação legal, ressalta-se que a posição mais acolhida no meio acadêmico é a que assegura maiores direitos a essa criança gerada por meio de tal técnica.

CONCLUSÃO

Não obstante a utilização de meios alternativos para procriação como o uso das técnicas de reprodução assistida estar crescendo, fato é que o tema carece de regulamentação legal e ainda implica inúmeras questões éticas e jurídicas.

Antes mesmo do enfrentamento da questão sucessória da prole que venha a surgir, fruto de inseminação artificial *post mortem*, é necessário analisar inúmeros princípios que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, sobretudo do concebido, deixando para um segundo plano analisar a questão sucessória.

Em se admitindo a concepção de um ser por meio das técnicas de reprodução assistida em casos *post mortem*, percebe-se uma vasta lacuna na legislação, cabendo a doutrina esclarecer, com base nos princípios constitucionais e sucessórios, o alcance do direito sucessório a prole concebida, pois analisando-se a partir da Constituição Federal de 1988, o sistema normativo é todo voltado para a proteção em especial de alguns, entre eles o menor.

²⁸ DIAS, op. cit., p. p. 118.



Conclui-se, portanto, que, não obstante a doutrina divergir bastante com relação à possibilidade de o concebido por reprodução assistida póstuma ser herdeiro, a que título, sucessão legítima ou testamentária, e em até quando pode se fazer uso do embrião criopreservado para que se tenha o direito à herança assegurado, com todo o sistema normativo e à luz dos princípios previstos na Carta Magna, a posição que traz uma solução é a que confere mais direitos ao concebido, tendo esse maior proteção em face dos herdeiros.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado: Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

BERALDO apud DIAS, Helena Soares Souza Marques. A reprodução humana assistida homóloga post mortem e Direito Sucessório. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29287>>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 fevereiro 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 outubro. 2015.

_____. Resolução CFM n. 2.121/2015. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2016.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro apud DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VII.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Biodireito & Direito Concursal: Aspectos científicos do direito civil em geral e da natureza jurídica do embrião congelado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318 apud FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares. (Org.); NETO, Theodureto de Almeida Camargo. *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. São Paulo: Cejup, 1993.

IMPEACHMENT NO TERCEIRO MILÊNIO

Letícia D'Assumpção Lima Rangel

Graduada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Resumo: A democracia pode ser exercida não só através do direito de voto, como também do controle da gestão pública através de diversos mecanismos, como, por exemplo, o *impeachment*. Esse, por sua vez, tem como objetivo processar e julgar o Presidente da República por eventual crime de responsabilidade que ele venha a cometer durante seu mandato. Diante de um cenário de crise política e econômica, a população do país se manifesta exigindo a destituição do Chefe do Poder Executivo, objetivando alcançar estabilidade e crescimento. A essência do trabalho é abordar os principais aspectos relacionados à justificação de um *impeachment* e as medidas constitucionais mais eficientes na legitimação democrática da Administração Pública.

Palavras-chave: Constitucional. Impeachment. Democracia. Terceiro Milênio.

Sumário: Introdução. 1. Da Democracia como prevalência da vontade do povo (voto x *impeachment*). 2. Da opinião pública no Terceiro Milênio. 3. Das medidas constitucionais hábeis a garantir legitimidade democrática na Administração Pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática do clamor público em protesto pelo *Impeachment* do Presidente da República como solução para crises econômicas e políticas que podem assolar o país, atingindo a sua população. De fato, busca-se aqui demonstrar de que forma a opinião pública no terceiro milênio pode influenciar a gestão pública e levar a instauração de um processo de *impeachment* de modo a atender às insatisfações políticas da sociedade num cenário de crise política e econômica. Por fim, procura-se discutir que medidas

constitucionais seriam adequadas para garantir a legitimidade democrática à Administração Pública.

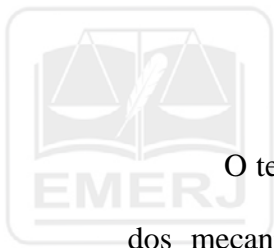
A Constituição Federal estabelece a possibilidade de o Presidente da República ser submetido a julgamento perante o Senado Federal quando acusado de cometer crimes de responsabilidade, os quais estão expressamente estipulados em seu artigo 85. Nesse diapasão, diante da inegável crise política e econômica que o país vem enfrentando, parcela significativa da população, ansiando por mudanças, tem clamado pelo *impeachment* da Presidente da República, na esperança de obter a estabilidade desejada.

O tema é controvertido e merece atenção, uma vez que as consequências jurídicas, políticas e econômicas que o instituto ora em análise traz tem poder de reverberar nas questões mais fundamentais que sustentam um Estado Democrático de Direito.

Para melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar que a opinião pública no terceiro milênio ganhou instrumentos poderosos capazes de majorar a influência direta da sociedade na gestão pública. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a necessidade de aperfeiçoamento de medidas constitucionais hábeis a garantir a legitimidade democrática na Administração Pública.

Inicia-se o primeiro capítulo deste artigo defendendo-se que tanto o direito de voto quanto o instituto do *impeachment* representam direitos constitucionais conquistados pelo povo, fazendo valer a sua vontade, cada qual com seu objetivo e âmbito de utilização especificamente delimitados na Constituição Federal.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a aplicação do *impeachment* da maneira como se tem pleiteado advém da cada vez mais crescente participação popular direta na seara pública, principalmente em razão da facilidade de informação e ação propiciada pelas redes sociais.



O terceiro capítulo destina-se a apontar e analisar que medidas como o fortalecimento dos mecanismos de controle, transparência e publicidade dos atos governamentais e o aperfeiçoamento da consulta à opinião pública podem se mostrar eficientes e eficazes na reestruturação política e econômica do país, minando de vez o descontentamento político da população.

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

1. DA DEMOCRACIA COMO PREVALÊNCIA DA VONTADE DO POVO (VOTO X IMPEACHMENT)

A República Federativa do Brasil, segundo dispõe o artigo 1º, caput e inciso II da Constituição Federal de 1988, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e declara como um de seus fundamentos a cidadania. O parágrafo único do referido dispositivo constitucional acrescenta, ainda, que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição".¹

Assim, Estado Democrático de Direito, conforme leciona o Doutrinador Alexandre de Moraes, é aquele regido por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.² Nessa mesma linha de raciocínio, o autor, baseado nas lições de José Gomes Canotilho, acrescenta que "o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2015.

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 6.



participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular".³

O Poder Constituinte originário de 1988, como se vê, pretendeu conferir a máxima importância à prevalência da vontade do povo, porque, afinal, é este que confere a legitimidade necessária à eleição e atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Isto é, sabendo que todo o poder emana do povo, logicamente é este quem elege seus representantes e consagra toda atividade política e jurídica decorrente dos eleitos.

O direito de sufrágio, que diz respeito à capacidade eleitoral ativa, é exercido por meio do voto; este, por sua vez, é um direito constitucionalmente conquistado pelo povo, que faz prevalecer a sua vontade, pois tem conteúdo de poder. José Afonso da Silva⁴, com muita propriedade, ensina que o voto é um direito público subjetivo, uma função social e um dever, tudo ao mesmo tempo. É um direito, pois garante que todo cidadão maior de 16 anos que já tenha se alistado possa exercer o poder que de si próprio emana para escolher entre os candidatos lançados aquele que melhor representa seus interesses. É uma função social no sentido de função da soberania popular na democracia representativa. Por fim, é um dever, pois numa democracia representativa, há necessidade da expressão obrigatória dos cidadãos na escolha daqueles que irão governar o país.

O *Impeachment*, a seu turno, é um instituto que também pode ser definido como um direito constitucionalmente conquistado pelo povo. Este, no entanto, tem a função primordial de julgar o presidente da República nos crimes de responsabilidade por ele eventualmente cometidos. A CRFB/88 em seu art. 52, parágrafo único prevê como sanção ao presidente da República, na hipótese de condenação, a perda do cargo e imediata inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública.

³ CANOTILHO *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 6.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 361.



A legitimidade ativa *ad causam* para a propositura do processo de responsabilidade, o qual se inicia na Câmara dos Deputados, pertence a todo e qualquer cidadão, desde que esteja no exercício pleno dos seus direitos políticos. Mas, ressalta-se, tal legitimidade não pertence a qualquer um, pois cabe única e exclusivamente ao cidadão, de forma que a pessoa que ainda não se alistou eleitoralmente ou teve seus direitos políticos suspensos/perdidos, ou ainda, que seja pessoa jurídica, estrangeiro ou apátrida não será parte legítima para oferecer à acusação.

É certo que o *Impeachment* foi consagrado em nosso ordenamento jurídico como um instituto com objetivo evidentemente específico, conforme já destacamos. Dessa forma, são considerados crimes de responsabilidade os atos do presidente da República, cometidos no exercício da função, que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a existência da União; o livre exercício dos Poderes do Estado; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do País; a probidade na administração; a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

O instituto do *impeachment* é, pois, um dos mecanismos constitucionais que confere ao cidadão a garantia da segurança e do controle da atuação do presidente da República que foi eleito de forma legítima e democrática através do exercício do direito de voto pela maioria da população brasileira.

A grande problemática que o Terceiro Milênio vem enfrentando diz respeito à compatibilização entre os dois direitos aqui apresentados. Como harmonizar a existência de ambos; como conciliar o exercício do direito de voto com o exercício do direito do *impeachment* num contexto em que se busca conferir a máxima importância à prevalência da vontade do povo num Estado Democrático de Direito?

A princípio parece que tal questionamento gera um conflito, colocando os dois direitos numa posição de antagonismo. Tal assunção, no entanto, não deve prevalecer. Isto porque, conforme já vimos, ambos foram consagrados constitucionalmente cada qual com seu

objetivo e âmbito de utilização especificamente delimitados na Constituição Federal. Assim, é que, o direito de voto expressa a vontade do povo na eleição de seus governantes e o direito de propor o *impeachment* exprimi o desejo da população em cobrar do presidente da República a probidade e lisura própria da posição que assume.

É certo que o voto por si só não é suficiente para garantir de vez a atuação do povo nos negócios políticos, ou seja, não basta apenas o atuar do cidadão unicamente quando das eleições. É necessário que, após a eleição e investidura dos candidatos eleitos, estes possam ser responsabilizados, caso necessário, pelas infrações político-administrativas que eventualmente venham a praticar no curso do mandato. Isso encerra o círculo, isto é, permite de fato que o cidadão exercite o poder que, como vimos anteriormente, de si próprio emana.

Nesse sentido, Paulo Brossard de Souza Pinto já observava que

[...] a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem uma vez que 'governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático'.⁵

Neste diapasão vale destacar, todavia, que o *impeachment*, assim como o voto, não é um direito disponibilizado ao cidadão para ser utilizado ao seu bel prazer, quando lhe parecer conveniente, ou seja, existe o momento e a situação propícia para que ele entre em cena. Na verdade, ele se presta a apurar eventual infração político-administrativa do presidente da República no curso de seu mandato. E, mais, não se trata de qualquer infração, o ato relevante para o instituto é aquele previsto na constituição e na lei e só.

Fato é que governar um país com as proporções e a diversidade do Brasil não é tarefa fácil. Um país desse porte e que vive de relações diplomáticas, assim como qualquer outro, está sujeito a crises e tribulações. No entanto, insatisfações políticas decorrentes de eventual mudança no cenário da nação podem dar azo à instauração do processo de *impeachment*.

⁵ PINTO *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.



2. DA OPINIÃO PÚBLICA NO TERCEIRO MILÊNIO

O *Impeachment*, segundo afirma Uadi Lammêgo Bulos⁶, "é prerrogativa institucional do Poder Legislativo que consiste numa sanção de índole político-administrativa, encarregado de destituir, de modo legítimo e constitucional o Presidente da República". Trata-se, pois, de uma decisão tanto política quanto jurídica, que objetiva a defesa contra os que abusam do poder oficial do qual estão temporariamente investidos. É palavra de origem inglesa que significa impedimento, cuja literalidade o representa, já que tem como principal sanção a perda do cargo e a inabilitação para exercício de função pública ou de nomeação pelo prazo de 8 (oito) anos.

Nesse sentido, o processo de *impeachment* constitui estrutura rigidamente delineada, em seus aspectos técnicos, por formas jurídicas subordinantes. É por isso mesmo que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 85, parágrafo único, estabelece que lei ordinária definirá os crimes de responsabilidade, disciplinará a acusação e estabelecerá seu processo e julgamento.

O procedimento, por sua vez, está previsto em alguns artigos da Constituição Federal de 1988 e também na Lei 1079/50. O art. 85 supramencionado traz elenco exemplificativo de crimes de responsabilidade que podem embasar um possível pedido de *impeachment*. Já a lei 1079/50 prevê hipóteses detalhadas dos crimes de responsabilidade do Presidente da República nos arts. 5º a 12. Veja-se que todos os referidos crimes referem-se tão somente a infrações político-administrativas e, frise-se, infrações mesmo e não meramente insatisfações ou decisões impopulares.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 587.

Como dito anteriormente, o instituto, ora em análise, é mecanismo que confere ao cidadão a garantia do controle da atuação do Presidente da República eleito democraticamente. Nesse sentido afirma Sérgio Resende de Barros ⁷, em seu artigo "Estudo sobre o *Impeachment*", que "o termômetro do *impeachment* é a *vox populi*", ou seja, a voz do povo.

De fato, a opinião pública abarca extrema relevância no processo de responsabilização do chefe do Poder Executivo pelos crimes de responsabilidade eventualmente cometidos. É o que se tem defendido neste trabalho ao se afirmar que o *impeachment* reflete direito constitucionalmente conquistado pelo povo. O que se rechaça, no entanto, é a banalização do referido instituto quando esse é utilizado como instrumento de mera pressão política, a fim de influir nas realidades econômica, social e política, através de mecanismos como manifestações populares, lobby partidário e apelo midiático.

Um povo é formado por pessoas, cada qual com seus valores, crenças e objetivos. É evidente, portanto, que existem valores comuns a cada um daqueles que formam esse povo. Assim é que é formada a opinião pública, o consenso geral, o senso comum. Esse, por oportuno, diz respeito à compreensão do mundo, às experiências atuais da população. Assim, o espaço público, a esfera pública se refere aquilo que é coletivo, ou seja, à coletividade. Mas porque a opinião pública é tão importante?

Conforme previamente explicitado, todo o poder emana do povo, de forma que o eleito para exercê-lo deve agir com probidade e lisura. Nesta linha de raciocínio, a opinião pública no campo político tem o poder de influenciar toda uma gestão de governo através de pressão política. O principal mecanismo utilizado para tanto é a mídia. Assim é que, o lugar de discurso das mídias onde a população toma referências e idéias é moldado de acordo com as características pré-existentes dos receptores e com o quadro político do momento. Além

⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o Impeachment*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont>> Acesso em: 23 de fev. de 2016.



disso, atualmente as redes sociais têm ganhado espaço extremamente influente sobre a sociedade.

É, também, através das redes sociais e da rede mundial de computadores que a população tem se aproximado da política e da gestão governamental. O avanço tecnológico, característica marcante no século XXI, permitiu o surgimento dessas redes sociais. O terceiro milênio trouxe, pois, a internet como um dos instrumentos mais baratos e ao mesmo tempo mais poderosos ao alcance do povo.

Facebook, Instagram, Twitter, dentre outras, são exemplos de redes sociais que ganharam relevante papel no cenário político contemporâneo, servindo como intermediadores entre os políticos eleitos, até mesmo aqueles que atuam no Congresso Nacional em Brasília, e seus eleitores. Além de ser meio de convocação às manifestações e protestos sociais, também serviram como meio mais rápido e eficaz na propagação de informações, principalmente relacionadas à atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, propiciando uma transparência mais eficaz das contas públicas. Através da internet, por exemplo, é possível acompanhar as ações coletivas de amplo debate, como, por exemplo, as de investigação de corrupção, que é o caso da Lava-Jato⁸.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, inciso IV⁹ que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Reforça, ainda, no inciso XVI¹⁰ do referido artigo que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

⁸ Trata-se de investigação promovida pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal tendo como objetivo apurar um esquema de lavagem de dinheiro envolvendo, principalmente, a empresa Petróleo Brasileiro S.A.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 mar. 2016

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 mar. 2016

Convém lembrar que o supracitado artigo 5º está inserido no capítulo I, referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Cidadã de 1988. Trata-se, pois, de direitos que foram positivados e consagrados na Magna Carta por representarem os mais caros valores da existência humana, que garantem as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento do ser humano.

Em consequência disso, pode-se mencionar, por exemplo, entendimento do Ministro Gilmar Mendes, que ensina:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.¹¹

As manifestações ocorridas em 2013¹² e em 2016¹³, organizadas e convocadas através das redes sociais, demonstraram a insatisfação da população em relação aos governantes do país. Os cidadãos estão de fato exercendo seu direito constitucional à livre manifestação do pensamento e a reunião em locais públicos para expressarem seu desejo por ações que retirem o país da crise política e econômica em que se encontra. Resta ao governo se mobilizar para atender com eficiência, moralidade e impessoalidade as necessidades apresentadas pela sociedade.

Por todos estes aspectos é que se pode afirmar que a sociedade do terceiro milênio está mais bem preparada e equipada para impor sua opinião e exercer seus direitos, seja ao voto,

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

¹² Em junho de 2013 o aumento da passagem do transporte público desencadeou uma onda de movimentos sociais que levaram a população às ruas em vários estados do Brasil. Os protestos pautaram-se em temas como corrupção política, má qualidade dos serviços públicos, gastos públicos com os grandes eventos esportivos e outros assuntos específicos das classes.

¹³ Em março de 2016 novos protestos tomaram conta das ruas de diversos estados do Brasil em razão principalmente da nomeação do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil mesmo estando sob investigações da operação Lava Jato promovidas pelo Ministério Público Federal. Somadas à pauta estão questões como a crise política e econômica, os escândalos de corrupção e o pedido de Impeachment da atual Presidente da República que tramita no Congresso Nacional.



seja ao *impeachment*. De uma forma ou de outra, é de fundamental importância que os governantes reconheçam que a população esta mais aparelhada para agir de forma mais direta e incisiva na Administração Pública.

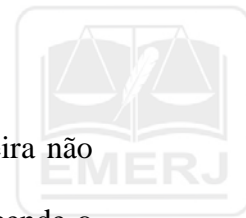
3. DAS MEDIDAS CONSTITUCIONAIS HÁBEIS A GARANTIR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É bem verdade que o Brasil passa atualmente por uma crise política e econômica decorrente, dentre outros fatores, da crise no setor petrolífero, dos escândalos de corrupção, do enfraquecimento da base parlamentar aliada do governo, da tomada de decisões governamentais impopulares, de elevados gastos desnecessários por parte do governo, da pífia transparência na prestação de contas. Nessa toada, pode-se afirmar, ainda, que os processos de investigação que partidários do governo enfrentam também podem contribuir para reforçar o discurso daqueles que almejam pela destituição do Chefe do Poder Executivo da União.

Como visto anteriormente, administrar um país não é uma ciência exata, principalmente em se tratando de um país como o Brasil, com suas proporções continentais, sendo certo que esse está sujeito a enfrentar situações de crise atinentes ao desenrolar de sua própria história. No entanto, insatisfações políticas decorrentes de eventual mudança no cenário da nação podem dar azo à instauração do processo de *impeachment*, objetivando garantir a segurança jurídica, princípio tão caro no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, necessário é estudar, com o fim de aperfeiçoar e fortalecer, possíveis medidas que independentemente do processo de *impeachment* dariam maior legitimidade a atuação do Poder Executivo.

Pode-se dizer que a perda da confiança da população em relação ao Presidente da República decorre em grande parte porque a sociedade não sabe o que está acontecendo na



conjuntura política e econômica do país. Sabe-se que a maioria da população brasileira não tem o domínio técnico-científico acerca da gestão pública, isso é, o povo não compreende o desenrolar da administração pública e como tais e quais decisões podem ou não afetar suas vidas. Assim, sem entender, a população apenas sofre as consequências das decisões políticas, que nem sempre a favorece de imediato.

É preciso educar e conscientizar a população acerca do que está acontecendo no cenário político e econômico e quais as providências que se pretende tomar para retomar a estabilidade e crescimento almejados. É preciso, pois, dar maior publicidade aos atos governamentais de forma clara e elucidativa a todo povo.

É através da publicidade que o particular saberá o que está ocorrendo na Administração Pública, podendo se manifestar, por exemplo, através do exercício do direito de petição e do direito de obtenção de certidões, conforme previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alíneas "a" e "b" da Constituição Federal. Veja-se:

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:

XXXIV - 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;¹⁴

A Administração Pública tem o dever constitucionalmente estabelecido de atuar sempre com clareza, franqueando os atos públicos a todo o povo, para que esse participe de seu controle como deve ser. Como ensina Hely Lopes Meirelles, "a publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos".¹⁵

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 09 mar. 2016.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94.



Outra forma de possibilitar a aproximação da população com seus representantes diz respeito ao aperfeiçoamento dos meios de consulta à opinião pública que permitam a sua participação na *res publica*. Assim, para reforçar o princípio da participação coletiva organizada, a Magna Carta de 1988 previu três instrumentos da democracia semidireta, para proporcionar vasta discussão em assuntos de enorme alcance: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.¹⁶

O plebiscito, previsto no art. 14, II, CRFB/88¹⁷, é uma consulta prévia aos eleitos sobre assuntos políticos ou institucionais, antes da elaboração da lei. As perguntas são diretas e o povo responde, votando sim ou não. Cumpre, pois, ao Congresso Nacional formular os questionamentos na forma do art. 49, XV, CRFB/88¹⁸.

O referendo, por sua vez, é uma confirmação de assunto já transformado em lei. O povo é consultado para que, através do voto, ratifique ou rejeite determinado ato legislativo. Dessa forma, os eleitores decidem sobre a matéria previamente aprovada pelo Congresso Nacional votando a favor ou contra ela. O referendo pode ser realizado por meio de requerimento do Chefe do Poder Executivo, de certo número de eleitores ou de parlamentares, mas apenas o Congresso Nacional pode autorizá-lo.

Por fim, o art. 14, III, CRFB/88¹⁹ traz a previsão da iniciativa popular, que permite ao povo apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo, desde que cumpridos certos requisitos exigidos no texto constitucional.

Como se vê, a própria Constituição Federal prevê formas de consulta da opinião da população no exercício da Administração Pública. No entanto, tais mecanismos foram poucas vezes utilizados desde a promulgação da Magna Carta. O Brasil, em sua história, realizou

¹⁶ Ibidem. p. 460.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 mar. 2016



apenas cinco plebiscitos e um referendo, o que denota a pouca importância dada pelo Poder Público aos referidos institutos.

A proposta aqui apresentada é a de que os Poderes Executivo e Legislativo comecem a lançar mão destes mecanismos, utilizando-os mais vezes e nas mais variadas oportunidades, tanto quanto possível, a fim de permitir a participação da soberania popular de forma direta na tomada de decisões, fortalecendo-as e legitimando-as ainda mais.

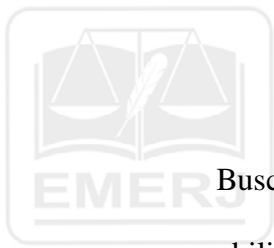
CONCLUSÃO

O presente trabalho não buscou se manifestar contra ou a favor do *impeachment* da atual Presidente da República. Antes, buscou-se apresentar uma visão cautelosa, imparcial e realista acerca do poder da opinião pública em relação ao cenário político e econômico atual, principalmente no que diz respeito ao instituto do *impeachment*, suas consequências e a legitimidade democrática que o envolve.

No primeiro capítulo buscou-se demonstrar que o *Impeachment* é um direito constitucionalmente conquistado pelo povo, cujo objetivo é permitir que, após a eleição e investidura dos candidatos eleitos, esses possam ser responsabilizados, caso necessário, pelas infrações político-administrativas que eventualmente venham a praticar no curso do mandato.

Como restou confirmado no primeiro capítulo, o *impeachment*, assim como o voto, não é um direito disponibilizado ao cidadão para ser utilizado ao seu bel prazer, sendo certo que ele se presta a apurar eventual infração político-administrativa do presidente da República no curso de seu mandato.

No Segundo capítulo, discorreu-se a respeito da influência da opinião pública, principalmente no contexto atual e com a disposição de ferramentas virtuais ao alcance do povo, sobre a deflagração do processo de *impeachment*.



Buscou-se esclarecer que a opinião pública exerce influência direta no processo de responsabilização do chefe do Poder Executivo pelos crimes de responsabilidade eventualmente cometidos. Além disso, identificou-se que a sociedade do terceiro milênio está mais bem preparada e equipada para impor sua opinião e exercer seus direitos, seja ao voto, seja ao *impeachment*

No terceiro capítulo, por derradeiro, apresentou-se algumas medidas constitucionalmente previstas que poderiam se mostrar mais eficientes na legitimação democrática da Administração Pública.

Falou-se a respeito da necessidade de se dar maior publicidade aos atos governamentais, a fim de possibilitar que a sociedade participe do controle desses atos, através, por exemplo, do exercício do direito de petição e do direito de obtenção de certidões. Sugeriu-se, ainda, o aperfeiçoamento dos meios de consulta à opinião pública previstos na Constituição Federal, como o plebiscito e o referendo, os quais permitem a integração da soberania popular de forma direta na tomada de decisões. E, por fim, apontou-se a necessidade de reaproximação do governo com as referidas medidas, para que ele possa atender com eficiência, moralidade e impessoalidade as necessidades apresentadas pela sociedade.

Nesse contexto, conclui-se que a utilização do instituto ora em destaque como solução das crises política e econômica pode ser apontada como uma das consequências da elucidação que a sociedade do terceiro milênio tem alcançado, principalmente em razão do avanço tecnológico e da utilização das redes sociais. Deve-se, pois, valorizar mais as medidas constitucionais adequadas a legitimar a atuação da Administração Pública, revertendo o cenário de insatisfação política da população.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. *Estudo sobre o Impeachment*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/estudo-sobre-o-impeachment.cont>> Acesso em: 23 de fev. de 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.689/DF. Relator Senhor Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfjulgamentohistorico/anexo/ms21689.pdf>> Acesso em: 24 de fev. de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMARGOS, Viviane. *Transparência dos atos da Administração Pública*. <<http://vivifloripa.jusbrasil.com.br/artigos/184539410/transparencia-dos-atos-da-administracao-publica>> Acesso em: 25 mar. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Leandro. *Vertente Material do Princípio da publicidade administrativa*. <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9680&revista_caderno=4> Acesso em: 25 mar de 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Cydeane Celine Alves. *O Princípio da Publicidade na Administração Pública*. <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4942>> Acesso em: 25 mar. 2016.

PINTO, Paulo Bossard de Souza. *O Impeachment*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.



O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À LIBERDADE À INFORMAÇÃO

Letícia Maria Siqueira Marinho

Graduada pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Em um momento em que os meios de comunicação se ampliam e o trânsito de informações nunca foi tão grande, o direito ao esquecimento vem assumindo um papel importante enquanto direito personalíssimo na proteção dos indivíduos. Nesse contexto, a divulgação de fatos perpassa tanto pela ótica do indivíduo como do coletivo, de modo que a colisão entre o direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas se torna comum e, até certo ponto, inevitável. A essência do trabalho é analisar esse conflito, estudando o direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas, e como esses se relacionam no caso concreto.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Civil. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Direito ao Esquecimento. Liberdade de expressão. Liberdade de informação.

Sumário: Introdução. 1. O Espaço do Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. A Proteção Constitucional das Liberdades Comunicativas. 3. A Colisão do Direito ao Esquecimento com as Liberdades Comunicativas e o Entendimento Atual dos Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, qual a aplicação e alcance do direito ao esquecimento, e como este deve ser efetivado em casos que colidam com direitos fundamentais tais como a liberdade de expressão.

De origem histórica com bases no direito penal, o direito ao esquecimento assumiu relevante importância nos últimos tempos em outros ramos do direito, tomando posição destacada com a crescente propagação dos usos das mídias digitais e a escalada exponencial de informações que são disponibilizadas diariamente em diversos meios, físicos ou não. É nesse ambiente em que diversas informações, tanto alheias ou não, propagam livremente que surge outro aspecto do fenômeno: juntamente com a ânsia por informar e emitir opiniões, nasce também para outros a vontade de poder retirá-las, fazer desaparecer dados sobre si mesmo.



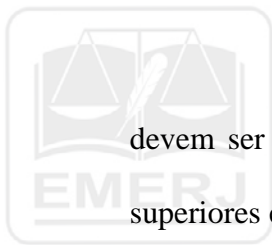
Assim, o direito ao esquecimento justamente vem para tutelar tais situações jurídicas, mas encontra limitações ao esbarrar na liberdade de expressão garantida na Constituição Federal, que assegura o direito não só a se expressar livremente como ao livre acesso à informação. Desta forma, apresentam-se atuais e pertinentes as seguintes reflexões: até que ponto o direito ao esquecimento está sendo tutelado no ordenamento jurídico em vigor? De que maneira este direito se relaciona aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial a liberdade de expressão e a liberdade à informação? E em uma situação de colisão entre tais direitos, quais critérios e fundamentos são utilizados pelos tribunais na solução dessa lide?

O trabalho enfoca a importância do direito ao esquecimento na sociedade atual em uma perspectiva de direito personalíssimo, assim como sua existência no ordenamento jurídico frente aos demais direitos tutelados pela Constituição Federal a fim de que possa ser determinado qual o seu alcance, o que se tornou tema de discussão direta e recente no Superior Tribunal de Justiça e aguarda julgamento com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, busca-se analisar a estrutura e natureza jurídica do direito ao esquecimento como um direito personalíssimo, sua evolução histórica e seu alcance atual nas relações jurídicas.

O segundo capítulo destina-se a contrapor a noção de direito ao esquecimento com outros direitos positivados na Constituição Federal que possuem mesma área de incidência, em especial o direito à informação e a liberdade de expressão, analisando quais os valores defendidos e tutelados.

Por fim, em um terceiro capítulo busca-se defender a necessidade de ponderação dos direitos em colisão no caso concreto, levando em consideração quais valores específicos



devem ser protegidos em cada hipótese, baseando-se nos critérios adotados pelos tribunais superiores em decisões paradigmáticas.

A pesquisa a ser realizada pretende-se de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, utilizando-se como fontes principais a legislação, a doutrina (livros e artigos científicos) e a jurisprudência.

1. O ESPAÇO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Ainda que já aceito na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira como um direito digno de ser tutelado pelo ordenamento jurídico, definir o direito ao esquecimento ainda apresenta-se como um desafio. A esse respeito, a doutrina internacional traz duas vertentes do direito ao esquecimento: o *right of oblivion* e o *right to erasure*. A primeira vertente se refere às informações públicas que perderam essa qualidade, desaparecendo os motivos que justificaram a divulgação. Historicamente, se relaciona a diversos casos de difamação e violação de privacidade de indivíduos, especialmente ex-detentos. Por sua vez, o a segunda vertente seria relacionada ao poder do titular dos dados de exigir que a informação seja apagada, de modo que o sujeito da informação passe a ser o devido titular de seus dados pessoais¹.

O direito ao esquecimento surge na atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro como um direito personalíssimo, tendo tanto raízes constitucionais como legais, apresentando-se como decorrente da dignidade da pessoa humana² e intimamente ligado ao direito à privacidade, à imagem e à honra³.

¹ GEORGE, Damian, TAMÒ, Aurelia. Oblivion, Erasure, and Forgetting in the Digital Age. *JIPITEC*, v. 5, n. 2, p. 71-87, set. 2014.

² Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988:

“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:

[...]

Como direito inerente à personalidade, entende-se, portanto, tratar-se de direito que é inato, visto que essencial à condição humana⁴, sendo direito autônomo de cujo todo indivíduo é titular. Tal fato decorre de sua apresentação como emanção da dignidade da pessoa humana, devendo ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim considerado, sua proteção se justifica uma vez que se caracteriza como sendo direito oponível a toda a sociedade e ao Estado⁵.

Ainda que hoje o seu enquadramento e tutela se encontrem em grande parte a cargo da legislação civilista e da Constituição Federal, o direito ao esquecimento apresenta sua origem na esfera criminal, relacionando-se ao direito à ressocialização de indivíduos condenados, cuja pena já restou cumprida e que buscam não mais ser associados aos fatos desabonadores a eles atribuídos.

Contudo, com as demandas atuais referentes às novas tecnologias e mídias digitais, visualiza-se um novo potencial lesivo contra os direitos da personalidade, surgindo, assim,

III - a dignidade da pessoa humana”

[...]

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

[...]

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

³ De acordo com o Código Civil Brasileiro:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[...]

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

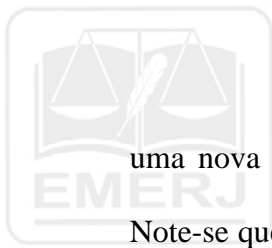
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

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”.

[...]

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 14 set. 2015.



uma nova faceta do direito ao esquecimento relativo à transmissão de dados na Internet⁶.

Note-se que, se por um lado as mídias físicas vêm e vão com notícias, trazendo e esquecendo as manchetes, no meio virtual nada se esquece tão facilmente, eis que os dados e informações permanecem como que em uma grande estante virtual à disposição de todos os indivíduos a distância de apenas um clique⁷.

Nesse sentido, em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão resumiu bem a diferença do alcance das violações perpetradas no meio digital – e a consequente importância do direito ao esquecimento nesta seara:

[...] A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à *internet*, ambiente que, por excelência, *não esquece* o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *cyberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à *internet* - mas não exclusivamente a ela - a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado [...] ⁸

Diante desse quadro, não se pode ignorar que a aplicação do direito ao esquecimento no meio digital implica em um fenômeno de universalização de seu alcance. Considerando que a lógica e estrutura da rede virtual é complexa e independe de fronteiras dada a sua natureza incorpórea, tal fato esbarraria na possibilidade de utilização desse direito em nível mundial e, por conseguinte, numa série de questões jurídicas referentes a conflito de jurisdições soberanas, assim como choques de normas e conceitos⁹.

⁶ SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231-264.

⁷ LIMA, E. N. K. P. Direito ao esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cg/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1239004&tipo=0&nreg=201201449107&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁹ VIVIANI, Luís. *Quando o direito ao esquecimento vira censura?* Disponível em: <<http://jota.info/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura>>. Acesso em: 14 out. 2015

Não obstante tais obstáculos apresentados, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou em maio de 2014 a possibilidade dos europeus pedirem a retirada de dados pessoais na internet a partir do direito de esquecimento¹⁰.

Por sua vez, não se verifica no ordenamento pátrio regramento legal específico sobre o referido direito. Há, contudo, a interpretação referente ao artigo 11 do Código Civil presente no Enunciado 531, que foi aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), de março de 2013. A esse respeito, dispõe o Enunciado 531 que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Como justificativa apresentada à referida interpretação, pontuou-se que

[O]s 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.¹¹

Diante da justificativa, vale destacar a interpretação dada ao direito ao esquecimento pelo Conselho, na medida em que restringe seu alcance ao uso do fato pretérito, e não ao direito de apagar ou reescrever a própria história. Em mesmo sentido Anderson Schreiber¹² aponta para esta restrição, indo um pouco além ao limitar o alcance do direito ao esquecimento quando em conflito com os demais direitos positivados no ordenamento:

Cumprir registrar que o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de expressão, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento.

¹⁰ CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. *An internet search engine operator is responsible for the processing that it carries out of personal data which appear on web pages published by third parties*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-02.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

¹¹ ENUNCIADOS aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 14 out. 2015.

¹² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171-172.



Como todo direito da personalidade, o direito ao esquecimento não se apresenta absoluto, podendo ser restringido como fruto de ponderação frente a outros direitos. É justamente essa contraposição que será analisada no capítulo seguinte.

2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES COMUNICATIVAS

O direito ao esquecimento não é o único direito que tem incidência quando em se tratando do controle de divulgação de fatos e dados. Nessa seara, não é incomum a colidência do exercício deste direito personalíssimo com a proteção das liberdades comunicativas, cuja importância no que se relaciona a essa temática não se pode ignorar.

O conceito de liberdades comunicativas englobam tanto a liberdade de informação como a liberdade de expressão, também podendo ser a primeira tratada como uma faceta da liberdade de expressão em seu sentido amplo. Barroso¹³ diferencia ambas ao tratar a liberdade de informação como o “direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado”, enquanto a liberdade de expressão “destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”. Também no conceito de liberdade comunicativa está englobada a liberdade de imprensa, que se refere à liberdade dos meios de comunicação na divulgação de fatos e ideias, relacionando-se intimamente com as outras duas.

As liberdades comunicativas assumem uma dupla dimensão, tanto subjetiva como objetiva. A dimensão subjetiva se materializaria na proteção dos titulares desse direito frente ao Estado e terceiros quanto a qualquer tentativa de barrar ou prejudicar o seu exercício de exprimir opiniões e informações. Trata-se de um direito negativo em sua essência, cujo foco é a proteção do emissor, funcionando como um meio para o desenvolvimento da personalidade. Paralelamente, a dimensão objetiva se caracterizaria pelo reconhecimento de que tais liberdades apresentam-se como instrumentos essenciais para a manutenção de uma sociedade

¹³ BARROSO, op. cit. Vide nota 5.



democrática, de modo que sua proteção e promoção pelo Estado são necessárias e atendem ao inegável interesse público de circulação de ideias – aqui, busca-se tutelar o interesse dos receptores em geral, assim como da sociedade como um todo, no que diz respeito à formação de opinião pública crítica e diversificada, que tanto se associam ao exercício da democracia.

A esse respeito, a liberdade de expressão recebeu tratamento constitucional em todas as constituições que vigoraram na história brasileira. Atualmente, é elencada como direito fundamental com previsão no Art. 5º, IX¹⁴, da Constituição da República de 1988, assim como as demais liberdades comunicativas também são tuteladas constitucionalmente como direitos fundamentais¹⁵.

Segundo Cláudio Chequer¹⁶, esse tratamento da liberdade de expressão como direito fundamental se justifica pelos seguintes fundamentos:

Vários são os fundamentos filosóficos que a autorizam como um direito fundamental. Entre os principais argumentos, podemos elencar um de natureza constitutiva, outros de natureza instrumental. Num primeiro plano, a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de garantir a autossatisfação humana, apresentando-se, pois, como um fim em si mesma. A liberdade de expressão pode se apresentar ainda como um instrumento (um meio) para a realização de algo importante (um fim). Neste sentido, esse direito ora se apresenta como um meio para a descoberta da verdade, ora como um meio para a efetivação do processo democrático ou até mesmo para a garantia do desenvolvimento da sociedade ou da estabilidade governamental

¹⁴ Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988:

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:

[...]

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

¹⁵ Acerca dos outros dispositivos constitucionais que garantem as liberdades comunicativas:

Art. 5º [...]

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

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

A liberdade de imprensa, por sua vez, recebeu tratamento especial no art. 220 da Constituição Federal:

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.

¹⁶ CHEQUER, Cláudio. *Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "prima facie"*.

Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/artigos-de-procuradores/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental-preferencial-prima-facie>>. Acesso em: 01 mar. 2016.



Essa proteção constitucional às liberdades comunicativas se justifica primeiramente em razão de uma questão predominantemente histórica, visto que a Constituição Federal surgiu em um momento de transição democrática, com o rompimento com a ordem jurídica até então vigente, que por sua vez era pautada no autoritarismo e na censura.

Em outro espectro, as liberdades de expressão e de informação apresentam-se essenciais na formação da vontade individual, tanto daquele que emite como do que recebe a informação/opinião. Ao abranger o direito do emissor de exprimir seus sentimentos e ideias, definindo a forma e o conteúdo de sua manifestação, tais direitos permitem que o indivíduo exerça sua condição de ser humano ao externar reflexo de sua personalidade. Ao mesmo tempo, ao se garantir a liberdade de expressão e o direito de informação ao receptor, permite-se que este possa desenvolver sua personalidade de forma livre, de acordo com as ideias e opiniões que teve possibilidade de ser apresentado ao longo de sua trajetória. Em ambos os casos, verifica-se que se trata de direito que em muito se relaciona com a dignidade da pessoa humana, e não a contrapondo, como poderia se pensar.

Sobre esse último ponto, como é conferido ao indivíduo enquanto receptor a livre formação de ideias e opinião, não pode o Estado proibir a divulgação de ideias por entender que estas são erradas ou lesivas, ao argumento de serem capazes de persuadir negativamente os indivíduos. Aceitar isso seria entender que uma pessoa adulta não possui discernimento suficiente para que forme a sua própria convicção acerca de fatos a ela apresentados e, como uma forma de paternalismo estatal, retiraria a responsabilidade moral do receptor. Além do mais, seria uma forma de controle prévio que se aproxima à censura, o que o ordenamento brasileiro justamente buscou evitar com os dispositivos da Constituição Federal.



Por esses fatos, aponta Daniel Sarmiento¹⁷ ao tratar da questão que “estas liberdades são violadas não apenas quando o Estado proíbe a discussão de algum assunto, mas também quando busca definir a forma como se dará este debate, e os aspectos ou personagens que deverão ser abordados ou olvidados pelo emissor”.

Ademais, como já discorrido acima acerca de suas duas dimensões, tem-se em mente que o direito à livre expressão e informação tem tutela constitucional não somente em favor do emissor das manifestações, mas também em proveito dos receptores e do público em geral. Essa faceta se mostra ainda mais exacerbada na liberdade de imprensa, garantia constitucional cujo principal destinatário é a sociedade, que pode a partir das informações divulgadas pelos veículos de comunicação, assumir pontos de vistas críticos sobre temas de interesse público e social, que influenciarão diretamente como se dará a relação da sociedade com o Estado.

É por essa razão que direitos como os relativos às liberdades comunicativas possuem proteção especial diante de sua relevância na garantia da democracia. Isso porque, na democracia, pressupõe-se que os indivíduos tenham o poder de influenciar, por meio da manifestação de suas opiniões, as opiniões dos demais cidadãos, de modo que ao fim prevaleça aquela considerada melhor, como produto de deliberação.

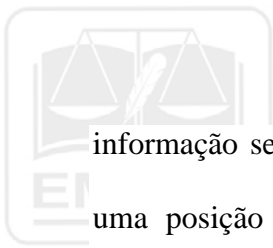
Nesse sentido, Daniel Sarmiento¹⁸ vai além:

Por isso, a liberdade de expressão é tão fundamental em qualquer regime democrático. É a sua garantia que possibilita que a vontade coletiva seja formada através do livre confronto de ideias, aberto a todos. É a sua principal projeção institucional – a liberdade de imprensa – que potencializa as interações discursivas na sociedade, e que confere maior transparência sobre a atuação do Estado e dos poderes sociais, ensejando o seu controle pela cidadania. Esta ligação visceral entre democracia e liberdades de expressão e de imprensa é amplamente reconhecida pela jurisprudência do STF.

Em razão dessa importância no tocante à promoção da democracia – no sentido de permitir as melhores escolhas dos cidadãos - e também pelo fato das liberdades de expressão e

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e o "Direito ao Esquecimento" na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

¹⁸ Ibid.



informação servirem de fundamento para o exercício de outros direitos, é conferido a estas uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais quando considerados individualmente. São entendidas como direitos fundamentais *prima facie*, originalmente previstos na Corte Constitucional Americana e hoje reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como no voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 187:

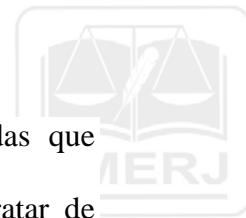
É certo que a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior. Não se quer afirmar que haja qualquer espécie de hierarquia entre as normas constitucionais – o princípio da unidade da Constituição, amplamente reconhecido pela doutrina brasileira e pela jurisprudência desta Corte [...], não concebe essa distinção hierárquica –, mas é inegável que existe uma certa preeminência axiológica da liberdade de expressão¹⁹

Uma vez admitida a existência de direitos fundamentais *prima facie*, tal fato traz implicações tanto teóricas como práticas em relação a sua existência no ordenamento jurídico e seu possível conflito com demais direitos, como no caso do direito ao esquecimento. Deste modo, ao se analisar um caso concreto em que deseja a retirada de informação, por exemplo, a posição preferencial da liberdade de expressão e suas repercussões também deverão ser consideradas.

3. A COLISÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM AS LIBERDADES COMUNICATIVAS E O ENTENDIMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em termos práticos, a posição preferencial determina a atribuição de um maior peso inicial às liberdades comunicativas ao se realizar a ponderação com outros direitos fundamentais a serem sopesados em um caso concreto. Ou seja, implica primeiramente em reconhecer uma prioridade das liberdades comunicativas quando em colisão com outros princípios constitucionais, dentre os quais podem consagrar direitos da personalidade, como o direito ao esquecimento.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 01 mar. 2016.



Dito isso, ela também importa em um controle mais estrito das medidas que envolvam restrições de tais direitos. Para que se admitam restrições, devem se tratar de medidas previstas legalmente e com objetivos fundados na Constituição Federal, observando-se, sempre, sua proporcionalidade considerado o trinômio adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito.

Ocorreria nessa hipótese, segundo Sarmiento²⁰, algo similar a uma inversão de presunção de constitucionalidade das normas restritivas, de modo que o juiz pode inclusive nesses casos lançar mão de decisões contramajoritárias.

Reconhece-se neste campo, uma ampla legitimidade para decisões jurisdicionais contramajoritárias, visando a contrabalançar a tendência comum – mas lamentável – dos governos e maiorias políticas, de tentar silenciar os que expressam opiniões impopulares ou divulgam fatos que desagradam os que estão no poder.

Desse modo, diante de posição preferencial já discorrida das liberdades comunicativas, uma vez que se depare com um conflito entre o direito personalíssimo ao esquecimento e o direito fundamental à liberdade de expressão em sentido amplo, não se pode dizer que necessariamente um direito se sobrepõe obrigatoriamente ao outro. Apresenta-se necessária a ponderação considerando o caso concreto, em qual extensão os direitos estão sendo atingidos e quais medidas são proporcionais e efetivas.

Em todo caso, em se tratando da tutela de direito fundamental relativo à liberdade de expressão, a regra em geral a ser aplicada é a de que a tutela dos direitos da personalidade deve ser a posteriori, por meio de direito de resposta ou pela responsabilização dos emissores que abusaram do direito a se expressar livremente. Essa ordem de tutela – garantir a liberdade primeiro, responsabilizar depois - se coaduna com a postura adotada em nossa ordem constitucional em que a censura é vedada (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). Ademais, é uma maneira de se fazer proteger ambos os direitos, ainda que não integralmente:

[d]ela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição

²⁰ SARMENTO, op. cit. Vide nota 17.



posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação²¹.

No plano prático, o presente embate entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão foi trazida à discussão no Superior Tribunal de Justiça em dois casos, que receberam tratamentos diferentes pela mesma turma.

No julgamento do REsp 1.334.097/RJ²², conhecido como “Caso Chacina da Candelária”, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela violação do direito de um envolvido na chacina que foi absolvido de todas as acusações, vez que a citação do inocente tantos anos após o ocorrido em episódio do programa “Linha Direta” lhe trouxe diversos transtornos de ordem pessoal. Neste sentido, considerou-se abusiva a vinculação do autor absolvido ao fato, apresentando seu nome e figura, considerando que a ocultação de sua pessoa não traria qualquer prejuízo a liberdade de imprensa. Reconheceu-se, portanto, o direito de um inocente de ser esquecido enquanto às acusações pretéritas, a fim de que possa seguir sua vida.

Resultado distinto foi o do REsp 1.335.153/RJ²³, conhecido como “Caso Aída Curi”, em que se viu pela turma negado o direito ao esquecimento dos familiares de vítima de estupro e homicídio ocorrido em 1958, em relação à divulgação do caso nos dias atuais, entendendo o tribunal superior que se estaria diante de caso de relevante interesse público. Ademais, soma-se o fato que não seria possível a narração do fato pela imprensa sem que se mencionasse o nome da vítima, conhecido por meio desse.

²¹ BARROSO, op. cit. Vide nota 5.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1239004&tipo=0&nreg=201201449107&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1237428&tipo=0&nreg=201100574280&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Nos presentes casos, a dualidade no tratamento se justifica diante da ocorrência do interesse público: o direito ao esquecimento cede espaço quando este impossibilita a efetivação do direito a memória histórica e coletiva. Note-se que em ambos os julgados, tratavam-se de casos de importância histórica, mas tão somente o direito ao esquecimento dos autores do REsp. 1.335.153/RJ²⁴ impossibilitariam o interesse da população de ter acesso a tais fatos e informações. Casos de grande repercussão como os afirmados fazem parte da memória da sociedade e servem como lembrança e orientação para que não sejam repetidos pelas futuras gerações, por isso não podem ser esquecidos. O que não deve se admitir é a exploração sem medidas de fatos que não se apresentam relevantes à memória histórica.

Tendo como base tal diferenciação quanto à tutela do direito ao esquecimento dos indivíduos, é na internet e meios tecnológicos que ele encontra maior relevância, visto que o conteúdo publicado é predominantemente privado e sem relevância pública, devendo o indivíduo ter controle sobre a propagação – e eventual – esquecimento de seus atos e dados pessoais, razão pela qual a sua proteção será mais forte.

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem o direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a sua vida, por um acontecimento pretérito²⁵.

Por fim, o que se verifica é que somente na análise concreta dos casos, mediante a ponderação acima analisada, poderá se observar quais interesses deverão prevalecer, considerando o direito ao esquecimento do indivíduo e o direito fundamental à liberdade de expressão como um todo. Desta forma, “o caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com

²⁴ Ibid.

²⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 170.



os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida”²⁶. Como apontado por Anderson Schreiber, não há solução simples.

CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro atual, é certo que o direito ao esquecimento se apresenta como um direito da personalidade digno de tutela e proteção jurídica, apresentando-se como um reflexo da importância a que foi atribuída ao indivíduo. Tal direito assume cada vez mais como um importante aliado na proteção dos indivíduos no que toca os fatos da vida privada, em mais um dos contornos da tutela da dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo em que o direito ao esquecimento deve ser protegido e promovido, ele não é absoluto, e as situações nas quais ele é aplicado também terão incidência tantos outros direitos constitucionalmente previstos, em especial as liberdades comunicativas, de modo que não podem ser desconsideradas. Essas liberdades buscam principalmente garantir a proteção do interesse coletivo, tanto no sentido do acesso à informação presente como na manutenção da memória coletiva, e por essa razão devem ser protegidos.

Assim sendo, em casos em que a sociedade perca efetivamente com a não divulgação dos fatos, tanto para fins de promoção da informação, do direito à memória ou da democracia como um todo, a prevalência a princípio deve ser das liberdades comunicativas em detrimento do direito do indivíduo ao esquecimento. Isso não significa que o direito ao esquecimento não mereça a tutela pelo ordenamento, mas sua maior força se dará no âmbito das relações privadas, em que seus avanços são mais sentidos e significativos.

Como dois lados de uma mesma história, a colisão entre direito ao esquecimento e as liberdades comunicativas é inevitável. Trata-se de batalhas a serem travadas em cada caso, cujas especificidades são valiosas na resolução da questão, de modo que somente pela ponderação pode-se chegar a melhor solução. Em todo caso, ganha-se todos, pois

²⁶ Ibid, p. 172.

independente de maior ou menor incidência no caso, é indiscutível que o direito ao esquecimento existe e deve ser defendido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação*. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista Trimestral de Direito Civil. Local: Rio de Janeiro, vol. 16, dezembro, 2003.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1239004&tipo=0&nreg=201201449107&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1237428&tipo=0&nreg=201100574280&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Cordeiro-e-Paula-Neto-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016

DESAFIOS contemporâneos da liberdade de expressão. Palestrante: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro, Emerj, 2015, 1 DVD.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e o "Direito ao Esquecimento" no ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS REFLEXOS NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Lívia Vital de Oliveira Paragó

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

Resumo: O novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, inovou com a instituição do procedimento denominado incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, por ser tratar de incidente processual, com regras pré-estabelecidas, permite que a parte não seja surpreendida por decisão judicial precipitada, uma vez que antes de decidir pelo pedido de desconconsideração da personalidade jurídica o juízo mandará citar o sócio ou a pessoa jurídica para se manifestar sobre o pedido. Tendo em vista que o procedimento privilegia princípios e garantias fundamentais como devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o que se pretende no presente artigo científico é a reflexão acerca da possibilidade de sua aplicação no procedimento especial tratado pela Lei n. 6.830/80, que trata das execuções fiscais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro deve ser integralizado com o propósito de atender aos comandos legais de forma harmoniosa.

Palavras-chave: Direito Tributário. Garantia aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no procedimento estabelecido pela Lei n. 6.830/80. Análise do alcance da súmula vinculante n. 28.

Sumário: Introdução. 1. Parâmetro entre a responsabilidade tributária prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional e a desconconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil. 2. A amplitude do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica com a finalidade de que sejam garantidos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em todos os ramos do direito. 3. A relevância da súmula vinculante n. 28 e seus efeitos no procedimento previsto na Lei n. 6.830/80. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade do novo incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, advindo com a Lei 13105/2015 (novo CPC), ser aplicado no procedimento previsto na Lei n. 6.830/80, que trata da execução fiscal.

Os embargos à execução é o único meio de defesa previsto na LEF, em que pese a doutrina e jurisprudência admitir a exceção de pré-executividade, tal defesa se restringe às matérias cognoscíveis de ofício que não demandem dilação probatória, assim nos casos em que os sócios/administradores das pessoas jurídicas são incluídos no pólo passivo da execução fiscal o único meio de defesa previsto em lei determina a garantia do juízo, o que inevitavelmente impossibilita o acesso ao judiciário.

Deve-se ressaltar que a inclusão das pessoas físicas (administradores) ocorre sem que os mesmos tenham tido a oportunidade de se defender administrativamente, diferentemente da pessoa jurídica que antes de ajuizada a execução fiscal é notificada em processo administrativo para exercer o seu direito de defesa.

Com as alterações advindas com o novo Código de Processo Civil se privilegia o respeito aos direitos e garantias fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, garantidos constitucionalmente, vários artigos corroboram para a efetivação dos princípios mencionados, como por exemplo, o artigo 10 que estabelece que o juiz não pode decidir, a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, além do objeto do presente artigo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 *usque* 137, procedimento inédito até então no ordenamento jurídico brasileiro, que se abarcado pelo procedimento previsto na LEF irá amenizar a celeuma imposta pelo art.16 §1º do referido diploma legal.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente artigo com a distinção entre a responsabilidade tributária e a desconsideração da personalidade jurídica o que necessariamente cumpre esclarecer quem pode ser considerado responsável tributário e quem pode responder nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, que apesar de serem institutos independentes e

pontuais, podem estar intimamente relacionadas, e principalmente nos casos em que o magistrado fundamenta sua decisão com sucedâneo no art. 50 do CC *mister* a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida procura-se demonstrar como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica possibilitará efetivamente a aplicação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa de forma plena, devendo ser aplicado nos executivos fiscais, pois deve haver compatibilidade da lei especial com os outros ordenamentos jurídicos, sendo perfeitamente possível sua aplicação uma vez que a LEF no seu art. 1º estabelece aplicação subsidiária do CPC. Ademais, os direitos fundamentais devem vincular a legislação e a jurisdição de forma imediatamente vigente.

O terceiro capítulo exalta a importância da jurisprudência no que se refere a exigência da garantia do juízo para se manifestar, com destaque ao julgamento da ADI 1074/DF, que se reconheceu, no controle concentrado com efeitos vinculante e *erga omnes*, a inconstitucionalidade do art.19 da Lei 8.870/94, e posteriormente no ementário n.º 2392-1, Proposta de Súmula Vinculante - PSV 37/DF, em que o Ministro Joaquim Barbosa de forma expressa ressaltou sobre a possibilidade da incidência da referida PSV sobre a Lei de Execução Fiscal.

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

1. PARÂMETRO ENTRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Primeiramente cumpre distinguir os conceitos de desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária, que possibilita a inclusão dos sócios-administradores na Certidão de Dívida Ativa - CDA como corresponsáveis ou seu redirecionamento dos nas execuções fiscais.

A personalização das pessoas jurídicas visa o reconhecimento da sua autonomia patrimonial e jurídica de forma independente em relação ao patrimônio individual de seus instituidores. Portanto, as pessoas jurídicas respondem com o seu patrimônio pelas suas dívidas e obrigações.¹

A desconsideração da personalidade jurídica tem sua origem no direito anglo-saxão, tendo sido desenvolvida com a colaboração dos tribunais ingleses e norte americanos, com o objetivo de evitar abusos decorrentes da autonomia da pessoa jurídica, foi a denominada *disregard of legal entity* que serviria como mecanismo para *lifting the corporate veil*, que significa levantar o véu corporativo, ou seja, possibilitar a responsabilidade da pessoa jurídica sobre o patrimônio do sócio.

Sendo que no direito brasileiro atualmente referido instituto está previsto no artigo 50 do Código Civil, entretanto, no Código Civil de 1916² não havia referência a esse. A primeira legislação a tratar do assunto foi a Lei 4.591/64, mais especificamente em seu artigo 66, parágrafo único, o qual permite que se alcance responsável pelo empreendimento, imputando-lhe responsabilidade por danos advindos dos contratos relativos às incorporações imobiliárias. Logo após, o Código Tributário Nacional tratou da responsabilização pessoal daqueles que

¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. 8 ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²BRASIL. Lei n.3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

agissem com excesso de poderes ou infração à lei, nos termos do artigo 135 do referido diploma legal.

Ainda antes do disposto no atual Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor - CDC no seu art. 28, expressamente positivou o instituto, permitindo ao juízo desconsiderara personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social., ampliando ainda a desconsideração nos casos em que há falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

Com o advento do Código Civil de 2002³ a desconsideração da personalidade jurídica foi tratada no artigo 50 e informa que no caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial pode-se atribuir responsabilidade patrimonial aos sócios ou administradores para responderem com o seu patrimônio pessoal por uma obrigação constituída originariamente pela pessoa jurídica. Deve-se ressaltar que não basta o mero inadimplemento da pessoa jurídica, deve-se comprovar que houve abuso, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, sob pena de subverter o instituto.

O artigo 50 do Código Civil⁴ informa que o requerimento da parte ou do Ministério Público possibilita o juízo aplicar a desconsideração, entretanto, tal medida, não deve ser de forma irrestrita, que inviabilize o devido processo legal, desrespeitando princípios fundamentais como o contraditório e a ampla defesa.

Note-se que, conforme acima mencionado, anteriormente a previsão da desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil⁵, o Código Tributário Nacional,

³BRASIL. Código Civil. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

⁴Ibidem.

⁵Ibidem.

em seu artigo 135, inciso III trata da responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de débito tributário que resulte de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos dos quais tinham a administração.

O conceito de responsabilidade tributária está previsto no artigo 128 do CTN e informa que a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, que não se confunde com a figura do contribuinte que é aquele que tem relação pessoal e direta com fato gerador, assim, o responsável seria o sujeito passivo indireto da obrigação tributária.⁶

Assim, tanto nos casos de responsabilidade tributária como nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, terceiros inicialmente não responsáveis por determinada obrigação passam a responder pela mesma, e tal situação ocorre comumente nos processos de execução fiscal, em que os magistrados fundamentam suas decisões em ambos dispositivos legais, ou seja, com fulcro no artigo 135, inciso III do CTN, bem como com sucedâneo no artigo 50 do CC.

Especificamente acerca do rito contido na Lei de Execuções Fiscais - LEF em que se busca a cobrança dos créditos da Fazenda Nacional, e apresenta uma série de privilégios para que o Fisco tenha maiores condições de satisfazer o seu crédito, dentre tais privilégios está a possibilidade de constituição unilateral da CDA, título executivo que irá lastrear a execução fiscal, que goza de presunção relativa de liquidez e certeza, como também a imposição prevista no art.16, §1º da LEF que determina, para apresentação dos embargos à execução, a necessária a garantia do juízo.

Sendo os embargos à execução o único meio de defesa legalmente previsto, e que impõem a garantia do juízo como requisito de admissibilidade, seja com base no artigo 50 do CC ou no

⁶MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 158-160.

artigo 135, inciso III do CTN , quando terceiro é incluído no pólo passivo da execução fiscal para poder se defender é imposta condição muitas vezes impossível de ser cumprida, tendo em vista a impossibilidade de garantir o juízo, o que fere o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Em que pese ser aceita jurisprudencialmente a exceção de pré-executividade como meio de defesa prévia, seu conteúdo é restrito às matérias que não necessitem de dilação probatória, sendo tal defesa frequentemente rejeitada.

Outros meios para que se tenha acesso ao judiciário e que se possa exercer seu direito de defesa já foram utilizados pelos contribuintes, tais como o pedido de gratuidade de justiça, os embargos de terceiro, a aplicação da súmula vinculante n. 28, todavia, ao se tratar do procedimento de execução fiscal todos os meios já mencionados restaram infrutíferos.

Portanto, o novo procedimento previsto na Lei 13.105/2015⁷, novo CPC, o denominado incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tratado nos artigos 133 ao 137 do hodierno diploma legal , possibilitará o respeito ao devido processo legal, oportunizando o contraditório e a ampla defesa antes do juízo decidir pela inclusão dos administradores no pólo passivo da execução fiscal.

Motivo pelo qual, essencial que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica possa ser aplicado no âmbito das execuções fiscais, proporcionando a compatibilização das normas previstas no CPC⁸ e na LEF⁹, já que a própria LEF¹⁰ em seu artigo 1º prevê a aplicação subsidiária do CPC, ademais, incontestemente que a LEF não pode afastar seja direta ou indiretamente os princípios e garantias constitucionais já mencionados.

⁷BRASIL, Código de Processo Civil. 22.ed. São Paulo: Rideel, 2016.

⁸ Ibidem

⁹ BRASIL, Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016

¹⁰ Ibidem

2. A AMPLITUDE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM A FINALIDADE DE QUE SEJAM GARANTIDOS OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM TODOS OS RAMOS DO DIREITO.

A instituição de novo procedimento, via incidente processual, a ser realizado previamente à desconsideração da personalidade jurídica trata-se de avanço não somente no campo processual mas verdadeira adequação à garantias constitucionais, em especial aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Notório que o novo código de processo civil objetiva acima de tudo fazer prevalecer as normas constitucionais, e o disposto nos artigos 133 *usque* 137 do referido diploma é apenas mais uma demonstração do que acaba de ser mencionado. Desta forma, primordial se analisar as raízes que possibilitaram a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Neste diapasão, destaco o lecionado por quem ativamente participou acerca do projeto do novo CPC, Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior, motivo pelo qual, seleciono as lições de quem tem propriedade sobre o tema¹¹:

Sendo o Processo instrumento apto à realização concreta dos direitos, sobretudo, daqueles ditos fundamentais, compreende-se que o mesmo leva consigo toda a carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.

Cumprido mencionar que não há no direito tributário um código de processo tributário, sendo aplicado o CTN¹², que pela disposição do art. 135 estabelece o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que há atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei,

¹¹GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: Reflexões e Perspectivas*. Del Rey. 2014, p. 57-58.

¹²BRASIL. Código Tributário Nacional. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

contrato social ou estatuto e, subsidiariamente o código de processo civil, comando inclusive disposto no artigo 1º da LEF¹³.

Sendo responsabilizado o sócio gerente tanto pelo disposto no art. 50 do CC¹⁴ como pelo 135 do CTN¹⁵, indubitável que tratam-se de regras aplicadas em caráter excepcional, devendo ser executadas tão somente após comprovados os atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, ou caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial e, para tanto, indispensável se garantir os princípios basilares que compõem o devido processo legal, os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

A inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa presente nas execuções fiscais é contrária a toda dinâmica implementada com o novo CPC¹⁶ à luz da CRFB¹⁷, não há como ignorar a necessidade do diálogo das fontes, este entendido como método de aplicação conjunta e coerente das leis inseridas no ordenamento jurídico de forma a promover um sistema jurídico eficiente e justo.

Reitera-se que os meios de defesa em execuções fiscais são os embargos à execução, que nos termos do art. 16, §1º da LEF¹⁸ exige a garantia do juízo para ser admitido e a exceção de pré-executividade que somente é apreciada quando se tratar de matérias de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, o que impossibilita a defesa nos casos de redirecionamento, posto que, na maioria dos casos o débito atribuído à pessoa jurídica dificilmente é suportado pela pessoa física a impedindo de se defender via embargos à execução.

¹³BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁴BRASIL. Código Civil. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁵BRASIL. Código Tributário Nacional. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁶BRASIL. Código de Processo Civil. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁸BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

Portanto, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seria meio adequado e eficaz para corrigir esse anacronismo presente nas execuções fiscais, entretanto, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, houve entendimento no sentido de mitigar da eficácia do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo-se interpretação restritiva quanto ao instituto que prima atender à teoria do diálogo das fontes e em especial às normas da Carta Maior.

Neste sentido os enunciados do Fórum de Execuções Fiscais e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, conforme a seguir:

Enunciado 6 do Forexec – Fórum de Execuções Fiscais¹⁹:

A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015.

Enunciado 53 do Enfam²⁰ - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados:

O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.

Em que pese os prematuros enunciados acima destacados, imperioso salientar que os direitos e garantias fundamentais vinculam a legislação e a jurisdição de forma imediatamente vigente, não havendo justificativa para o procedimento previsto nas execuções fiscais desrespeitar e ir de encontro não só à Constituição, mas em face de toda a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, em todos os ramos do direito se respeita o contraditório e a

¹⁹ Fórum de Execuções Fiscais. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

²⁰ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.



ampla defesa, inclusive nas ações penais, em que em alguns casos estão protegidos os maiores bens jurídicos tutelados, como a vida e a liberdade, há, portanto, uma inversão de valores do que de fato pode se sobrepor para que se alcance a finalidade dos executivos fiscais.

Por fim, nunca é demais lembrar o pensamento há séculos do filósofo Immanuel Kant²¹:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim.

Portanto, o interesse do fisco em perquirir o crédito tributário não deve jamais se sobrepor aos princípios e garantias constitucionais, sob pena de considerar a norma constitucional como letra morta, uma vez que o ser humano deve ser considerado como o fim em si mesmo, e não servir como meio para a satisfação do fisco, ademais, a dignidade da pessoa humana não tem preço.

3. A RELEVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº28

A súmula vinculante está disposta de forma expressa na CRFB²², em seu artigo 103-A, incluído pela emenda constitucional nº45 de 08/12/2004, no qual se estabelece seu trâmite e aprovação.

Para que seja criada uma súmula vinculante é necessário que haja relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica na qual a súmula vinculante é traduzida como instrumento de uniformização da jurisprudência; reiteradas decisões sobre matéria constitucional

²¹KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

²²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

em que a referida súmula definirá a interpretação de determinada norma federal, estadual ou municipal, bem como seus limites de eficácia e validade, além de prevenir divergência entre órgãos judiciais e administrativos, tendo por escopo garantir a segurança jurídica, de forma a proporcionar que casos análogos recebem tratamento isonômico.

Em que pese a estrutura jurídica oficialmente adotada no ordenamento jurídico brasileiro seja a *civil Law*, sistema romano-germânico, em que as principais fontes do Direito vem da legislação, há influências do sistema *Common Law*, de origem anglo-saxônica, no qual os precedentes, bem como os costumes, são fontes do Direito, com a prevalência da produção jurisprudencial, e baseado na jurisprudência é elaborada a súmula vinculante.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1074/DF, reconheceu, no controle concentrado com efeitos vinculante e *erga omnes*, a inconstitucionalidade do art.19 da Lei 8.870/94²³, em decisão que restou assim ementada²⁴:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Nesta oportunidade, restou firmado o entendimento de que a exigência de prévio depósito como condição para propositura de medida judicial representa cerceamento de acesso ao Judiciário.

Ao decidir pela inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 8.870/94 que tratava da exigência de depósito prévio da se discutir débitos previdenciários a Suprema Corte concluiu que

²³ BRASIL. Lei n.9.870 DE 15 de abril de 1994.22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1074/DF. Relator: Eros Grau. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757684/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1074-df>> Acesso em: 16 mar. 2016.

referido dispositivo fere o princípio do acesso à justiça consubstanciado no art. 5º inciso XXXV da CRFB.

Neste contexto, vale mencionar os esclarecimentos de Oldemir Bilhalva Teixeira²⁵, *in verbis*:

Todo cidadão brasileiro tem o direito à tutela jurisdicional de qualidade. Esse direito à prestação jurisdicional decorre da transferência ao Estado da função de dizer o direito para o caso concreto. A jurisdição é uma função estatal inafastável, apresentando-se como incumbência atribuída ao Poder Judiciário que funciona como garantia de existência do próprio Estado Democrático de Direito. A esse poder do Estado de dizer o direito, corresponde o direito do cidadão de obter a prestação jurisdicional.

Significa dizer que o exercício da jurisdição deve estar direcionado à garantia do acesso à justiça e da prestação jurisdicional de qualidade, ou seja, um processo judicial só será efetivo (de qualidade) enquanto instrumento de concretização da tutela jurisdicional, se conseguir possibilitar a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil e de forma justa. Vê-se, portanto, que o fator “qualidade” da prestação jurisdicional traduzido como “tempo hábil e de forma justa”, é determinante para que o processo judicial exerça seu papel de instrumento de cidadania. Nesse contexto, a morosidade dos processos judiciais “fere de morte” o direito dos jurisdicionados de receber, do Estado, a tutela concreta e efetiva de seu direito. (...)

Em segundo lugar está a necessidade de se prestigiar o princípio isonômico - direito fundamental à igualdade perante a lei -, eliminando o perigo das decisões contraditórias, muitas delas que afrontam, inclusive, a declarações de inconstitucionalidade, em incompreensível contra-senso. Esse motivo, apontado como justificante da adoção da súmula vinculativa, se resume na imprescindibilidade de resguardar o princípio da segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões judiciais em causas idênticas. [...]

De forma diferente não pode ser a interpretação que se dá ao artigo 16, parágrafo primeiro da Lei de Execução Fiscal²⁶ em que se exige a garantia da execução para oferecimento da única defesa a ser apresentada pelo contribuinte prevista no referido diploma legal, verdadeira barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

Em consonância ao acima mencionado a Corte Maior no debate acerca da proposta da súmula vinculante nº 28, realizado pelo pleno do STF, em 03/02/2010 que, por unanimidade, decidiu que não pode haver a exigência de qualquer centavo de depósito com vistas a impedir a admissibilidade de ação que tenha por objeto a exigibilidade de crédito

²⁵TEIXEIRA, Oldemir Bilhalva. *Súmula Vinculante, Perigo ou Solução*. Campinas/SP: 2008. Russel, p.150-155.

²⁶BRASIL. Lei n.6.830, de 22 de setembro de 1980. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

tributário, destacou sobre a incidência da referida súmula em âmbito das execuções fiscais, conforme abaixo transcrito²⁷:

[...] O Senhor Ministro Ayres Brito – O particular que quer se eximir do depósito prévio não é ele que vai entrar com a ação que tenha por objeto a exigibilidade do crédito tributário.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Não importa quem vai entrar com a ação. Importa é que, se tiver para discutir exigência de crédito tributário, não se pode exigir para admissibilidade da ação nenhum depósito.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – É bom termos presente que isso terá incidência sobre a Lei de Execução Fiscal. Ela tem um dispositivo que estabelece a exigência de depósito, o valor do débito.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Agora, o entendimento que prevaleceu quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade foi este: o acesso ao judiciário para questionar exigibilidade de tributo não pode ficar sujeito a depósito.

A Senhora Ministra Carmen Lúcia – Porque, na verdade, a legislação tinha criado uma condição para ter acesso ao judiciário, que é vedado constitucionalmente. É isso que nós estamos querendo dizer. Repetir a Constituição: pode entrar em juízo e para tanto não se pode exigir depósito prévio. [...]

Por todo o exposto, a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial ou qualquer outro meio de defesa na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário contraria disposição da Súmula Vinculante nº 28 e fere princípios e garantias fundamentais como o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas. Portanto, não deve remanescer no ordenamento jurídico pátrio norma contrária que viola diretamente os direitos elencados.

CONCLUSÃO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica deveria ser medida excepcional, utilizada estritamente nos termos permitidos pela legislação, do mesmo modo o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios e administradores é medida gravosa que

²⁷BRASIL. STF. SÚMULAS VINCULANTES. Veja PSV 37 (DJe nº 40 de 05/03/2010), que aprovou a Súmula Vinculante 28. P.14-15 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf> Acesso em: 16 mar. 2016.

deveria ser imposta especificamente nos casos em que efetivamente restasse comprado que se agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou nos casos em que houve a dissolução irregular da empresa.

Entretanto, as decisões que desconsideram a personalidade jurídica, bem como as que redirecionam a execução fiscal muitas vezes ocorrem sem a devida cautela, de forma precipitada, sem que seja assegurada a possibilidade de manifestação antes de caracterizada a responsabilidade e suportado o ônus de uma execução.

Mesmo na vigência da Lei n.5.869/73 era possível embargar sem a garantia do juízo, com a legislação nova é oportunizado de forma louvável o prévio contraditório à decisão que desconsidera a personalidade jurídica, porém, ainda como resquício de um sistema ultrapassado, em descompasso com os princípios basilares da Carta Maior e das demais legislações pátria, a lei de execução fiscal impele ao executado depósito do débito fazendário para que ajuíze embargos à execução, única defesa permitida pela lei de execução fiscal.

Como a Lei de execução fiscal exprime aplicação subsidiária ao código de processo civil e não há impedimento quanto à aplicação do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o cumprimento do mencionado incidente possibilitaria a adequação do rito especial que trata dos executivos fiscais às normas e princípios hodiernamente respaldados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, deve ser garantido aos jurisdicionados o amplo acesso à justiça, assegurando o contraditório e a ampla defesa independente do procedimento processual adotado, já que se tratam de garantias constitucionais e devem ser respeitadas, a exigência da garantia do juízo para se defender nas execuções fiscais, sem sequer ter participado do processo administrativo que deu origem à execução fiscal é verdadeira barreira de acesso ao judiciário, a

admissibilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos executivos fiscais viabilizará a compatibilização entre as normas jurídicas, a jurisprudência e a efetivação dos direitos constitucionalmente tutelados.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. *Código de Processo Civil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L1060.htm Acesso em: 11 set. 2015.

_____. Lei n.3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Lei n.6.830, de 22 de setembro de 1980.22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei n.9.870 de 15 de abril de 1994.22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. *Código Tributário Nacional*.22. ed. São Paulo: Rideel,2016.

_____. STF. ADI n. 1074/DF. Relator: Eros Grau. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757684/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1074-df> Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. STF. SÚMULAS VINCULANTES. Veja PSV 37 (DJe nº 40 de 05/03/2010), que aprovou a Súmula Vinculante 28. P.14-15 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf Acesso em: 16 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 2. 20. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.



CANARIS, Claus Wilhelm. Tradução de SARLET, Ivo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de julho/2003. São Paulo: Almedina, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 12. Ed. Salvador-Bahia: JusPodivm, 2010.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DOS MAGISTRADOS. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. 8. ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAGUT, Maria Rita. *Novo CPC: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica tornando efetivo o direito dos grupos econômicos exercerem o contraditório*. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/6rd8/novo-cpc-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-tornando-efetivo-o-direito-dos-grupos-economicos-exercerem-o-contraditorio-maria-rita-ferragut.>> Acesso em: 10 set. 2015.

FÓRUM DE EXECUÇÕES FISCAIS. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: Reflexões e Perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário*. 6. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Bahia: n° 17, 2008. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/revistas/12172906/sumula_vinc_guilherme_pena.pdf> Acesso em: 16 mar. 2016.

TEIXEIRA, Oldemir Bilhalva. *Súmula Vinculante, perigo ou solução*. Campinas/SP: Russel 2008.

O PRECEDENTE DO HC Nº 126292-SP E A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Lucas Ferreira Soares de Brito

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogado.

Resumo: A temática da execução provisória dos efeitos prisionais de uma sentença penal condenatória sofreu sensível alteração com o recente julgamento do *Habeas Corpus* n. 126292 pelo Supremo Tribunal Federal. A outrora jurisprudência pacificada da Suprema Corte, firmada na garantia constitucional da presunção de inocência e refratária à execução provisória da pena, restou modificada pelo novel entendimento pretoriano, no sentido de se admitir a execução de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que haja a possibilidade de interposição de recursos excepcionais perante as Cortes Superiores. Todavia, esse recente entendimento destoa e viola frontalmente a garantia constitucional da presunção de inocência, além de representar um descompasso com o ordenamento infraconstitucional, mormente o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. Assim, o presente artigo buscará demonstrar o desacerto da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente diante da garantia constitucional da presunção de inocência.

Palavras-chave: Direito Processual Penal e Constitucional. Presunção de Inocência. Execução provisória da pena. Garantias constitucionais.

Sumário: Introdução. 1. A incongruência do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal com a sua própria jurisprudência, bem como com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A incongruência da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado em face do ordenamento infraconstitucional. 3. A garantia constitucional da presunção de inocência e a incongruência da execução provisória da pena. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292, no intuito de demonstrar o desacerto da tese fixada pelo Pretório Excelso em relação ao tema objeto de discussão, a saber, a execução provisória da pena.

Na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo voto da maioria de seus membros (7 a 4), alterou sua jurisprudência outrora pacificada, passando a admitir a execução imediata da pena privativa de liberdade estabelecida no acórdão de uma apelação que confirma a sentença penal condenatória, ainda que pendente a interposição de recursos extraordinários e especiais perante os Tribunais Superiores. Na ocasião do julgamento, exarou-se a seguinte tese: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Com efeito, a tese estabelecida pela Corte Constitucional no supracitado habeas corpus perpassa pela análise de dois pontos fulcrais, quais sejam, o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CRFB) e a temática alusiva à execução provisória da pena privativa de liberdade.

Todavia, e conforme se buscará demonstrar na presente pesquisa, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal representa um retrocesso jurídico diante da patente relativização/mitigação de uma garantia constitucional estampada no artigo 5º, LVII, CRFB, a qual assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo a execução provisória da pena incompatível com o devido processo penal constitucional, de matiz garantista.

Ademais, conforme se extrai do ordenamento infraconstitucional, o marco temporal do trânsito em julgado revela-se decisivo para que os efeitos prisionais da sentença penal condenatória – prisão-pena - incidam no caso concreto, após esgotados todos os recursos porventura existentes e cabíveis.

Assim, é nesse contexto em que se situará o presente artigo, a partir do exame das controvérsias relacionadas à tese exarada pelo Pretório Excelso quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292. A pesquisa em testilha se justifica pela enorme relevância jurídica do tema em análise, tendo em vista a capacidade singular deste novo entendimento do STF alterar profundamente o sistema de justiça criminal pátrio, além de influir diretamente no contingente e nas condições do sistema carcerário existente no Brasil.

Nessa esteira, o primeiro capítulo do trabalho cuidará de analisar a incongruência deste novo entendimento do Supremo Tribunal Federal com a sua própria jurisprudência -outrora pacificada-, bem como com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O segundo capítulo da pesquisa abordará a incongruência da execução provisória da pena diante do ordenamento infraconstitucional, mormente alguns dispositivos legais do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais.

Por fim, o terceiro e último capítulo do artigo analisará a incongruência da execução provisória da pena diante da garantia constitucional da presunção de inocência, no sentido de se demonstrar a necessidade de salvaguarda desse direito fundamental.

Como objetivo geral do trabalho e após o enfrentamento das questões acima expostas, buscar-se-á demonstrar que a execução provisória da pena, após a prolação de um acórdão condenatório no bojo de uma apelação, viola o princípio constitucional



da presunção de inocência, sendo certo que este novo entendimento do STF representa um atuar pragmático, utilitarista e consequencialista, distanciado do plexo de garantias constitucionais estabelecido na Constituição Cidadã de 1988.

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

1. A INCONGRUÊNCIA DO NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM SUA PRÓPRIA JURISPRUDÊNCIA, BEM COMO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em termos de evolução dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema da execução provisória da pena, é possível destacar dois períodos históricos bem delineados onde a Corte Suprema firmou posições antagônicas entre si.

Do advento da Constituição Federal de 1988 até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078-MG, datado de 5 de fevereiro de 2009¹, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena privativa de liberdade fixada em sentença condenatória mantida pelo órgão jurisdicional de 2º instância.

O principal argumento que embasava esse entendimento repousava no fato de que os recursos excepcionais eventualmente interpostos (recurso especial e recurso

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljlwy66>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

extraordinário) não possuíam efeito suspensivo em relação ao acórdão condenatório recorrido, sendo então possível a produção imediata de efeitos prisionais dos pronunciamentos judiciais colegiados, consoante se extrai da ementa do seguinte aresto:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. CF, ART. 5º, LVII.

I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. III. - H.C. indeferido.²

No mesmo sentido:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido.³

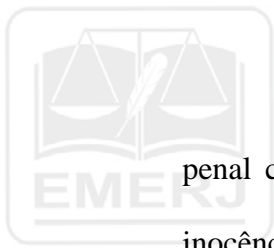
Contudo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078-MG⁴, datado de 5 de fevereiro de 2009, relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário da Suprema Corte alterou sua jurisprudência primitiva e passou a entender que a execução provisória ou antecipada da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 84846. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+84846%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+84846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/13rln4t>>. Acesso em: 12 mar.2016.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85886. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885886%2ENUME%2E+O+85886%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qcxe5go>>. Acesso em: 12 mar. 2016. No mesmo sentido: HC 68726, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991; HC 72366-SP, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995; HC 70662-RN, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 21/06/1994; HC 74983-RS, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997; HC 71723-SP, Relator Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 14/03/1995; HC 79814-SP, Relator Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 23/05/2000; HC 80174-SP, Relator Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 06/06/2000; RHC 85024-RJ, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 23/11/2005; HC 91675-PR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENUME%2E+O+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljlwy66>>. Acesso em: 12 mar. 2016.



penal condenatória é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Naquela assentada de julgamento, foram estabelecidos alguns paradigmas em relação ao tema da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Assim, a Corte Suprema entendeu que a permissão da prisão-pena decorrente de acórdão condenatório recorrível, antes do trânsito em julgado, violaria não só garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), como também o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), uma vez que esse princípio deveria ser prestigiado também nas instâncias recursais excepcionais.

Ainda nesse diapasão, haveria incompatibilidade entre a prisão-pena executada antes do trânsito em julgado e o ordenamento infraconstitucional, mormente a Lei de Execuções Penais em seu artigo 105, o qual condiciona o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁵, sendo esta diretriz legal condizente com a norma constitucional da presunção de inocência. Ressaltou a Corte que o artigo 637 do Código de Processo Penal, embaixador da tese segundo a qual seria possível a execução provisória da pena em virtude do recurso extraordinário não possuir efeito suspensivo, não deveria prevalecer diante da especialidade cronológica do supramencionado artigo 105 da Lei de Execuções Penais.

Por fim, destacou o Supremo que a exegese advinda da Constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional permitiria admitir apenas e tão somente as prisões cautelares, prisões processuais – temporárias e preventivas, como únicas formas de restrição da liberdade antes do implemento do trânsito em julgado da

⁵ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016. Artigo 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

sentença penal condenatória, não sendo possível conceber-se a prisão-pena decorrente de um acórdão recorrível antes do trânsito em julgado.

Merece registro o fato de que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do mencionado HC n. 84078-MG, datado de 5 de fevereiro de 2009, consolidou e norteou a jurisprudência do próprio Supremo⁶ em relação a diversos casos similares julgados posteriormente⁷, ocorrendo o mesmo efeito em relação a inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁸, dentre os quais se destaca, pela clareza solar, o entendimento esposado no Habeas Corpus n. 305315-RJ⁹, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 09 de junho de 2015, *verbis*:

HABEAS CORPUS. ROUBO. PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO ART. 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DESRESPEITO AO PACÍFICO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz

⁶ Exemplificando a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal a respeito desse tema, veja-se trecho da ementa constante do Habeas Corpus n. 94681-RJ, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010, *verbis*: EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O POSTULADO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. - O Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, por entender que orientação em sentido diverso transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência. Precedentes.

⁷ Nesse sentido: HC 107710 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015; HC 119759, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013; HC 105556, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 115269, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013; HC 115358, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013; HC 107547, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011; HC 102111, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/11/2010; HC 99717, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010; HC 95315, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 25/05/2010.

⁸ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça são exemplos o HC 341.160/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016; HC 170.945/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010; HC 329.935/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015; HC 325.106/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015;

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 305315. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22execu%E7%E3o+antecipada+da+pena%22&&b=ACOR&p=false>. Acesso em 12 mar. 2016.



do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP). 2. A prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar. Isso significa dizer que o Tribunal não está livre do esforço judicial para externar motivação consistente e irreprochável quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão (Precedentes do STF e do STJ). 3. No caso vertente, verifico que o relator do acórdão ora impugnado não apresentou nenhuma das motivações constantes do art. 312 do CPP, porquanto se limitou a determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público. 4. Em verdade, desde o julgamento do HC n. 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vedar a execução provisória da pena, que até então ocorria após o julgamento dos recursos ordinários, perante os tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais. Admitia-se tal interpretação por obediência estrita à letra do art. 637 do CPP, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário (e, por extensão, ao especial). 5. Assim, soa desarrazoado e injustificável que, anos após a publicação desse acórdão - ao qual já se seguiram tantos outros, em igual sentido -, se persista na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição da República, no que diz com a presunção de inocência, positivada no art. 5º, LVII. 6. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram uma rebeldia estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários, a partir da qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da Constituição da República. (...)

Todavia, a outrora jurisprudência pacificada em ambos os Tribunais Superiores fora modificada pelo recente julgamento do HC n. 126292-SP¹⁰, datado de 17 de fevereiro de 2016, no qual, conforme já salientado nas primeiras linhas deste artigo científico, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que tenha havido a confirmação dessa sentença em grau de apelação e ainda que o acórdão condenatório esteja sujeito a recursos excepcionais.

2. A INCONGRUÊNCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO EM FACE DO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=126292&origem=AP>>. Acesso em: 12 mar. 2016.



Feita a análise da evolução histórica dos precedentes dos Tribunais Superiores a respeito do tema da execução provisória da pena privativa de liberdade, cumpre delinear neste capítulo a inconsistência da tese firmada pelo STF no HC n. 126292 em face do ordenamento infraconstitucional brasileiro.

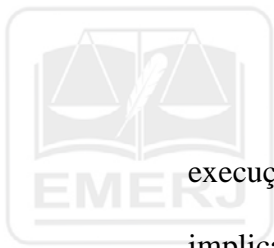
Ao admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade estabelecida em um acórdão condenatório ainda sujeito à recursos excepcionais, o Supremo Tribunal Federal acabou por desvirtuar o arcabouço normativo infraconstitucional vigente, especialmente os artigos 283, *caput*, do Código de Processo Penal, 105 e 147 da Lei de Execuções Penais.

A fim de se comprovar o exarado nas linhas antecedentes, revela-se necessário transcrever os referidos dispositivos legais. Assim, prescreve o artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal¹¹:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Conforme se depreende do supratranscrito artigo legal, o legislador infraconstitucional, alinhado ao imperativo constitucional da presunção de inocência, condicionou a execução da prisão-pena ao advento do trânsito em julgado. Vale dizer: não estando mais sujeito a nenhuma espécie de recurso previsto em lei, o pronunciamento jurisdicional torna-se irrecorrível, operando-se então o trânsito em julgado. Apenas com o advento deste fenômeno processual é possível falar-se na

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.



execução da pena privativa de liberdade estabelecida no caso concreto, com todas as implicações jurídicas incidentes no *status libertatis* do réu.

Cumprir destacar que a redação atual do artigo 283, CPP fora determinada pela Lei n. 12.403, datada de 4 de maio de 2011, estando essa lei alteradora inserida na linha dos precedentes até então pacificados no Supremo Tribunal Federal – HC 84078-. Havia portanto, uma coesão lógica e jurídica entre o entendimento do Pretório Excelso, consubstanciado na prevalência da presunção de inocência e na consequente vedação da execução provisória da pena, e o texto legal insculpido no Código de Processo Penal.

Em sentido semelhante, a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), em seus artigos 105 e 147, estabelecem, respectivamente, o seguinte:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Inferir-se das normas supratranscritas que tanto a execução das penas privativas de liberdade como a execução das penas restritivas de direitos exigem, para fins de início do cumprimento das penas impostas, o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com efeito, toda a lógica do sistema normativo de execuções penais no Brasil condiciona a produção dos efeitos penais decorrentes da sentença condenatória, prisão-pena, restrição de direitos e multa¹², ao implemento do

¹² Idêntico raciocínio incide nas penas de multa, conforme se pode depreender dos artigos 164, *caput* Lei de Execuções Penais, e artigo 51 do Código Penal, *in verbis*, respectivamente: BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016. Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7

trânsito em julgado desse pronunciamento jurisdicional, de sorte que admitir-se a execução provisória da pena privativa de liberdade sem que tenha havido o trânsito em julgado da sentença condenatória colide frontalmente com o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Portanto, constatada a incongruência da tese estabelecida pelo STF no HC 126.292 com os dispositivos legais supratranscritos, conclui-se pela total incompatibilidade deste novel entendimento do Pretório Excelso com as disposições legais infraconstitucionais em testilha.

De outro giro, a análise do *leading case* em discussão conduz ao seguinte questionamento: considerando que a Suprema Corte não declarou a inconstitucionalidade dos artigos 283, CPP e 105 da Lei de Execuções Penais, seria possível afastar a vigência e validade desses dispositivos?

A resposta a esse questionamento se revela negativa.

Ao admitir a prisão-pena antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal negou validade ao artigo 283 do Código de Processo Penal, uma vez que apenas negando validade a esse dispositivo legal seria possível conceber-se a tese exarada pela Suprema Corte (sem adentrar na temática constitucional do tema, afeto ao artigo 5º, LVII, CRFB).

Não obstante, o STF deixou de se pronunciar formalmente a respeito da eventual inconstitucionalidade deste dispositivo infraconstitucional¹³, surgindo desse imbróglio uma manifesta contradição com o entendimento pretoriano consolidado no

de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016>. Acesso em: 12 mar. 2016. Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996).

¹³ Deve ser ressaltado o fato de que nenhum dos ministros que compuseram a maioria vencedora no HC 126292 citou ou enfrentou o óbice infraconstitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal. Somente o Ministro Celso de Mello, o qual restou vencido no julgamento, destacou a incompatibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado com o disposto no artigo 105 da Lei de Execuções Penais.



sentido de que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei se a declarar formalmente inconstitucional¹⁴, fato este que não ocorreu no julgamento do HC 126.292.

No sentido de exposto acima, impende destacar as palavras de Lenio Luiz Streck¹⁵ sobre o tema:

Ou seja: para dizer que era cabível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, não basta que o STF se refira a uma redefinição da interpretação do inciso LVII do artigo 5º da CF (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Por que o constituinte teria posto esse inciso? *Se não fosse para, exatamente, dizer o que depois foi posto no artigo 283, não precisaria tê-lo feito.* Por que a expressão “trânsito em julgado”? O que é trânsito em julgado? Ora, enquanto couber qualquer tipo de recurso, uma decisão não transita. Então temos a *holding* — princípio constitucional — e o enunciado que explicita isso no plano de uma regra (artigo 283). Tão claro como colocar água em cima. Se não existisse o artigo 283 do CPP, até que o STF poderia alegar que está alterando sua interpretação sobre o referido inciso. Claro: digo isso como possibilidade sistêmica, porque, no caso concreto, a decisão padece de dois defeitos: o primeiro, o salto por sobre o artigo 283 do CPP; o segundo, *a própria interpretação que contrariou os limites semânticos do texto constitucional.* (Grifos no original)

Portanto, não declarada a inconstitucionalidade do artigo 283, Código de Processo Penal, reputa-se válido e vigente o dispositivo legal que claramente impede, sem quaisquer margens de interpretações, a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do advento do trânsito em julgado.

3. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONGRUÊNCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

¹⁴ No sentido deste entendimento, veja-se o exemplo da Súmula Vinculante nº 10, que assim dispõe: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

A presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade é uma conquista civilizatória, a qual fora gradualmente incorporada na evolução do pensamento jus-filosófico.

Discorrendo sobre as origens históricas desse postulado fundamental, Paulo Rangel¹⁶ salienta que:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. (...) Foi exatamente quando o processo penal europeu passou a se deixar influenciar pelo sistema acusatório que surgiu uma maior proteção da inocência do acusado.

No plano internacional, a presunção de inocência se encontra prevista em diversos diplomas e declarações internacionais sobre direitos humanos, dentre os quais destaca-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹⁷, datada de 1789, que em seu artigo 9º prescreve: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”¹⁸

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 23-24.

¹⁷ Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 26 mar.2016.

¹⁸ À guisa de ilustração devem ser ressaltados os seguintes diplomas internacionais, os quais mencionam expressamente a presunção de inocência enquanto regra de tratamento endereçada ao Estado: Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776; Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu artigo 11º, item 1, prescreve que “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que em seu artigo XXVI estabelece: “Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade.”; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que em seu artigo 6º, nº 2, aduz: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981; Declaração Islâmica de Direitos Humanos, de 1990; e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.



No âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, a presunção de inocência ou de não culpabilidade fora expressamente prevista como uma garantia individual, indubitável cláusula pétrea insculpida no artigo 5º, LVII, o qual determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Deflui desta norma constitucional a assertiva segundo a qual o princípio da presunção de inocência impõe verdadeira regra de tratamento endereçada ao Poder Público no trato com os cidadãos submetidos ao seu *ius puniendi*. Significa dizer, com esteio no magistério jurisprudencial abalizado do Ministro Celso de Mello¹⁹, que a presunção constitucional do estado de inocência – tal como delineado na Lei Maior-, impede que o Estado trate ou considere como se culpado fosse aquele suspeito, indiciado, denunciado ou réu sobre o qual não tenha ainda recaído condenação penal irrecorrível, advindo essa irrecorribilidade justamente do implemento do trânsito em julgado da sentença prolatada.

Portanto, expostas as premissas fundantes do princípio constitucional da presunção de inocência, resta evidente a inconsistência jurídica do recente entendimento esposado pelo STF no HC 126292, sendo certo que a Suprema Corte lançou mão de uma interpretação frontalmente contrária aos limites semânticos do texto constitucional previsto no art. 5º, LVII, CRFB/88.

De outro giro, e de forma não menos importante, revela-se necessário refutar, neste capítulo, outros argumentos integrantes do controverso entendimento pretoriano do STF acerca da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Em relação ao argumento de que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo, sendo impossível o reexame do conjunto fático-probatório decidido

¹⁹ Vide fundamentação exarada no HC 105556, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010.

pelas instâncias ordinárias, cabe destacar a importante assertiva no sentido de que ainda será possível a obtenção da absolvição do réu nas instâncias superiores com base em recursos excepcionais que versem sobre questões de direito, e não sobre questões fáticas já decididas. A circunstância dos fatos e provas do caso penal restarem decididos e analisados de forma soberana pelas instâncias ordinárias não impede que os Tribunais Superiores absolvam o réu por questões jurídicas.

Nessa linha de ideias surge um importante questionamento: caso o réu tenha sua pena privativa de liberdade executada provisoriamente - antes do trânsito e julgado e após a condenação criminal de 2ª instância - e posteriormente consiga ser absolvido nas instâncias superiores por meio de um recurso especial ou extraordinário, como proceder em relação à liberdade indevidamente privada deste réu, durante o período em que esteve cumprindo antecipadamente sua pena? Caberá pedido de indenização em face do Estado? Por certo, referidos questionamentos apenas demonstram o desacerto da possibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

De forma semelhante e ainda nesse contexto de análise recursal, impende desconstruir um dos argumentos utilizados pelo voto condutor no julgamento do HC 126292. Consoante se infere da argumentação expendida pelos ministros que compuseram a maioria dos votos, uma das preocupações recaía no abuso do direito de recorrer, havendo casos onde réus outrora condenados manejavam a interposição de um sem número de recursos meramente protelatórios e destinados unicamente a impedir o advento do trânsito em julgado da condenação criminal.

De fato, há registros nas jurisprudências dos Tribunais Superiores dando conta da existência de diversos processos eivados de infundáveis recursos interpostos com nítido caráter protelatório, advindo desse cenário a postergação nefasta do



trânsito em julgado da condenação, além da ocorrência, em muitos casos, do indesejável fenômeno da prescrição.

Contudo, à luz da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se revelaria necessário engendrar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado sob a justificativa de que o abuso do direito de recorrer impediria o trânsito em julgado e conseqüentemente a execução definitiva da pena imposta na condenação.

Consoante diversos precedentes das Cortes Superiores, em havendo a constatação do abuso do direito de recorrer por parte da defesa do réu, revela-se plenamente admissível a determinação do imediato e definitivo cumprimento da pena imposta, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado. Vale dizer: havendo a interposição de recursos protelatórios destinados unicamente a impedir o trânsito em julgado da condenação, é possível a execução imediata da pena imposta, evitando-se com isso a ocorrência da prescrição no caso concreto.

A fim de ilustrar o argumento acima exarado, destacam-se os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO (ART. 158, § 1º, DO CP). RECURSOS PROTELATÓRIOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A execução provisória da pena é possível quando a defesa interpõe recursos protelatórios para impedir o trânsito em julgado da condenação. Precedentes: HC 115.517, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13.03.13; AP 470-EDj-segundos-ED, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 03.12.13; AP 470-EDj-décimos-ED, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 03.12.13. 2. In casu, a) o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de extorsão (artigo 158, § 1º, do Código Penal), sendo assegurado-lhe o direito de recorrer em liberdade; b) denegada a apelação da defesa, sobreveio a interposição de recurso especial, inadmitido na origem; c) o Ministro Relator no Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao agravo, tendo a decisão sido confirmada pelo colegiado daquela Corte em sede de agravo regimental; d) após o julgamento dos segundos embargos declaratórios, o STJ determinou o imediato início do cumprimento da pena, “independentemente da publicação do acórdão e da interposição de novo recurso”; e) determinou, ainda, a certificação do trânsito em julgado da decisão que negou seguimento ao agravo em recurso especial. 3. Ordem denegada, prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a medida

liminar.

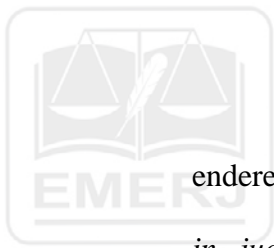
Em sentido idêntico ao acima transcrito:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUCESSIVOS RECURSOS INTERPOSTOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSOS COM CARÁTER MERAMENTE PROCRASTINATÓRIO, NOS QUAIS SE DISCUTE TÃO SOMENTE O REGIME PRISIONAL. QUESTÃO PRECLUSA PARA A DEFESA QUANDO DEIXOU DE RECORRER CONTRA A DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O SEU RECURSO ESPECIAL. ORDEM DENEGADA. I - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. II - No presente caso, entretanto, é notória intenção do paciente em não deixar que a sua condenação seja alcançada pelo trânsito em julgado, em claro propósito de furtar-se à aplicação da lei penal, buscando a prescrição da pretensão punitiva. III - É evidente que todos os recursos manejados pelo paciente possuem natureza meramente procrastinatória, sem qualquer conteúdo jurídico que viabilize o seu conhecimento, quanto mais o seu provimento. IV - Nesses casos, o entendimento firmado pelo Plenário desta Corte Suprema deve ser interpretado com prudência, impedindo que condutas eivadas de ilegalidade obstem a execução de uma pena legitimamente aplicada. Precedentes. [...].²¹

Por fim, deve ser salientado que se reputa descabido qualquer entendimento jurisprudencial que traga menoscabo a uma cláusula pétrea, a um direito fundamental

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 121320. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28121320%2EENUME%2E+OU+121320%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pnt8d4g>>. Acesso em: 28 abr.2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104632. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104632%2EENUME%2E+OU+104632%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h4ufutg>>. Acesso em: 28 abr.2016. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104632. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104632%2EENUME%2E+OU+104632%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h4ufutg>>. Acesso em: 28 abr.2016. Referido entendimento verifica-se igualmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai dos seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1115275. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1115275&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em 12 mar. 2016.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 193.157. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=193157&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no Ag n. 1071247. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1071247&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.



endereçado ao cidadão que eventualmente se encontre inserido na *persecutio criminis in judicio* deflagrada pelo Estado. Logo, não se revela possível sustentar o entendimento exarado pelo STF no julgamento do HC 126292, uma vez que houve, efetivamente, mitigação explícita de uma garantia constitucional, estando esse entendimento pretoriano claramente desvirtuado do texto constitucional.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto nesse presente artigo científico, conclui-se pelo absoluto desacerto do entendimento jurisprudencial esposado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126292.

Com efeito, a admissão da execução imediata dos efeitos prisionais de um acórdão condenatório ainda não transitado em julgado colide frontalmente com a garantia constitucional da presunção de inocência prevista no artigo 5º, LVII, CRFB.

Ademais, o próprio arcabouço normativo infraconstitucional desautoriza esse novo entendimento pretoriano, uma vez que tanto o Código de Processo Penal quanto a Lei de Execuções Penais exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição para a privação de liberdade – prisão pena- e início de cumprimento da sanção criminal no sistema carcerário.

Conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, a mais alta Corte de justiça do país não precisava ter mitigado uma cláusula pétrea sob a justificativa da necessidade de racionalização do sistema recursal criminal. Se o problema residia no abuso do direito de recorrer, bastaria aplicar a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores no sentido de se admitir a execução imediata da pena privativa de liberdade quando houver, no caso concreto, o reconhecimento da interposição de recursos meramente protelatórios.



De forma semelhante, se o problema a ser resolvido pelo novo entendimento do STF é a necessidade de maior encarceramento dos agentes criminosos, não seria necessário vilipendiar um direito fundamental previsto na Constituição para tal desiderato, uma vez que as prisões cautelares – prisão temporária e prisão preventiva – já constituem medidas aptas a privar a liberdade dos investigados e réus antes do advento do trânsito em julgado, desde que obedecidos requisitos legais e principiológicos previstos no ordenamento jurídico.

Portanto, em virtude de todo o exposto, conclui-se que a garantia constitucional da presunção de inocência não deve ser mitigada por entendimentos jurisprudenciais utilitaristas e desconexos com o devido processo penal constitucional.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 305315. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22execu%E7%E3o+antecipada+da+pena%22&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em 12 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1115275. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1115275&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em 12 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 193.157. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=193157&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no Ag n. 1071247. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1071247&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 341.160. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=341160&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 170.945. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=170945&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 329.935. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=329935&&b=ACOR&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.



_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 325.106. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=325106..NUM.&&b=DTXT&p=false>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 84846. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+84846%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+84846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3rln4t>>. Acesso em: 12 mar.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94681. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894681%2ENUME%2E+OU+94681%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jwyeqfr>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85886. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885886%2ENUME%2E+OU+85886%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qcxe5go>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68726. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+68726%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+68726%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cegovl7>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=126292&origem=AP>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 72366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2872366%2ENUME%2E+OU+72366%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mdopc82>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70662. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870662%2ENUME%2E+OU+70662%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qcpqe4b>>. Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 105556. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28105556%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojx3kjl>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 121320. Relator: Ministro Luiz Fux.
Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28121320%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pnt8d4g>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 115517. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28115517%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l4sg3jf>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 88500. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2888500%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m6ph2mc>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104632. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104632%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h4ufutg>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 100346. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100346%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hkjknsu>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 102111. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102111%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h62lxs>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99717. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899717%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovqk3hl>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95315. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895315%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovqk3hl>> Acesso em: 28 abr.2016.

2ENUME%2E+OU+95315%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nmy4w4k.> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 74983. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2874983%2ENUME%2E+OU+74983%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m3uyp45>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 71723. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871723%2ENUME%2E+OU+71723%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qa5huu4>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 79814. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2879814%2ENUME%2E+OU+79814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mcoak4q>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 80174. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880174%2ENUME%2E+OU+80174%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mskpyzo>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 85024. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885024%2ENUME%2E+OU+85024%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zrjj72y>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 91675. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891675%2ENUME%2E+OU+91675%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nkh5rq8>> Acesso em: 28 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljlwy66>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107710 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107710%2ENUME%2E+OU+107710%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojb6s8y>> Acesso em: 12 mar. 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 119759. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28119759%2EENUME%2E+OU+119759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oy9h3t7>> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 105556. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28105556%2EENUME%2E+OU+105556%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojx3kjl>> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 115269. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28115269%2EENUME%2E+OU+115269%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nznpbvn>> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 115358. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28115358%2EENUME%2E+OU+115358%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zegcoav>> Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107547. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107547%2EENUME%2E+OU+107547%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ndkwa22>> Acesso em: 26 mar. 2016.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 26 mar.2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23-24.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

ERRO MÉDICO VETERINÁRIO: NECESSIDADE DE SUA REINTERPRETAÇÃO À LUZ DA NOVA REALIDADE SOCIAL

Luis Felipe dos Santos Guedes

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Resumo - a velocidade da alteração na forma pela qual a sociedade se relaciona com os animais, em especiais os de estimação, é capaz de gerar descompassos entre a proteção jurídica necessária à proteção desses interesses. O escopo do trabalho é demonstrar a necessidade e a viabilidade de reformulação completa da ótica pela qual se analisa o aspecto sensível do animal quando da fixação de qualquer dano a ele direcionado, em especial o decorrente de erro médico veterinário.

Palavras-chave: Direito Civil. Erro Médico Veterinário. Responsabilidade Civil.

Sumário: 1. O Atual Tratamento das Hipóteses de Erro Médico Veterinário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. O Tratamento no Direito Comparado. 3. Da Necessidade de Reformulação da Concepção Meramente Subjetiva do Dano Moral Advindo do Erro Médico Veterinário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a necessidade de reformulação da maneira pela qual doutrina e jurisprudência abordam a questão do erro médico veterinário, em especial a distância entre o tratamento dado pelos operados do direito e a realidade social contemporânea.

Para tanto, serão abordados dados que comprovam o elevado percentual de famílias com animais de estimação e a importância destes no âmbito familiar. Dessa forma, constatar-se-á a lacuna entre direitos a serem protegidos e a proteção jurídica efetivamente conferida pelo ordenamento jurídico em relação aos erros médicos veterinários que perpetuam sofrimentos tanto ao animal quanto à sua família.

O tema é relativamente novo, com pouca produção científica, mas merece especial atenção, visto que o número de famílias atingidas por erros médicos de veterinários e clínicas veterinárias tende a crescer, decorrente da maior demanda por tais serviços.

Para compreender de maneira mais eficaz o assunto, busca-se explicitar a obsolescência do tratamento jurídico conferido aos animais, em especial os de estimação. Explica-se como a



concepção meramente objetiva do dano material calcada no sofrimento da família pelo erro médico encontra-se em desarmonia com o que realmente ocorre, desconsiderando-se que são seres sensíveis.

O primeiro capítulo inicia-se com a discussão se o elemento estruturante da reparação moral advinda do erro médico veterinário, é, exclusivamente, o sofrimento do tutor do animal de estimação. Esta é a posição atual da jurisprudência moderna, e aparentemente encontra-se em descompasso com a realidade social.

O segundo capítulo aborda como é feito o tratamento jurídico em alguns países com legislação protetiva. Aqui, o conceito elaborado no primeiro capítulo serve como um dos fundamentos para a necessidade de se acompanhar as inovações legislativas referentes aos direitos dos “seres sensíveis”.

O terceiro capítulo agrega os conhecimentos dos capítulos anteriores para que se chegue à completa reformulação sobre a constatação do erro médico veterinário e, principalmente, o valor de reparação moral, abordando-se uma nova técnica para resolver o impasse.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além de utilizar-se de análises de jurisprudências.

1. DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL ADVINDO DO ERRO MÉDICO VETERINÁRIO

A aquisição ou adoção de animais de estimação para integrarem o núcleo de convivência familiar torna-se cada vez mais comum no panorama social brasileiro. Com o crescente número de *pets*, a complexidade e a variedade de produtos e serviços expostos ao público torna-se cada vez maior. Contudo, como costuma ser característica da morosidade legislativa, o Direito não acompanha na mesma velocidade as transformações sociais. Isso ocasiona, de certo, o descompasso entre os bens jurídicos socialmente/moralmente relevantes e os bens jurídicos efetivamente tutelados de forma eficaz pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, verifica-se que um dos nichos de mercado que se encontram em ebulição é o de serviços veterinários. O ramo é ávido por novos clientes, assumindo a característica de complexo empresarial, tal como ocorre com outros ramos de saúde, sem, contudo, observar parâmetros mínimos de qualidade e salubridade em seus serviços. Assim, tais clínicas, que constituem verdadeiras empresas, contratam, muitas vezes, profissionais inexperientes e adotam técnicas arcaicas para que se alcance o maior lucro, haja vista a baixa atenção do ordenamento jurídico à tutela dos direitos relacionados aos animais.

Talvez o principal traço normativo que confira à classe de animais de estimação a proteção jurídica aquém daquela necessária seja a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, de “coisa” (semovente) a qualquer tipo de vida animal que não a humana. Esta posição já foi superada por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, conforme veremos no próximo capítulo.

Justamente por ter o animal de estimação o status de “coisa” é que o ordenamento jurídico nacional prevê, em casos de erro médico veterinário, indenizações irrisórias. De um modo geral,

o elemento estruturante da indenização moral é o dano que o autor da ação sofreu com o vício do serviço, ou seja, o sofrimento ou abalo psíquico que o dono/tutor do animal sofreu em relação ao procedimento errado/ineficaz do médico veterinário.

Percebe-se, então, que faltam pelo menos duas elementares para que haja o cálculo correto do dano moral, isso considerando a realidade atual da sociedade, nos termos já descritos. São elas: i) o estreito caráter afetivo/familiar dos donos e tutores dos animais com seus *pets*, e; ii) o sofrimento efetivamente suportado pelos animais, enquanto *seres sensíveis*.

De fato, o dano moral aqui analisado deve abranger o sofrimento causado pela clínica ou médico veterinário ao autor. Além das obrigações de assistência a um ser incapaz de cuidar de si mesmo, o dono do animal suporta, ininterruptamente, o abalo psíquico ao ver seu verdadeiro amigo sofrendo além do tempo necessário ou em virtude de um procedimento malsucedido. Mais do que isso, o tutor não apenas vê-se abalado com a situação, mas também *sofre* junto com o animal. Muitas vezes rotinas de felicidade e alegrias tornam-se incessantes pesadelos.

É dentro desse panorama descrito que se verifica o primeiro elemento estruturante do dano moral não analisado pelo Poder Judiciário – o estreito caráter afetivo/familiar dos donos e tutores dos animais com seus respectivos animais de estimação.

Com efeito, há tendência mundial a reconhecer a modalidade de família multiespécie, que inova no conceito social ao trazer os animais de estimação como elementos integrantes dos laços socioafetivos, corolários de qualquer família. Os integrantes “tradicionais” da família somam-se ao animal de estimação para criarem um novo laço afetivo, de modo que se integram e passam a constituir uma única célula familiar.

Assim, quando da análise dos critérios valorativos relacionados à indenização em voga não pode o Poder Judiciário se abster de analisar que o bem jurídico lesado não corresponde apenas a um objeto, mas sim, verdadeiramente, a um componente do núcleo familiar. Uma vez

atingido o seio das relações afetivas intrafamiliares é natural que, além de atingir a todos os que pertencem a este núcleo, o faça de forma mais incisiva.

O abalo decorrente da conduta lesiva veterinária, portanto, é extraordinária, ultrapassa o liame normativo referente à proteção de meros objetos do ordenamento jurídico. Trata-se de conduta que desestrutura, em maior ou menor grau, toda a cadeia complexa de relações familiares, podendo desestruturá-la, por completo, em casos mais extremos.

Assim, fica clara a necessidade de o Poder Judiciário, quando incitado para tanto, conferir maior grau de efetividade à reparação material no referente ao aspecto subjetivo de lesividade ao núcleo familiar, mesmo quando se configurar família composta por apenas um ser humano e um animal de estimação. A maior efetividade mencionada, em um primeiro momento, deve analisar o estreito caráter afetivo/familiar dos donos e tutores dos animais com seus respectivos animais de estimação. Contudo, há um outro aspecto que merece imperiosa análise, de forma a ser o elemento central estruturante da reparação moral: o sofrimento suportado pelo próprio animal de estimação.

O aspecto do sofrimento suportado pelo animal de estimação vítima do erro médico veterinário sequer é ventilado na discussão sobre o tema. Trata-se, salvo engano, de inovação aqui proposta. Inovação, ressalte-se, apenas jurídica, pois cuida-se de realidade fática.

Para que se verifique a possibilidade de se considerar o sofrimento percebido pelo animal de estimação quando da conduta lesiva veterinária é preciso, primeiramente, reconhecer o caráter especial, ou melhor dizendo, a situação jurídica especial de “seres sensíveis” aos animais de estimação, tema do presente artigo científico. Para tanto, faz-se mister conhecer o modelo adotado em outros países e as situações jurídicas dos *pets* em seus respectivos ordenamentos jurídicos.



Este tema será analisado no próximo capítulo, para que, em seguida, se verifique a possibilidade/necessidade de reformulação da concepção e tratamento jurídico do erro médico veterinário.

2. DA VANGUARDA LEGISLATIVA: COMO OUTROS PAÍSES COM LEGISLAÇÃO PROTETIVA ELABORAM O ORDENAMENTO JURÍDICO DE FORMA A CONFERIR PROTEÇÃO AOS “SERES SENSÍVEIS”

A despeito de o tratamento jurídico positivado acerca da situação jurídica dos animais ser incipiente na maior parte dos países, o assunto é frequentemente discutido nos tribunais locais a fim de se reduzir os impactos decorrentes da morosidade legislativa em âmbito mundial.

Com a finalidade de traçar parâmetros norteadores para a positivação de direitos dos animais, a ONU, por intermédio da UNESCO, promulgou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, no dia 27 de janeiro de 1978 na cidade de Bruxelas – Bélgica¹. Nesse documento são ressaltados pelo menos dois pontos nodais que devem balizar o ordenamento jurídico protetivo: i) respeito à vida do animal, ii) necessidade de cuidado com os animais, em especial o respeito ao meio ambiente comum.

O respeito à vida do animal é, talvez, o principal sentido da Declaração de Bruxelas. Reconhece-se a condição subjetiva do animal enquanto ser sensível capaz de auferir emoção e suportar efeitos decorrentes de maus-tratos. Trata-se, com efeito, não somente de direito previsto da Declaração, mas de verdadeiro princípio basilar do Direito Internacional. Decorre deste princípio o direito à existência, previsto no art. 1º do documento², a vedação ao maltrato e atos cruéis e a consideração de que a morte dolosa de um animal é considerada um biocídio³.

A necessidade de cuidado com os animais é o segundo ponto nodal do documento, podendo ser analisado em escalas diferenciadas de abordagem.

¹ ONU. Declaração universal dos direitos dos animais, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>> Acesso em 26/03/2016

² Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o direito a existência.

³ Entende-se, por biocídio, a eliminação da vida do animal dolosamente.



A Declaração de Bruxelas estabelece em seu artigo 2^o⁴ que cada animal tem o direito ao respeito, à consideração, à cura e à proteção do homem, sendo vedado seu extermínio ou exploração indigna. São, de fato, verdadeiros direitos sociais dos animais, que devem ser assegurados pelo ordenamento jurídico. Dessas disposições podem ser estabelecidas diversas obrigações do Estado relativas à implementação de políticas direcionadas aos animais, dentre as quais destacam-se a necessidade de cura e proteção. Tratam-se de deveres impositivos a serem implementados pelos Estados, com o fim de buscar a evolução das políticas encontradas à época.

A segunda escala de abordagem é relativa à proteção do meio ambiente. Ao abordar o tema referente à proteção ambiental *lato sensu* não é possível desconsiderar a importância mútua entre os animais que residem em determinada porção geográfica com o ambiente no qual se inserem. Essa temática não se restringe, contudo, às áreas florestais ou rurais, sendo também aplicadas aos ambientes urbanos.

Negar a existência de animais em situação de desamparo total nas cidades é negar a própria realidade. Assim, infere-se da Declaração de Bruxelas que mesmo no meio ambiente urbano, deve ser oferecido ao animal adequadas condições de subsistência e dignidade independente do seu amparo por um ser humano ou não. Cabe ao Estado, também, promover o incentivo à construção do ambiente ideal para a convivência interespecie ou intraespecie.

Dessa forma, o documento produzido pela UNESCO serve como fonte de inspiração para legislações de países que conferem ao Direito Animal certa relevância jurídica. Contudo, mesmo nesses países a disparidade entre graus de proteção ainda é evidente.

⁴Vide nota 1



Sendo certo que pouco avanço é melhor do que avanço algum, alguns países, a exemplo da Argentina, não conferem expressamente aos animais a condição de seres sensíveis⁵, ficando a cargo do Poder Judiciário a tarefa de nova interpretação sobre suas situações jurídicas. Nesse sentido, no dia 18/12/2014 o Supremo Tribunal Argentino, ao julgar um Habeas Corpus⁶ em favor da Orangotango de nome Sandra, reconheceu o caráter de sujeito não-humano titular de direitos, merecendo proteção no âmbito das competências correspondentes.

No caso específico da França, o poder legislativo, por meio do ato 1999/06/01 alterara o artigo 524 e 528 do Código Civil para conferir caráter diferenciado aos animais, de modo a não se confundirem com as coisas inanimadas⁷. Tal alteração, contudo, não foi suficiente para conferir substancial tutela jurídica apta a conferir maior proteção aos animais. Assim, em reforma recente em seu Código Civil nos artigos 515-14⁸, especificou-se que “*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens*”, ou seja, conferiu-se caráter diferenciado ao tratamento jurídico dos animais. Assumindo que não podem ser tratados como pessoas, o legislador francês os entendeu como seres vivos dotados de sensibilidade, sob a expressão “um sensível vivendo” (*être vivant doué de sensibilité*). Não obstante tais alterações, persiste um sistema baseado na plena propriedade, uma vez que parece que o legislador francês quis agradar os defensores dos direitos dos animais sem, contudo, alterar a legislação aplicável aos mesmos.

⁵ Também chamado de seres sencientes.

⁶ ARGENTINA. Juzgado de Instrucción N° 47 de la ciudad de Buenos Aires. Id SAIJ: FA14060006 Relatora Monica L. Berdión de Crudo. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-criminal-instruccion-nro-47-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-orangutana-sandra-habeas-corpuz-fa14060006-2014-11-13/123456789-600-0604-1ots-eupmocsollaf>> Acesso em 12/04/2016

⁷ ROUX, Nicolas. Le nouveau statut juridique de l’animal : une idée audacieuse pour une réforme ineffective. Disponível em: <<http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/le-nouveau-statut-juridique-de-lanimal-une-idee-audacieuse-pour-une-reforme-ineffective/>> Acesso em 08 mar. 2016

⁸ FRANÇA. Código Civil Francês. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> Acesso em 01 mar. 2016

Diferentemente do que ocorre na França, o ordenamento jurídico da Suíça é detalhado e compreende inúmeras obrigações que buscam atender alguns critérios estabelecidos na Declaração de Bruxelas, como, por exemplo, a obrigatoriedade de se fornecer ao *porquinho da índia* companhia obrigatória de outro da mesma espécie, visto que são animais que vivem em coletividade.

Nesse país, a primeira lei federal que dava condição diferenciada aos animais data de 1978, cujo principal objetivo era prevenir o injustificado sofrimento. Em setembro de 2008 esta lei foi completamente reformulada e deu origem à atual versão do Ato de Proteção Animal (TSchG), que é aplicada somente aos vertebrados, cefalópodes e crustáceos. O teor principal deste Ato é justamente conferir a Proteção à Dignidade dos Animais, o que pode ser entendido como de certa forma como da Dignidade da Pessoa Humana. Por outro lado, diferentemente do que ocorre com a legislação germânica e a austríaca, não há proteção integral à vida do animal⁹.

Percebe-se que em vários países há a progressão das discussões relativas aos direitos dos animais de forma a encaixá-los em uma nova categoria geral: a dos seres sensíveis. Seja por meio de legislações vanguardistas ou de inovações no seio do Poder Judiciário, países diversos vêm conferindo maior atenção, buscando adequar a realidade jurídica com a realidade do mundo dos fatos.

Justamente essa sensibilidade inerente aos animais e a possibilidade da constituição de um núcleo familiar que abranja uma espécie não-humana é que se pode afirmar que o Judiciário brasileiro, em especial é deficitário no que tange ao reconhecimento da condição peculiar do animal. Somente se verificando o critério diferenciado conferido aos seres sensíveis é que se pode

⁹ MICHEL, Margot; KAYSSEH, Eveline Schneider. The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps To Go. Disponível em: < <http://www.afgoetschel.com/de/downloads/legal-situation-of-animals-in-switzerland.pdf> > Acesso em 20 mar. 2016.



chegar à reformulação da concepção do erro médico veterinário, que será visto no próximo capítulo.

3. DA NOVA TEORIA SOBRE A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO ERRO MÉDICO VETERINÁRIO: A REALIDADE BRASILEIRA SOMADA À INSPIRAÇÃO ESTRANGEIRA

O Poder Judiciário pátrio quando lida com questões que envolvem algo não positivado ou assentado doutrinariamente geralmente se refuta a tecer inovações sobre o tema, demonstrando tendência à adoção da chamada “jurisprudência defensiva”. Ao invés de desbravar novos caminhos rumos à justiça social remete-se à simples reprodução de normas arcaicas, que não condizem com a realidade atual e os anseios de justiça esperados pela sociedade.

É preciso, em um primeiro momento, que se supere o pensamento positivista, o qual encontra solução apenas na retórica básica de considerar o animal uma coisa semovente, e, por isso, não possuir sentimentos ou capacidade de contrair emoções variadas. De igual modo, enquanto não superada a concepção arcaica de constituição de família baseada apenas em seres humanos, não será possível progredir juridicamente, e, muito menos, progredir enquanto nação.

Conforme visto no primeiro capítulo, a consideração da dor, da capacidade de sentir emoções e sofrer abalos morais é ignorado na hora da fixação da decisão judicial. Ainda que tenha substrato legal internacional que lhe dê condições de julgar de forma diferente, o Judiciário passa ao largo de qualquer discussão profunda que considere o sofrimento do animal. É simplesmente um nada jurídico.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da apelação cível 2011.051779-8¹⁰ afirma que o “recurso à indenização pecuniária somente faz sentido para aqueles que veem alguma utilidade no dinheiro”. De fato, a entrega de dinheiro ao animal carece de racionalidade, enquanto objeto inútil ao mesmo. Contudo, partindo dessa premissa, a dor sofrida pelo animal será inócua, visto não se confundir com o dano moral sofrido pelo tutor, na hipótese de dano decorrente de erro médico veterinário, tampouco se confundir com o dano moral ambiental/coletivo.

O aspecto do dano moral decorrente do sofrimento vivenciado pelo animal é categoria única, não se confundindo com nenhuma outra face do dano moral.

O dano moral sofrido pelo dono ou tutor do animal abrange a aflição sofrida pela pessoa humana decorrente do ato lesivo ao animal. Não se trata, contudo, de aspecto puramente subjetivo e capaz de aferição pelos métodos tradicionais de balizamento dos danos morais. Com efeito, ao delimitar o dano moral sofrido pelos seres humanos que detêm a guarda *lato sensu* do animal deve-se analisar a profundidade das relações interespecies e se ambos, tutor e animal, constituem verdadeiro núcleo familiar. Assim, este aspecto do dano moral sofrido pelo autor deve, necessariamente, ser analisado sob duas óticas diferentes: a íntima e a familiar.

O dano moral decorrente do sofrimento suportado pelo animal é uma segunda face que compõe a totalidade do dano moral. Não se defende aqui a legitimidade ativa do animal para ingressar em juízo pedindo postulação do dano moral, mas apenas a consideração do dano moral auferido pelos seres sensíveis quando da fixação do valor total. Por meio de artifício de ficção jurídica é possível a destinação dos valores advindos da parcela do dano moral suportado pelo animal ao tutor ou à coletividade. Não se afigura justo ignorar este aspecto do dano por questões

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.051779-8, de São Francisco do Sul Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/84674874/djsc-27-01-2015-pg-79>> Acesso em 10 nov. 2015

meramente processuais, uma vez que esta está muito aquém de alcançar os valores previstos na Declaração de Bruxelas e incorporados à realidade da sociedade atual por meio da própria mudança dos conceitos que sustentam a família.

O terceiro aspecto que compõe a totalidade do dano moral é o dano moral coletivo. Sobre o tema, por não gerar problematização, não será alvo de maiores considerações. É importante, contudo, se destacar que no caso de animais que não possuem donos ou tutores, a parcela referente aos danos morais por eles sofridos poderá ser destinada à coletividade, desde que o órgão ou organização que seja destinatária de tais valores o use de forma a reparar a situação do animal específico que sofreu o dano, se possível, ou que seja destinado à recuperação ambiental em sentido amplo.

Percebe-se, assim, a defasagem jurídica da abordagem do ordenamento jurídico e do Poder Judiciário relativa a conferir ao tema a adequada importância e o tratamento necessário.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi demonstrar o descompasso entre a proteção jurídica conferida tanto pelo legislador brasileiro quanto pelo Poder Judiciário e a realidade advinda dos novos elementos estruturantes das relações entre humanos e, em especial, seus animais de estimação. Tais relações, à medida em que se tornam mais comuns e intrínsecas ao comportamento e aos costumes modernos, acabam por gerar um novo conceito de família: a família multiespécie

Partindo desse pressuposto, cabe ao Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, superar a morosidade legislativa e, com base nos argumentos expostos, inovar quanto ao olhar conferido à proteção jurídica do animal. O caminho inicial a ser feito é afastar a legalidade estrita conferida pelo Código Civil aos animais e reconhecer neles a *sensibilidade*. Tal fato abre

caminho para o objeto do artigo: a reformulação da indenização decorrente do erro médico veterinário.

Tal reformulação é exemplo prático da aplicabilidade da vanguarda legislativa e jurisprudencial nos países mais avançados. O artigo demonstrou a possibilidade de se reconhecer um elemento adicional quando da valoração do dano moral advindo da prática malsucedida: o dano sofrido pelo animal, em suas diversas esferas, detalhando os aspectos pelos quais a nova teoria aqui proposta deve ganhar força no universo jurídico nacional. Eventual aspecto processual que seria capaz, em tese, de barrar a inovação proposta também foi superado.



REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Juzgado de Instrucción Nº 47 de la ciudad de Buenos Aires. Id SAJJ: FA14060006 Relatora Monica L. Berdión de Crudo. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-criminal-instruccion-nro-47-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-orangutana-sandra-habeas-corporus-fa14060006-2014-11-13/123456789-600-0604-1ots-eupmocsollaf>> Acesso em 12 abr. 2016

BRAGA, Daniel Longo. *O dano moral pela via reflexa e a questão da legitimidade*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10093 Acesso em 10 de out. 2015

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> acesso em 05 out 2015

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 06 out 2015

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.051779-8, de São Francisco do Sul Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/84674874/djsc-27-01-2015-pg-79>> Acesso em 10 nov. 2015

CHAVES, Mariana. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?* Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/41414/disputa-de-guarda-de-animais-de-companhia-em-sede-de-divorcio-e-dissolucao-de-uniao-estavel/1>> Acesso em 05 mar. 2016

Conceden um habeas corpus a una orangutana. Disponível em <<http://www.lanacion.com.ar/1754353-conceden-un-habeas-corporus-a-una-orangutana-del-zoologico-porteno>> Acesso em 20 mar. 2016

Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Disponível em <<http://www.suiipa.org.br/index.asp?pg=leis.asp>>

Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/03/02/2015/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes>> Acesso em 03 mar. 2016

Família multiespécie. Disponível em <<http://www.anda.jor.br/08/08/2014/familia-multiespecie>>. Acesso em 02 fev. 2016

FAMÍLIA multiespécie é tendência mundial. Disponível em <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/familia-multiespecie-e-tendencia-mundial-1.242833>> Acesso em 03 out. 2015

FRANÇA. Código Civil Francês. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> Acesso em: 01 mar. 2016

Mudança no Código Civil francês considera animais "seres sensíveis". Disponível em: <<http://www.brasil.rfi.fr/franca/20140416-mudanca-no-codigo-civil-frances-considera-animais-seres-sensiveis>> . Acesso em: 06 out. 2015.

ROUX, Nicolas. *Le nouveau statut juridique de l'animal : une idée audacieuse pour une réforme ineffective.* Disponível em: <<http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/le-nouveau-statut-juridique-de-lanimal-une-idee-audacieuse-pour-une-reforme-ineffective/>> Acesso em 08 mar. 2016

MICHEL, Margot; KAYSSEH, Eveline Schneider. *The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps To Go.* Disponível em: <<http://www.afgoetschel.com/de/downloads/legal-situation-of-animals-in-switzerland.pdf>> Acesso em 20 mar. 2016.

ONU. *Declaração universal dos direitos dos animais*, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>> Acesso em 26 mar. 2016

MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Luísa Monteiro Chaloub

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Advogada. Pós-graduanda *Latu Sensu* na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo: O conhecimento do tema da modulação temporal dos efeitos das decisões de declaração de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado de relevância ímpar para o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito do direito tributário. Para tanto, fez-se mister breve estudo das limitações ao poder de tributar, sobretudo as limitações constitucionais, ressaltando o princípio da legalidade, o princípio da isonomia e da proteção à confiança legítima do Contribuinte como principais nortes para a modulação das decisões em sede de direito tributário. Passando-se, posteriormente, à análise do dispositivo legal mais relevante sobre o tema, qual seja, o artigo 27 da Lei 9.868/1999 e estudo de casos concretos. Feitas tais considerações, discute-se a necessidade de existência do instituto da modulação objetivando impedir que situação mais gravosa que a própria permanência da inconstitucionalidade se concretize. O que se destaca como cerne da discussão nesse momento é justamente sob quais argumentos o pedido de modulação pode ser acolhido, sem que a Suprema Corte sucumba aos motivos pragmáticos e consequencialistas, sobretudo os de cunho econômico.

Palavras-chave: Direito tributário. Direito Constitucional. Modulação temporal dos efeitos. Decisões de inconstitucionalidade. Princípio da Legalidade. Princípio da Isonomia. Princípio da Proteção à Confiança Legítima do Contribuinte. Argumentos pragmáticos e consequencialistas. Cunho econômico.

Sumário: Introdução. 1. Princípios Constitucionais e Institucionais afetados pela Modulação Temporal das Decisões Proferidas em Controle de Constitucionalidade. 2. Interpretação em torno do artigo 27 da Lei N. 9.868 de 1999 e suas principais controvérsias. 3. Estudo de Casos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a modulação temporal dos efeitos das decisões do STF nas declarações de inconstitucionalidade sob a perspectiva de fonte do direito.

Para tanto, será feito um paralelo com as limitações constitucionais ao poder de tributar aplicáveis ao caso, principalmente com os princípios da legalidade, anterioridade e

irretroatividade.

Não há como negar o caráter vinculante de certas decisões judiciais – notadamente aquelas formuladas em sede de controle concentrado de constitucionalidade – portanto, seu caráter de fonte formal de direito, com força no direito tributário.

Nesse ponto, o que se busca destacar é, dada a importância que se tem atribuído ao judiciário, quais seriam suas responsabilidades em matéria de aplicação da modulação. Tal entendimento perpassa pela ponderação entre os argumentos utilizados pelas partes, o não distanciamento de um fundamento jurídico e não submissão aos argumentos pragmáticos e consequencialistas, sobretudo de cunho econômico.

O tema é controvertido o que se demonstra pela grande quantidade de casos em que o instituto foi aplicado, e ainda, pelos casos em que não tendo havido sua aplicação, grande polêmica foi gerada.

Em apertada síntese, a modulação temporal dos efeitos seria, portanto, observadas as condições excepcionais dispostas em lei, a possibilidade de não aplicação da regra geral, que é a retroatividade, para que, por meio de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, se estabeleça restrição no período de eficácia desta lei.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do dispositivo acima elencado no ordenamento jurídico brasileiro, efetuando-se o destrinchamento do instituto.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os princípios aplicáveis mais destacadamente, com o objetivo de aferir se há violação em concreto de cada um deles e se isso ocorre, de que maneira.

O terceiro capítulo fará análise dos casos concretos mais relevantes acerca do tema em decisões marcantes do Supremo Tribunal Federal. Esse capítulo tem por objetivo verificar



em quais casos a aplicação do instituto se deu de maneira ponderada e em quais deles prevaleceram o argumentos pragmáticos e consequencialistas.

Para tanto, a análise perpassa a pesquisa científica, através do estudo de construções doutrinárias, jurisprudenciais e normativas a partir de pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina e revistas jurídicas, dentre outras fontes.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INSTITUCIONAIS AFETADOS PELA MODULAÇÃO TEMPORAL DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Deve-se ter sempre em mente que o fim último de qualquer engrenagem estatal é o cidadão, esse entendido como destinatário da *res publica*.¹ Desta forma, cabe ao magistrado quando do julgamento dos casos concretos buscar a melhor solução com base nos parâmetros constitucionais.

Basear-se apenas em argumentos pragmáticos ou consequencialistas, sobretudo os de cunho econômico em matéria tributária levaria a uma subversão que certamente ofenderia princípios e regras constitucionais de mais peso axiológico. De igual modo, a aplicação da modulação dos efeitos de tais decisões sem ter em vista os aspectos constitucionais também seria capaz de perpetrar uma injustiça.²

O princípio da legalidade é consagrado no mundo inteiro como um dos pilares estruturais de qualquer Estado de Direito, sobretudo aqueles que adotam a forma democrática como Regime a ser seguido.³

1 ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária* – o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 184.

2 Ibid., p. 200.

3 PIRES, Adilson Rodrigues et al. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. V.1 3.ed. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2010, p. 212-216, p. 68.

Tal princípio encontra-se previsto em sentido genérico no art. 5º, II da Constituição da República, de forma que se insere no ordenamento jurídico como um direito fundamental, e no art. 150, I do mesmo diploma consubstancia-se o princípio da legalidade tributária.⁴

É justamente por conta disso que, dada a natureza essencialmente *ex lege* da obrigação tributária, quando do julgamento de questões relacionadas ao tema não deve ser aplicada a modulação temporal dos efeitos de sua decisão em prejuízo dos contribuintes.⁵

No entanto, deve-se ressaltar que essa consequência negativa pode ser neutralizada ou revertida desde que a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial em matéria tributária leve em conta a necessidade de existência de um instrumento para concreção da maior efetividade constitucional, diminuindo uma violação à Constituição que, na sua ausência, seria bem maior.⁶

Decorrente do próprio princípio da legalidade, surge para fortalecer e complementá-lo abraçando-se a ele na missão de garantir a segurança jurídica o princípio da anterioridade. Está expressamente previsto na Constituição da República no art. 150, III, “b” e “c”. Assim, a Carta Magna proíbe a surpresa tributária, apontando na direção do planejamento e do conhecimento antecipado.⁷

Ressalte-se que esse princípio existe para proteger o contribuinte, não impedindo, portanto, a imediata aplicação das mudanças que diminuam a carga tributária a que o contribuinte está sujeito, ou mesmo que não tenham qualquer impacto sobre esta carga.⁸

Há que se destacar também o princípio da irretroatividade previsto no art. 150, III “a” e também no art. 5º XXXVI da Constituição da República, que não diz respeito somente à

4 SIQUEIRA, Vanessa. *Direito Tributário Sistematizado*. Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2009. p. 151-152.

5 ANDRADE. *op cit.*, p. 184-185.

6 *Ibid.*, p. 186.

7 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 97.

8 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 6. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 108.



lei, mas a novos entendimentos elaborados pela Fazenda, ou seja, novos critérios de interpretação, conforme dispõe o art. 146 do CTN.

Destinado a garantir a justiça da tributação tem-se o princípio da igualdade ou da isonomia que é aquele que busca assegurar que deve o Estado observar a igualdade entre os iguais bem como a desigualdade entre os desiguais. Evitando-se assim injustiças, discriminações ou privilégios.⁹ Destaque-se que o parâmetro utilizado para diferenciar as pessoas é exatamente a sua capacidade contributiva, sendo correto afirmar, portanto, que esse princípio está umbilicalmente ligado ao da isonomia, dele decorrendo diretamente.

Passando a análise dos princípios não previstos constitucionalmente, mas vistos como institucionais do direito tributário destaca-se o princípio da proteção à confiança legítima do contribuinte. Com a crise do positivismo formalista do Estado Social e Democrático de Direito, fortaleceu-se a ideia de que a norma não se resume ao seu texto, só se concretizando quando de acordo com a realidade social que pretende regular.

Esse princípio surge em meio à tensão entre flexibilidade e estabilidade das normas jurídicas, devendo ser o resultado da ponderação entre dois pressupostos: a necessidade de garantir a conservação de estado de posse obtidos em face de modificações jurídicas posteriores, segurança jurídica subjetiva como proteção à confiança, e o dever do Estado de eliminar as posições antijurídicas, segurança jurídica objetiva como legalidade.

Norteia a tutela do cidadão não só em relação à alteração de posicionamento do Poder Executivo, mas também quanto à alteração da jurisprudência. Assim, em sede de controle de constitucionalidade vemos que quando se trata de controle difuso, os efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade só valerão para o caso concreto, a menos que exista resolução do Senado Federal que retira a norma do ordenamento jurídico, nos termos do art. 52, X da Constituição da República. Nesse caso, como essa

⁹ PIRES, op. cit., p. 142-143.

resolução só produz efeitos *ex nunc*, só valerá para fatos geradores ainda não ocorridos.¹⁰

Já quando se refere aos casos decididos no controle concentrado, as decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade vincularão os demais órgãos do Poder Judiciário bem como a Administração Pública, sendo essas, em regra, proferidas com efeitos *ex tunc*, exceto quando a elas forem conferidos efeitos prospectivos, caso em que o STF fará um juízo de ponderação entre a proteção à confiança e a supremacia da Constituição. Nessa hipótese, a Administração deve devolver os valores pagos por todos os contribuintes se o Supremo decide que certa lei de incidência é inconstitucional, desde que não prescritos, a não ser que a Corte Suprema determine a produção de efeitos prospectivos para sua decisão.¹¹

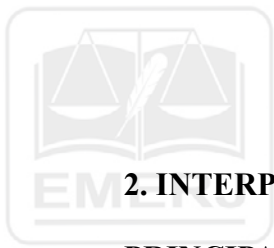
A principal consequência de tais situações é a inibição do STF de declarar a inconstitucionalidade de tributos, porquanto muitas vezes entendia que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade seriam ainda mais nocivos que a permanência de uma lei ou ato normativo em contrariedade com a Carta Magna no ordenamento jurídico. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos mostra-se o instrumento mais adequado à ponderação dos interesses em jogo pelo STF.¹²

Em que pese grande avanço perpetrado pela modulação temporal dos efeitos das decisões, há quem ainda faça duras e justas críticas relativamente à utilização desse instituto. Isso porque da mesma forma que tal instituto estimulou a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em desacordo com a Constituição da República, também abriu espaço para que o Fisco abordasse sempre um argumento econômico pugnando pelos efeitos prospectivos.

10 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 174.

11 Ibid.

12 Ibid., p. 175.



2. INTERPRETAÇÃO EM TORNO DO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868 DE 1999 E SUAS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS.

Pela primeira vez no direito brasileiro, o tema dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade foi objeto de regulamentação expressa pelo legislativo na Lei n. 9.868/1999 que fez a opção pela flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional através do seu artigo 27.¹³

Realizando uma interpretação literal do dispositivo é possível considerar, inicialmente, que: (1) a referência é relativamente à declaração de inconstitucionalidade, apesar desta lei tratar da ação declaratória de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; (2) são estabelecidas duas restrições materiais quais sejam “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”; (3) é uma faculdade conferida à Corte, e somente a ela, (4) mínimo de dois terços de votos dos Ministros.

O fato de o dispositivo ser previsto aos casos de declaração de inconstitucionalidade se deve em virtude da presunção de legitimidade constitucional do ato normativo. Isso ocorre, pois, caso fosse permitido ao STF restringir os efeitos da declaração de constitucionalidade em ADC, por exemplo, essa presunção estaria invertida tendo em vista que segundo ela, reconhece-se a constitucionalidade da norma *ab origine*, e até declaração judicial de inconstitucionalidade. No caso da modulação dos efeitos das decisões de declaração de constitucionalidade, haveria uma autorização do seu descumprimento por certo tempo, a partir de quando a norma seria considerada constitucional, gerando enorme insegurança jurídica.¹⁴

Partindo para uma análise pormenorizada do dispositivo é importante lembrar que a

13 SARMENTO, Daniel. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 108.

14 FERNANDES, André Dias. *Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 244.



modulação prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999 refere-se a ações declaratórias de inconstitucionalidade no âmbito do controle abstrato. Isso porque quando tratamos do controle concentrado o STF recebe, de modo expresso, competência para estabelecer a partir de quando e em que intensidade terá eficácia a sua decisão.¹⁵

Assim, a expressão “lei ou ato normativo” abrange todas modalidades passíveis de controle abstrato. Dentro desse rol constam as hipóteses previstas constitucionalmente: emenda à Constituição, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução. Além delas tem-se as normas inseridas nos regimentos internos dos tribunais “pertinentes ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos”, os pareceres da Consultoria Geral, aprovados pelo Presidente da República, tendo adquirido caráter normativo, os decretos autônomos e as resoluções dos tribunais que concedem aumento remuneratório. Não se incluem, nesse rol, no entanto: normas constitucionais originárias, decretos, atos administrativos, enunciados de súmula de jurisprudência predominante, lei ou ato normativo municipal, dentre outros.¹⁶

Continuando a análise do art. 27 vê-se que esse traz em seu bojo um conceito jurídico indeterminado, que é a expressão “razões de segurança jurídica”. Destaque-se que essa definição serve também para o estudo da expressão “excepcional interesse social”

Imprescindível destacar que os conceitos jurídicos indeterminados, quando mal operados, podem trazer imensa instabilidade e insegurança jurídica, portanto exigem fixação de critérios para sua adequada aplicação, sob pena de se estabelecer ampla margem de manipulação dos efeitos da decisão judicial. Caso não se respeitem as balizas necessárias, pode ocorrer flagrante arbitrariedade, o que resultaria em ilegitimidade de tal decisão judicial.¹⁷

15 ANDRADE, op cit., p. 268.

16 Ibid, p. 266-267.

17 Ibid, p. 275.



A doutrina definiu como “núcleo conceitual” da expressão “razões de segurança jurídica” a previsibilidade, que é passível de desdobramento em duas dimensões: “a certeza quanto à norma aplicável às relações sociais que se estabelecem, certeza jurídica ou estabilidade, e a expectativa ou confiança quanto à situação de cada um nas relações sociais de que participa, proteção da confiança.”¹⁸

A segurança jurídica pode ser *ex ante* e *ex post*, no caso do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, a segurança jurídica como proteção da confiança refere-se aos efeitos produzidos pelas normas, portanto, segurança *ex post*. Indispensável, portanto, recordar o que foi dito no capítulo anterior relativamente ao Princípio da Irretroatividade, que visa, da mesma forma, a proteção da segurança jurídica do contribuinte.¹⁹

Em sede constitucional, a segurança jurídica não é contemplada de forma explícita, mas aparece como desmembramento da segurança prevista no caput do art. 5º e do princípio do Estado Democrático de direito do caput do art. 1º. Embora seja implícito, deve ter sua aplicação prezada, goza de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Inegável reconhecer a importância de alguns princípios analisados no capítulo anterior para a proteção do instituto da segurança jurídica. Veja-se. A irretroatividade das normas jurídicas, estabelecida no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República, cuida da segurança jurídica ao proteger o direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. Assim como o princípio da legalidade, previsto no inciso II do art. 5º da Carta Magna, contém vedação à retroatividade de modo implícito. Ademais, o princípio da confiança legítima do contribuinte, discutido mais de uma vez nesse trabalho, também veda a retroatividade.

Trazendo a análise do tema para o direito tributário, cabe analisar posicionamento de Misabel Abreu Machado Derzi: “No Brasil, ao contrário do que sucede no continente europeu,

18 ANDRADE, op cit., p. 276-277.

19 Ibid., p. 278.

a segurança jurídica e a proteção da confiança são amplamente reforçadas no campo do Direito Tributário.²⁰ Isso se deve, em larga escala pelo fato de ainda não termos conseguido alcançar um meio-termo entre o dever fundamental de pagar os tributos pelos contribuintes e a gana arrecadatória da Fazenda Pública, porquanto se faz indispensável o destaque desses e de outros princípios no nosso ordenamento jurídico.²¹

A expressão excepcional interesse social é imbuída de um indeterminação ainda maior do que a analisada anteriormente. Por conta disso, Ana Paula Ávila sustenta no sentido de que essa seria inconstitucional por atingir os princípios fundamentais da segurança jurídica e do Estado de Direito.²²

Todavia, embora se tenha no ordenamento brasileiro a regra geral de que a inconstitucionalidade padece de nulidade, excepcionalmente é possível que ela seja afastada mediante ponderação, quando prevaleça outro princípio constitucional importante que se manifeste sob a rubrica de excepcional interesse social. Assim, deve haver um senso de justiça social que guiará essa expressão “excepcional interesse social”.²³

Uma parte minoritária da doutrina defende a inconstitucionalidade do dispositivo alegando violação ao princípio da nulidade do ato inconstitucional e, conseqüentemente, da supremacia da Constituição. São alguns dos defensores dessa corrente Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Olavo Alves Ferreira, Ingo Wolfgang Sarlet, Silvio Nazareno Casta, Ives Gandra da Silva Martins, Elival da Silva Ramos, Lenio Luiz Streck, José Adércio Leite Sampaio e o Ministro Moreira Alves.²⁴

20 DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 469.

21 ANDRADE, op cit., p. 285.

22 ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 166-167.

23 ANDRADE, op. cit., p. 295.

24 Ibid., p. 339-340.



André Dias Fernandes entende pela inconstitucionalidade de tal artigo pelo fundamento de que uma norma infraconstitucional não poderia deferir tal poder ao Supremo Tribunal Federal. Em contraponto a este argumento pode-se dizer que tendo em vista a excepcionalidade que o rodeia, e fazendo uma leitura constitucional do princípio da proporcionalidade e ponderação de interesses, resta esclarecido que este dispositivo apenas regulamentou um poder preexistente reconhecido e aplicado pelo STF.²⁵

Continua o autor dizendo que há ainda quem entenda pela constitucionalidade apenas da atribuição de efeitos *ex nunc*, porquanto a aplicação *pro futuro* seria dar demasiada liberdade para o STF, enfraquecendo demais a força normativa da constituição.²⁶

Além disso, há quem considere a utilização desse instituto contrária à Constituição por tornar obsoleta a participação do Senado Federal (por força do art. 52, inciso X, da Constituição da República).²⁷

A modulação busca tutelar, sobretudo, uma menor ofensa à Constituição, minorando os efeitos prejudiciais daquela declaração e o que se vê em sua ausência, diferentemente de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, é justamente o receio de declaração de sua inconstitucionalidade, o que resulta em uma mácula muito maior para o ordenamento jurídico.

Saindo da esfera doutrinária e entrando na seara jurisprudencial, a constitucionalidade do art. 27 foi atacada, também, por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que estão com julgamento pendente no STF. A primeira delas é a ADI 2.154 de 22.02.2000, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), contra alguns dispositivos desta lei inclusive o artigo 27, sob o fundamento de que violaria os princípios constitucionais da

25 FERNANDES, op. cit., p. 251.

26 Ibid., p. 251-252.

27 ANDRADE, op. cit., p. 342.

legalidade e da igualdade.²⁸

A outra é a ADI 2.258 de 27.07.2000, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), também contra outros dispositivos da Lei n. 9.868 de 1999 e o artigo 27, com fulcro na violação do princípio constitucional da legalidade e do Estado Democrático de Direito.²⁹

Destaque-se que é temerário que o Supremo Tribunal Federal aplique cada vez mais o artigo 27, estando pendentes o julgamento dessas duas ações. Imagine-se que no pronunciamento definitivo a decisão seja pela inconstitucionalidade. Por óbvio essa decisão terá efeitos retroativos, já que afastada a possibilidade de sua própria aplicação, o que causaria grande transtorno relativamente às demais ações julgadas com fulcro nesse dispositivo.³⁰

Diferente seria se se compreendesse que a atribuição de efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade advém do próprio texto constitucional, e as restrições e limites colocados no artigo 27 que seria inconstitucionais. Ou seja, a sua regulamentação é que extrapolaria os ditames constitucionais enquanto a faculdade, em si, decorre de maneira implícita do próprio texto constitucional.³¹

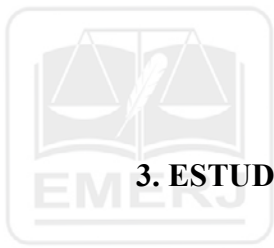
Deve-se ter em mente que os elevados princípios e regras que sustentam o Estado Democrático de Direito usualmente se sobrepõem aos demais, também previstos na Constituição da República, que cuidam da organização dos poderes, seus orçamentos, suas políticas públicas, ou seja, no caso do direito tributário, principalmente seus interesses arrecadatórios. Então, ainda que surjam argumentos de cunho econômico a Suprema Corte deve fazer prevalecer os elevados princípios e regras que asseguram a proteção dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos e contribuintes.

28 ANDRADE, op. cit., p. 344.

29 Ibid., p. 345.

30 Ibid., p. 346.

31 Ibid.



3. ESTUDO DE CASOS.

Julgamento notório na seara tributária que abarca o tema da modulação temporal dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2007. Trata-se de caso em que se discutia o direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada não é tributada ou sobre a qual incide alíquota zero³². O resultado final foi, por maioria absoluta de seis votos, de provimento do recurso extraordinário manejado pela União Federal.

Quando do exame do caso em junho de 2007, dois grandes professores deram pareceres favoráveis aos contribuintes, pugnando pela aplicação do efeito prospectivo, na modalidade *ex nunc*.

Para Luís Roberto Barroso, a decisão do STF que modifique entendimento anterior consolidado na própria corte em relação ao Crédito de IPI somente poderá ter efeitos prospectivos, porquanto importa em resultado equivalente à majoração do tributo³³.

Celso Antônio Bandeira de Melo ressaltou a importância das decisões judiciais como parâmetros de conduta para os cidadãos. Relacionou, ainda, o ilustre professor a modificação da interpretação jurídica com os princípios da boa-fé, lealdade, da confiança legítima e segurança jurídica. E concluiu o seu parecer no sentido de que havendo alteração da jurisprudência do STF em relação aos créditos do IPI no caso de alíquota zero deve ser conferido efeitos prospectivos e, ainda, acrescenta que conferir efeitos retroativos é incompatível com os princípios constitucionais acima citados.³⁴

Já o principal argumento contrário à modulação dos efeitos foi a irresignação da

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Direito Tributário. STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08. Brasília, DF <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

33 Ibid.

34 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n.6 abr-jun 2007, p. 337-338.

fazenda que pairava desde os primeiros julgados sobre o tema. Recapitulando o caso concreto, a modulação dos efeitos temporais em questão era por conta de modificação que o julgamento do RE 353.657 trazia na jurisprudência reiterada, que antes permitia o creditamento do IPI quando os insumos fossem tributados à alíquota zero ou não tributados.

De fato, não houve o necessário trânsito em julgado de tais decisões uma vez que foram interpostos embargos de declaração e agravo regimental, que pendiam de pronunciamento pelo STF, de forma que nunca chegaram a alcançar caráter definitivo.

Outro julgado paradigmático é o que diz respeito ao prazo quinquenal para prescrição e decadência de créditos tributários, são eles os RREE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943.

Os recursos extraordinários foram interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra decisões do TRF da 4 região que declararam, como faziam há anos, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados.³⁵

Alegou a Procuradoria da Fazenda Nacional que as contribuições em debate se direcionavam para a seguridade social, de forma que se o Plenário entendesse pela inconstitucionalidade dos dispositivos deveria atribuir efeitos prospectivos *ex nunc*. Na ocasião, o STF entendeu por negar provimento e por maioria, aplicar o efeito *ex nunc* à decisão.

Assim, o STF aplicou o efeito *ex nunc* à sua decisão apenas aos recolhimentos efetuados nos prazos prescritos nos dispositivos legais declarados inconstitucionais e não impugnados até o dia 11.06.2008, e para os demais o efeito *ex tunc*.

O argumento que embasou a tese da Procuradoria da Fazenda Nacional foi principalmente econômico. Alegou a Fazenda que caso a decisão fosse desfavorável ao Fisco e não fossem atribuídos efeitos prospectivos, a União Federal seria obrigada a devolver cerca

³⁵ ANDRADE, op. cit., p. 419.



de R\$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados ou em dias de cobrança.³⁶

Alegou, ainda, que os dispositivos questionados não configurariam “normas gerais de direito tributário”, já que as contribuições previdenciárias possuiriam matriz constitucional apenas no art. 195 da Constituição Federal, que a matéria alegada seria meramente processual e não de direito material, a inexistência de hierarquia entre lei complementar e ordinária e o necessário respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade e ainda que a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais dependeria de lei da própria entidade tributante.³⁷

Como principais argumentos dos contribuintes pode-se destacar aquele segundo o qual a lei inconstitucional não deveria se submeter às vontades do Estado, sobretudo o baseado em argumento eminentemente econômico. E além disso, era pacífico na jurisprudência a inconstitucionalidade dos dispositivos contestados, não havendo que se falar em “mudança de jurisprudência” que pudesse ensejar insegurança jurídica no caso concreto.

Sobre o resultado proferido no presente caso, bem se posiciona Fábio Martins de Andrade:

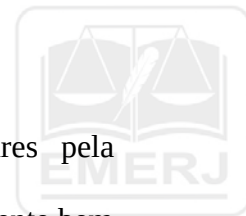
[...] Naquele julgamento foi adotada uma solução salomônica em torno do caso, já que contribuintes e Fisco venceram e perderam a um só tempo. Sob a ótica jurídica, contudo, a deliberação sobre a aplicação do efeito *ex nunc* no caso concreto, tal como se deu, representou uma 'tarde inglória' para a Corte, usando os parâmetros da Min. Ellen Gracie.³⁸

Vale destacar aqui que o Supremo Tribunal Federal era composto pelos mesmos ministros nos dois julgamentos analisados neste capítulo, com exceção apenas do Ministro Menezes Direito que ocupou a vaga do Ministro Sepúlveda Pertence que deixou a Corte por conta de sua aposentadoria compulsória. Fábio Martins de Andrade, no trecho acima transcrito faz referência à fala da Ministra Ellen Gracie quando do encerramento do

³⁶ ANDRADE, op. cit., p. 415-416.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Direito Tributário. Pleno, RREE 556.664, 559.882 e 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04 e 14.11.2008. Brasília, DF <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

³⁸ ANDRADE, op. cit., p. 424-425.



juízo do Recurso Extraordinário 353.657, quando congratulou seus pares pela “oportunidade de termos um dia de Corte Suprema de verdade, com votos extremamente bem colocados de parte a parte”³⁹.

O mesmo não pode ser dito do caso ora em comento. As decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal devem ser juridicamente fundamentadas, com fulcro no inciso IX do art. 93 da Constituição da República, sobretudo quando trata-se de decisão que aplica a modulação temporal dos seus efeitos, hipótese que como já foi vista, deve ser analisada cautelosamente e aplicada em situações excepcionais.⁴⁰

A aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão sobre o prazo quinquenal para a prescrição e decadência de créditos tributários comporta diferentes críticas. É inquestionável que neste caso o Supremo Tribunal Federal se deixou influenciar pelo argumento econômico. Com base em tudo que foi acima exposto, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao sucumbir ao argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e aplicando a modulação temporal dos efeitos nesta decisão, violou os princípios constitucionais da segurança jurídica, e, sobretudo, da isonomia. Ao decidir pela modulação temporal, diversamente do que ocorreu no caso IPI – Alíquota Zero, deu tratamento diferente a situações jurídicas semelhantes, rendendo-se a proteger as finanças do Estado.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Direito Tributário. Pleno - RE 353.657, Rel. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008. Brasília, DF <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

40 ANDRADE, op. cit., p. 427.



Não por acaso foram analisadas neste artigo duas decisões com posicionamentos apostos. O objetivo era justamente dar destaque para os argumentos adotados quando as partes, fisco e contribuintes, encontravam-se pugnando pela modulação. Por exemplo, no primeiro caso estudado quem pedia pela modulação dos efeitos eram os contribuintes, enquanto no segundo caso, era a fazenda que requeria o reconhecimento da prospecção dos efeitos temporais da decisão proferida.

Indispensável destacar que a fazenda valeu-se de argumentos quase sempre juridicamente vazios, alegando a possibilidade de um “rombo” nos cofres públicos caso a decisão fosse contrária a sua posição, o que, infelizmente, acabou seduzindo a Suprema Corte em alguns momentos. A submissão do STF a esses argumentos leva a um esvaziamento da sua função jurisdicional, porquanto limita-se a uma solução mais fácil do que adequada.

Nesse cenário, os elevados princípios e regras que sustentam o Estado Democrático de Direito usualmente se sobrepõe aos demais princípios e regras, ainda que também previstos na Constituição, que cuidam da organização dos poderes, seu orçamento, etc. A modulação temporal dos efeitos da decisão é, portanto, o instrumento hábil para assegurar esses princípios e regras que reguardam direitos fundamentais e individuais dos cidadãos e contribuintes.

Interessante destacar que tal explanação não trata de uma abordagem pro contribuinte, mas sim de uma ambição de adequada aplicação do instituto, com base em uma ponderação pautada em uma lógica razoável e fundada em argumentos jurídicos, afastando-se o máximo possível daqueles pragmáticos e consequencialistas, sobretudo os econômicos.

Inegável que os argumentos pautados nas finanças do Estado são demasiadamente

frágeis e não suficientes para a busca da solução mais justa para o caso concreto, ainda que nem sempre irrelevantes. Como procurou-se demonstrar desde as primeiras páginas deste trabalho, não trata-se do alcance de uma solução perfeita, o que na maior parte das vezes é impossível, mas sim daquela que melhor atende os interesses sociais e com base nos instrumentos disponibilizados pela legislação de acordo com a constituição.

Dessa forma, deve-se ter em mente que a modulação dos efeitos temporais é instrumento valioso e que deve ser utilizado com o cuidado já acima descrito, não permitindo que a modulação se dê apenas para minimizar perdas financeiras do Estado. Comportamento equivalente a inverteria a lógica constitucional, reduzindo o STF ao papel de guardião do Estado e não da própria Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado* - 6. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária – o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011.

ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Direito Tributário. Pleno - RE 353.657, Rel. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJE 07.03.2008. Brasília, DF <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Direito Tributário. Pleno, RREE 556.664, 559.882 e 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04 e 14.11.2008. Brasília, DF <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Direito Tributário. STF – Pleno, RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.07, DJE 07.03.08. Brasília, DF



<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 de janeiro de 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n.6 abr-jun 2007, p. 337-338.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

PIRES, Adilson Rodrigues *et al.* *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. V. 1. 3. ed, Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 108; SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade.

SIQUEIRA, Vanessa. *Direito Tributário Sistematizado*. Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2009.

PERSPECTIVAS ACERCA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE: CISÃO E SOBRELEVAÇÃO

Luiz Felipe Oliveira Neves

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Analisa-se a possibilidade de constituição no ordenamento jurídico brasileiro do direito real de superfície por cisão e por sobrelevação, não previstos expressamente no Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001), tampouco no Código Civil de 2002, no que tange ao regramento dos direitos reais, abordando-se a questão sob o enfoque da função social da propriedade. A essência do trabalho é demonstrar que os institutos da sobrelevação e da cisão são modos de instituição do direito real de superfície, sendo possível, portanto, sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Real de Superfície. Cisão. Sobrelevação.

Sumário: Introdução. 1. O direito real de superfície e o direito objetivo brasileiro A superfície por cisão e seus contornos. A superfície por sobrelevação e a sua controvertida admissão no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de analisar o instituto do direito real de superfície, bem como de debater a possibilidade de instituição da superfície por cisão ou sobrelevação, institutos que a legislação brasileira não cuidou expressamente, causando, conseqüentemente, discussões doutrinárias acerca de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal discussão se faz importante, na medida em que, após a reintrodução do direito real de superfície no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002 (Lei o 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o direito de superfície tem se mostrado importante elemento funcionalizador da propriedade.

A concessão do direito real de superfície por cisão se mostra interessante ferramenta para a revitalização e manutenção de edificações inutilizadas em decorrência de abandono ou



mal conservadas, bem como para a conclusão de edificações não finalizadas pelos respectivos proprietários, promovendo a função social por implemento da destinação socioeconômica ao bem imóvel.

Igualmente, a superfície por sobrelevação possui acentuado relevo no acréscimo de função social nos espaços urbanos, especialmente no tocante ao direito social à moradia em comunidades carentes, nas quais as construções realizadas sobre a propriedade imóvel alheia, embora realidade expressiva, não encontram, atualmente, qualquer respaldo na ordem jurídica vigente, fato que ocasiona extrema insegurança jurídica às pessoas que vivem nesta condição.

Isto posto, o reconhecimento da possibilidade de concessão do direito real de superfície por cisão e por sobrelevação é medida salutar para a promoção de diversos direitos de ordem constitucional, como a propriedade funcionalizada, o acesso à moradia e o desenvolvimento da ordem econômica.

1. O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de superfície não é um instituto recente na ciência jurídica. Oriundo do direito romano foi, *prima facie*, considerado uma relação obrigacional, sendo, posteriormente, considerado como direito real. Carlos Roberto Gonçalves aduz: “trata-se de direito real de fruição ou gozo sobre a coisa alheia”¹.

No Brasil, foi inicialmente previsto no período colonial, época na qual as normas vigentes eram as do direito português, que previa o direito real de superfície nos parágrafos 11, 17 e 26 da Lei 9 de julho de 1773.

Posteriormente, a Lei nº. 1.237, de 24 de setembro de 1864, banuiu o instituto do ordenamento jurídico brasileiro, pois não incluiu a superfície no rol dos direitos reais

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. V. 5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 443.



constante no artigo 6º do diploma em questão, situação que persistiu com o advento do Código Civil de 1916.

Somente com a elaboração do Estatuto da Cidade (lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001), que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, o direito real de superfície voltou a receber tratamento específico no direito brasileiro.

Nesse sentido, Rodrigo Mazzei:

com raízes na Constituição Federal (artigos 182 e 183), o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) entra no cenário nacional antes do nosso segundo Código Civil, trazendo, entre vários institutos, no seu artigo 4º, alínea I, o direito de superfície, razão pela qual o renascimento da dita figura jurídica no ordenamento pátrio deve ser creditado à referida legislação federal que regula o instituto naquele ambiente legal (artigos 21-24)².

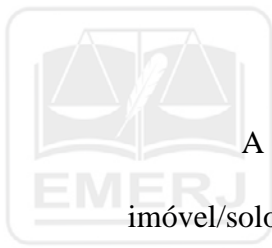
Em 2002, a evolução do direito real de superfície no Brasil ganhou novos contornos com a sanção e promulgação do novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, entrando em vigor em janeiro de 2003.

O Código Civil de 2002 aboliu a enfiteuse, substituindo-a pelo direito real de superfície, conforme seu artigo 1.225, inciso II.

No atual estágio legislativo, o direito real de superfície caracteriza-se pela possibilidade de o proprietário do imóvel conceder a outrem, por tempo determinado, o direito de construir ou plantar em seu terreno, gratuita ou onerosamente, mediante instrumento revestido na forma pública, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Dessa forma, o direito de superfície põe-se em contraponto ao princípio *superficies solo cedit*, princípio da acessão, do direito romano, pelo qual se postulava que tudo aquilo que viesse a ser disposto sobre o solo seria incorporado ao mesmo, passando ao domínio do de seu respectivo proprietário.

² MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. São Paulo: Juspodivm, 2013. p. 116.



A relação superficiária possui como elementos subjetivos o proprietário do imóvel/solo, denominado concedente, o qual concederá a outrem o direito de construir, plantar e, no caso de concessão do direito real de superfície por cisão, manter a acessão existente. Além deste, há o superficiário (concessionário), que irá disfrutar do direito de superfície sobre a propriedade superficiária.

Neste sentido, Ricardo Pereira Lira:

São sujeitos na relação jurídica superficiária o concedente (proprietário do solo, *dominus soli*) que outorga o direito de construir ou plantar, ou aliena a construção ou o solo reservando-se para si o remanescente, ou, finalmente, transfere o domínio do solo e a propriedade da construção a pessoas diferentes; o *concessionário*, (superficiário, proprietário da construção ou proprietário da plantação), a quem é transferida a propriedade do solo, da construção ou plantação, nas situações anteriormente referidas³.

No tocante ao objeto do direito de superfície, poderá ocorrer a concessão do aludido direito para que o superficiário crave as respectivas acessões, edificação e/ou plantação, no imóvel. Merecem destaque novamente as palavras de Ricardo Pereira Lira:

O objeto do direito de superfície pode ser relativo a construção ou referente a plantação. Nesse último caso, a doutrina denomina vegetal, rústica ou agrícola. No primeiro, poder-se ia chama de edílicia. (...) Vale salientar que, em princípio, pode ser objeto do direito de superfície tudo o que seja suscetível de acessão, pois a propriedade superficiária pressupõe a suspensão ou interrupção da eficácia do princípio *superficies solo cedit*⁴.

Ademais, o proprietário poderá efetuar a concessão com a finalidade de que o superficiário mantenha e/ou realize melhoramentos sobre os implantes já existentes quando da instituição do direito de superfície, exercendo seus respectivos poderes sobre os mesmos, caso em que se trata da superfície por cisão.

2. A SUPERFÍCIE POR CISÃO E SEUS CONTORNOS

³ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 73.

⁴ *Ibid.*, p. 73 - 74.

Pelo que se extrai da redação do artigo 1.369 do Código Civil, bem como do artigo 21 do Estatuto da Cidade, o direito real de superfície consiste possibilidade de o proprietário do imóvel conceder a outrem, por tempo determinado, o direito de construir ou plantar em seu terreno, gratuita ou onerosamente, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Em virtude da omissão legislativa às modalidades de concessão da superfície admitidas no ordenamento jurídico pátrio, surge interessante debate acerca da possibilidade de se concedê-la em terreno já edificado, tratando-se do denominado direito de superfície por cisão.

Admite-se, no direito brasileiro, a existência de relação superficiária complexa, na qual incumbe ao superficiário cravar a plantação ou a edificação no terreno alheio, sendo controvertida, no entanto, a possibilidade de relação superficiária simples, hipótese na qual o direito real de superfície incidirá quanto à edificação já existente, mantendo-se o solo no domínio do concedente.

Distinguindo as duas hipóteses, preleciona Rodrigo Mazzei:

depreende-se que o direito de superfície poderá se apresentar, *no plano da dinâmica*, basicamente sobre duas formas:

a) *Relação superficiária simples*, fixando-se na concessão a separação dos implantes já existentes do solo, em operação singular – de cisão – para que o superficiário alcance os poderes respectivos às acessões, de forma separada ao solo;

b) *Relação superficiária complexa*, quando for necessário que o concessionário introduza no imóvel o implante, uma vez que do pacto, a acessão sobre a qual aquele exercerá os seus poderes não está cravada no imóvel (concessão *ad edificandum* e/ou *ad plantandum*). O superficiário terá, portanto, que criar o ambiente favorável para o efetivo exercício do direito de superfície, pois somente poderá retirar *bônus* da concessão a partir da existência do implante⁵.

Da destaca lição, portanto, é possível extrair os conceitos de superfície por cisão e superfície por sobrelevação. O direito real de superfície, quando constituído por cisão, se configura em razão da concessão ao superficiário de poderes sobre as acessões existentes sobre o solo, mas não sobre este, que não será objeto jurídico da relação superficiária.

⁵ MAZZEI. op cit. p. 325.



Diversamente, na superfície por sobrelevação será concedido ao superficiário o direito de explorar determinado imóvel, cabendo-lhe, entretanto, a incumbência de cravar sobre o mesmo a construção ou plantação sobre a qual exercerá os poderes de superficiário.

Apontando uma terceira hipótese, Ricardo Pereira Lira esclarece:

da exposição que vem a ser feita não há como negar a plasticidade do direito de superfície que pode:

(a) *nascer simples, continuar simples* até extinguir (mera concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* sem concreção superveniente da coisa superficiária, havendo conseqüentemente um só direito: direito real de construir ou plantar em solo alheio);

(b) *nascer simples, tornando-se relação jurídica complexa* (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* com concreção superveniente da coisa superficiária, havendo dois direitos, momentos sucessivos e, a partir do aparecimento do segundo, coexistentes, fases de uma mesma relação superficiária: direito real de construir ou plantar em solo alheio (em estado de quiescência), e direito de propriedade sobre a coisa superficiária);

(c) *nascer complexa, ficando complexa*, identificando-se o direito de propriedade sobre a coisa superficiária e o direito real do gozo do terreno alheio em que está a coisa superficiária⁶.

Dessa forma, é possível cogitar, ainda, da hipótese em que a relação superficiária nasce e permanece complexa, situação que se vislumbra em decorrência da concessão do direito real de superfície sobre o terreno em favor de um superficiário, e do direito real de superfície sobre a acessão, plantação ou edificação, em favor de superficiário distinto. Vislumbra-se, na hipótese, a presença de três sujeitos, o proprietário do solo e das acessões, que figurará como concedente, e dois concessionários, os quais se beneficiarão, um da superfície sobre o solo alheio, e o outro do direito real de superfície sobre o imóvel alheio.

Outrossim, analisando-se os artigos 1369⁷, *caput*, do Código Civil e 21⁸, *caput*, do Estatuto da Cidade, constata-se que os mesmos são silentes quanto à esta modalidade do direito real de superfície, havendo, por conseguinte, divergência na doutrina acerca da possibilidade de sua instituição no ordenamento jurídico nacional.

⁶ LIRA. op. cit. p. 59.

⁷ BRASIL. Código Civil. Art. 1369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

⁸ BRASIL. Lei nº 10.257/2001. Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.



Carlos Roberto Gonçalves, se posicionando contrariamente à possibilidade de constituição do direito de superfície por cisão no Brasil, aduz:

destarte, imóvel edificado não está sujeito ao aludido direito, uma vez que o citado dispositivo não prevê a possibilidade de constituição do direito de superfície por *cisão*, admitida nos direitos civis italiano e português. Essa modalidade parte de um imóvel construído ou plantado, no qual já se tenham operado os efeitos da acessão. O dono do imóvel retém em seu domínio o terreno e transfere a outrem, que passa a ser superficiário, a propriedade da construção ou plantação.

De acordo com o sistema adotado pelo Código de 2002, porém, se o imóvel já possuir construção ou plantação não poderá ser objeto de direito de superfície, porque somente o terreno se presta a essa finalidade, salvo se for convencionada a demolição da construção existente para a reconstrução ou construção de outra, ou a erradicação da plantação existente para fins de utilização do terreno para os mesmos fins⁹.

Tal entendimento, portanto, decorre de uma interpretação literal do artigo 1.369 do Código Civil, o qual apenas menciona a possibilidade concessão de direito real sobre o terreno, o que no entendimento do autor significado solo sem acessões.

Em sentido diverso, Élcio Nacur Rezende defende a possibilidade de constituição do direito real de superfície por cisão:

Isto posto, surge uma questão: é possível constituir uma Superfície incidente em um imóvel já construído, ou seja, é possível que um proprietário de edifício constitua um Direito de Superfície reservando-se a propriedade do solo e transferindo a outrem a propriedade da construção por determinado tempo para que este explore (inclusive invista em reformas) e após o prazo pactuado restitua a construção ao concedente?

A resposta me parece positiva. Afinal, é princípio do Direito Privado a liberdade de contratar e como não existe proibição na lei, é de se permitir¹⁰.

Como bem destacado pelo supracitado jurista, o direito privado consagra o princípio da autonomia privada, de modo que, observadas as restrições legais e o princípio da boa-fé-objetiva, são livres as partes para celebrarem negócios jurídicos conforme seus interesses.

Isso é, não havendo expressa vedação legal, os contratantes poderão estipular livremente, observando-se, ainda, a função social do contrato, de acordo com o artigo 421¹¹ do Código Civil.

⁹ GONÇALVES. op cit. p. 447.

¹⁰ REZENDE, Élcio Nacur. *Direito de Superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 65.



Ademais, não há falar em violação ao princípio da tipicidade dos direitos reais, visto que a superfície por cisão, assim como a superfície por sobrelevação, objeto do próximo capítulo, não configura espécie de direito real, e sim de forma de constituição do direito real de superfície, isto é, desdobramento de um direito real já positivado no Brasil.

Corroborando a possibilidade de instituição da superfície por sobrelevação, Rodrigo Mazzei aponta, ainda, que da leitura do artigo 24¹² do Estatuto da Cidade se extrai a admissibilidade de instituição de direito de superfície por cisão, na medida em que o dispositivo em questão prevê a reversão de eventuais melhoramentos feitos no imóvel em favor do concedente, de modo que, não se pode falar em melhoramento na ausência de prévia edificação, do contrário seria o caso realização de implante por parte de superficiário.

Acerca das formas de instituição da superfície por cisão, Rodrigo Mazzei elucida que:

é perfeitamente possível que seja necessário que o superficiário *melhore* ou *adeque* o implante já existente, seja por exigência do proprietário (concedente), ou ainda pelo fato de que o estado como se encontra a construção e/ou plantação no momento da concessão não está atendendo as condições desejadas para o fim pretendido pelo concessionário. Nessa segunda situação, o superficiário introduzirá *benfeitorias* ao implante com o fim de *qualifica-lo* para ao reclame do proprietário ou para a destinação pretendida pelo próprio superficiário¹³.

Assim sendo, observa-se que a superfície por cisão poderá ser ordinária ou qualificada. Na superfície por cisão ordinária, o superficiário não terá a obrigação de efetuar melhoramentos no implante, podendo fazê-lo por conveniência própria. Já na cisão qualificada, em decorrência do contrato celebrado entre as partes ou para que o bem esteja apto à destinação pactuada, o superficiário deverá introduzir benfeitorias à edificação.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹² BRASIL. Lei nº 10.257/2001. Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

¹³ MAZZEI. op cit. p. 333.



3. A SUPERFÍCIE POR SOBRELEVAÇÃO E SUA CONTROVERTIDA ADMISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Direito real de superfície por sobrelevação consiste na possibilidade de se construir sobre edificação alheia, mediante concessão do respectivo proprietário. De acordo com Rodrigo Mazzei:

aqui o imóvel (na perspectiva do 'solo') é o mesmo em que haverá a concessão em favor do superficiário, tendo, no entanto, como base da *sobrelevação* outra construção já implantada na superfície, utilizando-se do gabarito aéreo que não foi totalmente aproveitado, ou seja, do espaço volumétrico que pode ainda ser edificado¹⁴.

Assim, para o supracitado autor a superfície por sobrelevação encontrará respaldo naquilo que o mesmo denomina de volume vertical, isto é, aproveitando-se o espaço aéreo sobre a edificação alheia, com supedâneo na parte inicial do artigo 1.229¹⁵, caput, do Código Civil.

Corroborando tal entendimento, merece destaque também o fato de a concessão do direito de superfície, valendo-se do espaço aéreo referente a um determinado imóvel, estar prevista no Estatuto da Cidade, vide o artigo 21, §1º, do aludido diploma legal.

Porém, há na doutrina vozes contrárias à possibilidade de instituição do direito real de superfície por sobrelevação, mencionando que a sobrelevação não foi prevista de maneira expressa no Código Civil de 2002, no Estatuto da Cidade ou em qualquer fonte legal, de modo que admiti-la seria contrariar o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Em contraposição à possibilidade de instituição do direito de superfície por sobrelevação, mas constatando sua presença de maneira constante em diversas situações do cotidiano em áreas de grande densidade populacional, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald pontuam:

¹⁴ MAZZEI. op cit. p. 358.

¹⁵ Art. 1229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.



Ao contrário do Código Civil suíço, a legislação brasileira não cuidou do direito de sobrelevação. Seria uma espécie de direito de superfície em segundo grau, na qual o superficiário estaria autorizado a contratualmente a um terceiro o direito de construir sobre sua propriedade. (...) Apesar da impossibilidade jurídica da instituição do modelo da sobrelevação, em localidades mais carentes, pode-se ver o chamado “direito de laje” – popular “puxadinho” – uma situação analógica ao que se pretende na sobrelevação. É lamentável que não haja previsão normativa desta interessante figura, pois permitiria o acréscimo de função social da posse em várias favelas e aglomerados populares pela via de sua regularização através do registro imobiliário¹⁶.

Outrossim, não parece correto entendimento contrário à admissibilidade da superfície por sobrelevação, haja vista que, apesar de não haver expressa previsão legal, nas relações entre particulares, prevalece o princípio da autonomia da vontade, pelo qual as partes possuem o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades.

Não obstante, em tempos atuais, não se pode falar que tal princípio é absoluto, pelo contrário, a autonomia privada será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, na forma do artigo 421 do Código Civil, conforme já destacado anteriormente.

Desta forma, verificando-se, no caso concreto, a viabilidade de se instituir a superfície por sobrelevação, não havendo colisão com quaisquer interesses públicos, sociais ou de particulares, não há que se falar em impossibilidade de aplicação do referido instituto.

Argumentando no mesmo sentido, Élcio Nacur Rezende aduz:

embora haja omissão do texto legislativo, entendo que não existe qualquer impossibilidade jurídica de se construir um direito de sobrelevação, haja vista que tratando-se de direito privado, a relação entre particulares é livre, desde que não se encontre óbice no direito, homenageando-se, assim, a liberdade de contratar¹⁷.

Novamente, não merece prosperar o argumento de ofensa ao princípio da tipicidade dos direitos reais, pois, ao se aplicar a sobrelevação não está sendo criado um direito real. A sobrelevação é um desdobramento de um direito real já existente e previsto no Código Civil e no Estatuto da Cidade, a superfície.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.5. 11. ed., rev. Ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 524-525.

¹⁷ REZENDE. *op cit.* p. 80.



É, portanto, forma de aplicação do direito de superfície. Ou seja, o modo como o mesmo será praticado em situações concretas. Seus limites e forma de aplicação estão intrinsecamente atrelados aos preceitos legais referentes ao direito de superfície, sendo este o gênero do qual a sobrelevação é espécie. A sobrelevação decorre do direito real de superfície, não existindo independentemente deste.

Ademais, o simples fato de não haver expressa previsão legal não significa estar vedada a possibilidade de instituição do direito real de superfície por sobrelevação, até porque se trata de uma realidade social constante nas grandes metrópoles, haja vista o crescimento desenfreado das mesmas, ocasionando o aumento da densidade populacional, o que por sua vez favorece ao processo de formação de favelas, nas quais se observa em grande escala a construção sobre a propriedade alheia já edificada, vide os chamados “puxadinhos”.

Neste sentido, Ricardo Mazzei se posiciona:

ao nosso sentir, não existe vedação legal, sendo permitido a sobrelevação no direito de superfície, embora em boa parte das situações fosse mais conveniente a pactuação de condomínios, consoante adverte boa doutrina. Nossa posição se ampara – mais uma vez – nos *princípios da operabilidade e da socialidade*, uma vez que vemos em tal variante do direito de superfície um instrumento que poderá regularizar uma realidade nacional que é o *direito de laje*¹⁸.

Além disso, não pode passar à margem da discussão o princípio constitucional da função social da propriedade, frisando-se os comentários de Élcio Nacur Rezende sobre a questão:

de fato, repito, não vejo qualquer proibição à instauração de uma superfície em terreno já erigido. Afinal, da mesma forma que cumpre função social quem constrói ou planta em terreno alheio, aquele que faz melhorias, reforma ou amplia, também proporciona ao imóvel, potencialmente, maior utilidade e, por consequência, melhor função social¹⁹.

Insta salientar que o instituto da sobrelevação não deve ser confundido com os condomínios edilícios, merecendo destaque as precisas palavras de Ricardo Mazzei:

apesar da relação muito aproximada, registre-se que a *sobrelevação* é instituto que não pode ser traduzido como sinônimo de condomínio vertical, pois neste a propriedade é repartida em frações ideais, enquanto no direito de superfície a base

¹⁸ MAZZEI. op cit. p. 358.

¹⁹ REZENDE. op cit. p. 80-81.



do solo imóvel continuará integralmente no patrimônio do proprietário, e os implantes, respectivamente, na alça jurídica do superficiário primário e do eventual superficiário derivado²⁰.

Por todo o exposto, conclui-se que não há que se falar em impossibilidade de aplicação do direito real de superfície por sobrelevação no ordenamento jurídico brasileiro, até porque tal instituto se mostra ferramenta adequada para solucionar as graves questões habitacionais que assolam as grandes metrópoles, especialmente nas “favelas”, nas quais comumente se vê a cessão da superfície de uma edificação para que outrem construa seu respectivo lar, situação que, sem a chancela da superfície por sobrelevação se mantém à margem do direito.

CONCLUSÃO

Desde a *Magna Charta Libertatum* no ano de 1215, a chamada Magna Carta do Rei João Sem Terra, o direito de propriedade recebe uma proteção jurídica formal, consistindo em um direito fundamental.

Trata-se do que a doutrina constitucionalista classifica de um direito fundamental de primeira dimensão, recebendo abrigo em diversas declarações, tratados internacionais e nas ordens constitucionais de inúmeras nações, com destaque, no âmbito internacional, para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigos 2º e 17) e para a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 17).

No ordenamento jurídico brasileiro, a CRFB/88 consagra o direito de propriedade como um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXII), mas exige que este direito seja exercido com o implemento da função social (artigo 5º, inciso XXIII), ou seja, expressamente confere ao detentor da riqueza uma atribuição para que possa exercer na plenitude o seu direito subjetivo.

²⁰ MAZZEI. op cit. p. 368.



O direito real de superfície, nos aspectos ora abordados, encontra na função social sua razão de ser. Isso é, trata-se de instituto jurídico de cunho funcionalizador da propriedade, implementando ou potencializando a finalidade socioeconômica do bem imóvel.

E como mecanismo funcionalizador da propriedade, o direito real de superfície por cisão e pro sobrelevação configura interessante alternativa para a garantia do direito social de moradia (artigo 6º da CRFB/88) e para o desenvolvimento da ordem econômica (artigo 170, *caput*, da CRFB/88), corolários do postulado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88).

Por estas razões e, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade, que rege as relações jurídicas entre particulares, há de se reafirmar a plena admissibilidade do direito real de superfície por cisão e por sobrelevação na ordem jurídica brasileira.

Outrossim, embora dispensem expressa menção legal para que se autorize a sua constituição, haja vista o entendimento ora defendido no sentido de que a cisão e a sobrelevação são apenas modalidades de constituição do direito real de superfície, o qual é expressamente previsto no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), a edição de norma com o intuito de regular a instituição de direito real de superfície por cisão e por sobrelevação é medida salutar, conferindo os contornos e limites aos aludidos institutos, bem como os direitos e deveres concedente e do superficiário.

REFERÊNCIAS

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 março 2016.

_____. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 14 de março 2016.



_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 de março 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.5. 11 ed., rev. Ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. V.5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O moderno direito de superfície: ensaio de uma teoria geral*. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. n. 35. Rio de Janeiro. 1979. p. 30. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/992130/DLFE-50687.pdf/REVISTA351.pdf>>. Acesso em: 13 de março 2016.

MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. São Paulo: Juspodivm, 2013.

REZENDE, Élcio Nacur. *Direito de Superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



EMBARGOS INFRINGENTES PENAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO ORDENAMENTO BRASILEIRO E DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Marcelle Pessanha Martins Escobar

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

Resumo: É cada vez mais frequente o debate sobre o futuro dos embargos de divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista toda polêmica que se desenvolveu sobre seu manejo no julgamento da AP 470 – processo do mensalão – e o advento do Código de Processo Civil de 2015, mostra-se importante uma reflexão sobre a continuidade da sua utilização em sede cível e penal. O pacto de San José da Costa Rica determina a concretização da ampla defesa e do contraditório para o réu em última instância, sendo mais um ponto a ser analisado no presente trabalho sob a conjuntura dos embargos infringentes.

Palavras-chave: Processo Penal. Recurso. STF. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1. A inconstitucionalidade dos embargos infringentes por falta de previsão legal na CRFB 2. Os embargos infringentes como técnica de julgamento 3. Constitucionalização dos embargos infringentes por controle de convencionalidade. É possível? Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos embargos infringentes penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Pacta San Jose da Costa Rica. Procura-se demonstrar se o Supremo Tribunal Federal tem o poder de aceitar os embargos infringentes, como fez na ADP 470, frente a ausência de previsão expressa deste recurso na Constituição Federal de 1988 para utilização contra as decisões finais do Supremo.



Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é constitucional ou inconstitucional o manejo dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do Pacta de San José da Costa Rica e as consequências que o seu manejo traz perante toda a sociedade.

A discussão surge porque a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu os embargos infringentes como sendo a modalidade de recurso a ser utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal como fez quanto aos outros tribunais previstos na carta magna. Tal omissão favorece as seguintes reflexões: É possível o regimento interno do Supremo Tribunal Federal prever recurso cabível contra as decisões proferidas por esse órgão quando a Constituição Federal de 1988 assim não o fez? É possível se admitir os embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em matéria penal, não como um recurso em si, mas sim como uma mera técnica de julgamento que vise produzir maior segurança as suas decisões? Tendo em vista que o Pacta de San Jose da Costa Rica determina que todo culpado deverá ter direito a ampla defesa e contraditória quanto a sua condenação, o Supremo Tribunal Federal poderia se utilizar dessa premissa para “constitucionalizar” os embargos infringentes previsto no seu regimento interno?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre repercute em toda a sociedade, sendo certo que eventuais ações posteriores que tramitem no Supremo Tribunal Federal poderão ou não utilizar do recurso em comento. Trata-se de mais uma modalidade de defesa do réu que poderá a vir ser manejada em âmbito de última instância, ou em primeira e única, instância, podendo inclusive rever o acórdão final proferido pelos ministros da suprema corte.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar discutir se a utilização dos embargos infringentes pelo Supremo Tribunal Federal violou diretamente a Constituição Federal de 1988 ou se foi mais uma inovação jurídica que vise resguardar direitos fundamentais, tais



como a ampla defesa, contraditório e liberdade individual, diante do atual panorama da sociedade. Pretende-se, ainda, analisar se admitir um direito não estático, porém modificado pelo Judiciário, pode ou não acarretar insegurança jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a que a Constituição Federal de 1988 delimitou todo o aspecto recursal dos tribunais, não fazendo previsão do manejo dos embargos infringentes no âmbito do da corte suprema, razão pela qual há quem defenda pela inconstitucionalidade do Regimento Interno do STF, que assim o fez.

Segue-se estabelecendo, no segundo capítulo, um esclarecimento de que com o advento do novo Código de Processo Civil, este diploma não trata mais dos embargos infringentes como um recurso em si, mas sim como uma mera técnica de julgamento, razão pela qual há quem defenda que a CRFB/88 deve ser interpretada à luz do atual panorama social atual para permitir a sua interposição em face das decisões não unânimes no Supremo Tribunal Federal.

O terceiro capítulo destina-se a revelar a função precípua do Supremo Tribunal Federal como a última instância que ainda pode resguardar e implementar os direitos fundamentais dos indivíduos, razão pela qual suas decisões devem estar calcadas no máximo de efetividade e segurança possível. Busca-se, ainda, demonstrar com base nessa premissa a necessidade cada vez maior de adoção dos ditames consagrados pelo Pacta de San Jose de Costa Rica, o qual visa mundializar os direitos humanos.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa do instituto e as posições defendidas na doutrina, legislação e jurisprudência.

1. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO ÂMBITO DA CORTE SUPREMA POR FALTA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL



Segundo Guilherme Souza Nucci¹, o recurso de embargos infringentes é uma espécie de recurso privativo da defesa, que visa garantir ao réu uma nova análise da matéria que foi decidida pela corte julgadora. Será cabível quando a matéria foi decidida sem que tenha havido unanimidade de votos e desde que pelo menos um destes votos tenha sido favorável ao réu.

Os embargos infringentes têm como objetivo ampliar o quórum de julgamento, ou seja, obrigar que a câmara toda seja chamada para decidir a matéria. Isso porque, no Tribunal de Justiça, por exemplo, a câmara é composta por cinco desembargadores, participando da votação dos recursos apenas três deles. Com a interposição dos embargos infringentes os outros dois desembargadores, que não participaram do julgamento a princípio, serão chamados a decidir novamente a questão.

Trata-se, portanto, de uma segunda chance conferida ao réu, em homenagem ao princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que trata de interesse individual ligado a um dos bens jurídicos mais importantes do sistema jurídico brasileiro, qual seja, a liberdade do indivíduo. Por esse motivo, foi atribuído ao réu a possibilidade de manejar o referido recuso.

Conceituado o instituto, passa-se a analisar a sua constitucionalidade quando manejado contra as decisões não unânimes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes de tudo, importante trazer a ressalva feita por Guilherme Souza Nucci² de que quando houver ação penal de competência originária, em caso de recebimento da denúncia, ainda que tenha sido decidida por maioria dos votos, não cabe embargos infringentes por ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal.

Veja-se que nessa primeira hipótese, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se preocupam em obedecer estritamente ao princípio da legalidade. Assim, não se conhece da

¹ NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1018.

² *Ibidem*, p. 1020.



interposição dos embargos infringentes em sede de grau superior de jurisdição quando a competência for originária em face da decisão de recebimento da denúncia.

A controvérsia surge quando os embargos infringentes são interpostos contra a decisão final prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação originária. Isso porque, o artigo 333 do Regimento Interno deste Tribunal admite a interposição nesta situação³: “Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal [...]”.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para legislar sobre direito processual no seu artigo 22, I⁴. Diante dessa atribuição, ficou incompatível e não recepcionada perante a Constituição quaisquer normas processuais ou procedimentais que não tivessem origem e respeitassem o rigoroso processo legislativo perante o Congresso Nacional.

Além disso, o Poder Constituinte de 1988, ao inaugurar o ordenamento jurídico com uma nova carta magna, esgotou expressamente no artigo 102 da Constituição da República⁵, de forma detalhada, toda a competência recursal cabível no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo notório a ausência de previsão legal dos embargos infringentes para tanto.

Evidente que o legislador não possuía qualquer interesse em admitir os embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no entanto, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a corte suprema continuou admitindo a autorização contida no seu regimento interno. Inclusive, isso pode ser verificado no julgamento da famosa Ação Penal (originária) 470/MG, conhecida por “mensalão”, em que por seis votos a cinco (6 x 5), afirmou a validade do artigo 333 do Regimento Interno.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 06 out. 2015.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

⁵ *Ibidem*.



A corte máxima adotou a tese da recepção e não da revogação do artigo 333 do seu Regimento Interno, sob o fundamento de que não haveria incompatibilidade entre as normas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 tem como escopo garantir ao máximo possível os direitos fundamentais dos indivíduos. Entendeu o Supremo que admitir os embargos infringentes acaba por fomentar não só o duplo grau de jurisdição, como também o direito à ampla defesa e ao contraditório⁶.

No que tange à adoção do segundo grau de jurisdição em sede de ações originárias perante o Supremo Tribunal Federal, Eugênio Pacelli⁷ leciona que a Assembleia Constituinte de 1988 detinha liberdade para definir as competências originárias do órgão supremo, bem como as dos demais tribunais, sendo certo, portanto, que foi o próprio constituinte quem decidiu por afastar a aplicação do duplo grau de jurisdição nestas decisões.

Além disso, o duplo grau de jurisdição, significa a reanálise da matéria por um órgão distinto daquele que prolatou a decisão. Partindo dessa premissa, verifica-se inviável, mais uma vez, e sob mais um fundamento, a possibilidade de interposição dos embargos infringentes, uma vez que as decisões das turmas do Supremo Tribunal Federal, no máximo, poderiam ser reanalisadas pelo plenário – que continua dentro do mesmo órgão. Tal impossibilidade se dá em razão da falta de previsão expressa de competência para outro órgão fazer as vezes de um setor recursal⁸.

Portanto, não faz sentido submeter a um novo julgamento a matéria que foi anteriormente decidida por meio de amplo exercício de ampla defesa e contraditório, precedido de logos debates e prolatado por um grande número de ministros. Não foi essa a intenção do constituinte de 1988 que ao deixar de prever os embargos infringentes no âmbito do Supremo

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AP 470: Ministro Celso de Mello vota pelo cabimento de embargos infringentes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idconteudo=248624>>. Acesso em: 06 de out. 2015.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 986.

⁸ *Ibidem*, p. 987.



Tribunal, de certa forma, estava tratando de forma igual os desiguais na medida de sua desigualdade.

Aquele que recebe uma sentença condenatória proferida por um juiz singular ou por três desembargadores, terá direito à revisão do processo, no entanto, aquele que recebe uma decisão condenatória prolatada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, após longos anos de debate sobre o tema e estando a corte composta por vários ministros de notável saber jurídico, não deve ser admitida a revisão do seu julgamento, sob pena de violação ao princípio da igualdade e de acarretar insegurança jurídica em toda coletividade.

Ademais, é contraditório não admitir o manejo dos embargos infringentes quando do recebimento da denúncia em sede de competência originária, sob a justificativa de que não há previsão legal que admita, e no momento da prolação da decisão final, que também não possui previsão legal de interposição do referido recurso, admitir.

Por fim, Eugênio Pacelli⁹ ainda traz uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal na APF 470 defendendo que a análise do processo penal deve ser sistemática, levando em consideração todas as regras ditadas em sede jurídica, sob pena de trazer contradições legais. Por isso, admitir o duplo grau de jurisdição em face da decisão final da suprema corte no julgamento da ADPF 470 - em sede de ação originária - levaria a obrigatoriedade de anular todas as condenações ali proferidas quando a decisão fosse não unânime, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

2. OS EMBARGOS INFRINGENTES NÃO COMO RECURSO, MAS COMO TÉCNICA DE JULGAMENTO NO CPC DE 2015

⁹ Ibidem, p. 988.



A Constituição da República de 1988 consagrou, dentre outros princípios basilares, o princípio da ampla defesa e do contraditório. Ambos visam a proteção do indivíduo que está utilizando da máquina jurisdicional, ao estabelecer que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ou seja, sem que se manifeste e seja devidamente ouvido.¹⁰

O princípio do contraditório apresenta-se como um dos institutos basilares do ordenamento jurídico constitucional democrático, haja vista que permite que a parte se defenda de eventual acusação contra si. Veja que a conotação do instituto não é de apenas consagrar um direito fundamental, mas também uma garantia de que em momentos oportunos possa se valer de provas que demonstrem a veracidade dos fatos.¹¹

No contraditório, portanto, há uma troca. Ou seja, o juiz deve admitir que as partes dialoguem sempre que oportuno, trazendo suas provas, pontos de vista acerca dos fatos e fatos que acreditam ser verdadeiros para que tudo isso seja devidamente ouvido pela outra parte e pelo juiz. O contraditório se perfaz na possibilidade de ouvir e ser ouvido no âmbito processual.

¹²

A ampla defesa, por sua vez, guarda relação com o princípio do contraditório, e o antecede de certa forma, pois visa a estabelecer o direito e garantir a possibilidade de se defender. Como o próprio nome já diz, a parte terá amplo direito a trazer aos autos toda matéria de defesa que achar suficiente e necessária na busca da procedência do seu pedido, independente da esfera jurisdicional que esteja litigando: cível ou criminal.¹³

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 400.

¹¹ *Ibidem*, p. 401.

¹² *Ibidem*.

¹³ AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2015, p. 374.

Norberto Avena leciona que:

A ampla defesa não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais.”, ou seja, existe um momento certo para ser praticada a ampla defesa, e o procurador da parte acusada deverá respeitá-lo tendo como consequência da não observância à comprovação da revelia, por exemplo, na não observância do prazo para apresentação de contestação.¹⁴

A ampla defesa é um direito e não uma subversão de valores. A parte não pode valer da sua própria torpeza para utilizar-se do instituto como forma de burlar eventuais obrigações que devem ser atendidas no processo. Em razão da pureza que a ampla defesa traz consigo, qual seja, a de simplesmente possibilitar o julgamento justo perante as partes, é que o Supremo Tribunal Federal adotou a possibilidade de manejo dos embargos infringentes em sede de julgamento de ação originária.¹⁵

Para a Corte Suprema, permitir, ainda que em uma última vez, que a parte se defenda e seja ouvida não fere a Constituição Federal. Com espeque no princípio da Unidade da Carta Magna, deve o julgador interpretá-la considerando a sua unicidade, de modo que eventuais antinomias aparentes devem ser resolvidas com base na ponderação de interesses.¹⁶

Admitir a ampla defesa e o contraditório nesses casos, segundo o Supremo Tribunal Federal, é sopesar de um lado a omissão meramente procedimental do constituinte originário e o dever relevante, máximo e contínuo de concretizar sempre e em todos os casos os direitos e garantias fundamentais. Aceitar os embargos infringentes é, portanto, oferecer a parte um julgamento soberanamente justo.¹⁷

A presente discussão pode ter seu fim no sentido proposto, dando espaço a um novo panorama sobre o tema. É que a discussão surgiu em razão da omissão constitucional dos

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRANCO, op. cit., p. 401.

¹⁶ PACELLI, op. cit., p. 986.

¹⁷ Ibidem.



embargos infringentes no rol dos recursos possíveis perante o Supremo Tribunal Federal, porém, o Código de Processo Civil de 2015 revoga os embargos infringentes do ordenamento.¹⁸

O que passa a ter com o advento do novo Código de Processo Civil, desde o projeto substitutivo da Câmara de Deputados¹⁹, é uma nova técnica de julgamento que passou a ser denominada de “suspensão de julgamento de acórdão não unânimes”. Tal técnica deve ser realizada de ofício pelo julgador, sob pena de nulidade absoluta do julgamento.

O deputado Paulo Teixeira assim prelecionou por meio de relatório apresentado no momento da votação da técnica no âmbito de sua casa:

Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.²⁰

A técnica mencionada foi devidamente acolhida e sancionada no bojo do novo Código de Processo Civil em seu artigo 942, pois determinou que quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, veja:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

¹⁸ REVISTA DINÂMICA JURIDICA. *Embargos Infringentes de Ofício: Leitura do Art. 942 do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistadinamicajuridica.com.br/?p=997>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

¹⁹ DOS DEPUTADOS, CÂMARA. Projeto de lei 8.048/10. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332450>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

²⁰ *Ibidem*.



II - da remessa necessária; III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.²¹

Conforme pode extrair do artigo supracitado a nova técnica de julgamento somente pode ser manejada contra decisão não unânime proferida em sede de ação rescisória e agravo de instrumento. Trata-se de um rol expressamente previsto que ainda não ensejou discussões sobre a sua amplitude, ou seja, se seria taxativo ou ampliativo. Certo é que o referido dispositivo veda a sua utilização no âmbito do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; do julgamento da remessa necessária e – mais importante – da decisão não unânime proferida pelos tribunais em plenário ou pela corte especial.²²

Tal previsão dilapida mais uma vez, sob o aspecto formal, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal admitir os embargos infringentes nas ações originárias por ele julgadas, seja porque o referido recurso deixa de existir no ordenamento jurídico com o advento do Código de Processo Civil de 2015, seja porque a técnica de julgamento que sucedeu os embargos infringentes não admite que seja utilizada em face de decisão não unânime proferida pelos tribunais em plenário ou pela corte especial.²³

Essa última impossibilidade se dá porque o regimento interno do Supremo Tribunal Federal atribui no seu artigo 5º, X a competência do plenário para julgamento das ações originárias. Logo, eventual decisão não unânime proferida nesta ação estaria restrita a fazer coisa julgada no seu próprio acórdão diante da vedação expressa de aplicação da técnica de julgamento previsto no Código de Processo Civil de 2015.²⁴

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

²² REVISTA DINÂMICA JURÍDICA. op. cit.

²³ JUS NAVIGANDI. *Embargos Infringentes em sede de ação penal originário no âmbito do STF*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/32963/embargos-infringentes-em-sede-de-acao-penal-originario-no-ambito-do-stf>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 24 fev. 2016.



Embora a intenção da Corte Suprema tenha sido a de dar concretude aos direitos e garantias fundamentais, mormente a ampla defesa e o contraditório, está notório que o legislador não aceita que para tanto a Corte se valha do manejo dos embargos infringentes como forma de reanalisar o julgamento proferido em sede de ação originária. Logo, diante da atual divergência entre o regimento interno do Supremo Tribunal Federal e da Constituição da República de 1988 aliada ao Código de Processo Civil de 2015, aquele passa a não mais poder ser aplicado na parte que trata do manejo dos embargos infringentes.²⁵

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES POR CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. É POSSÍVEL?

O Pacta de San José da Costa Rica possui previsão da ampla defesa e ao contraditório por meio do direito ao recurso destinado a juiz ou a Tribunal Superior, nos termos do artigo 8º, item 2, alínea “h”; artigo 7º, item 6, veja:

Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal: 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.²⁶

Com base nessa premissa começa-se a pensar se não seria possível manter e até mesmo admitir a aplicação dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal a título

²⁵ Ibidem.

²⁶ BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> >. Acesso em: 15 març. 2016.



de concretização dos princípios consubstanciados no Pacta San José da Costa Rica, ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha revogado os embargos infringentes.²⁷

Esse raciocínio, a princípio é possível porque o Pacta San José da Costa Rica foi internalizado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e mais tarde, em julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, recebeu o status de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal, porém hierarquicamente superior a toda a legislação infraconstitucional, como é o Código de Processo Civil.²⁸

Segundo Paulo Bonavides, a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe para a interpretação do ordenamento jurídico a chamada “teoria material da Constituição”, na qual ficou estabelecido que a essência do texto constitucional não está apenas prevista literalmente numa lei ou norma, mas na vontade do titular do Poder Constituinte, que é o povo. Com base nesse raciocínio, é possível reconhecer que existam normas constitucionais propriamente ditas, ou seja, que tratam de direitos fundamentais, fora do texto formal da Constitucional. É admitido, portanto, que tratados internacionais tratem de princípios e garantias fundamentais, como no caso do Pacta San José da Costa Rica.²⁹

Essa questão teve a oportunidade de ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários de nº 466.343³⁰ e 349.703³¹, nos quais a corte aproveitou para rever sua jurisprudência acerca dos efeitos que os tratados internacionais sobre direitos humanos operam dentro do sistema brasileiro. Para a Corte, a aplicação do artigo 5º, §3º da

²⁷ DIAS, Fábio Coelho. *Princípios constitucionais à luz do Direito Processual Penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8453&revi..>.

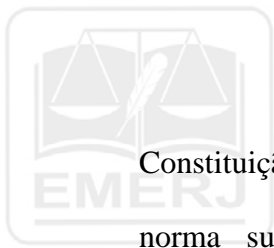
Acesso em: 15 de març. 2016.

²⁸ Ibidem.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 176.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 15 de març. 2016.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510_RE_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf>. Acesso em: 15 de març. 2016.



Constituição Federal a um tratado internacional de direitos humanos confere a ele status de norma supralegal e a principal consequência disso é a não possibilidade de lei infraconstitucional poder ir contra os seus ditames.

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:

§ 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.³²

Sendo uma norma supralegal, eventual regulamentação em lei infraconstitucional de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não pode contrariar as previsões trazidas pelo tratado internacional sobre direitos humanos internalizado. Tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 até poderia revogar os embargos infringentes, ao passo que permita também o manejo de recurso contra as decisões proferidas em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, bem como contra a decisão proferida por esta Corte em sede de ação originária.³³

Com base numa interpretação extensiva do que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários de nº 466.434 e 349.703, poderia chegar à conclusão de que a revogação dos embargos infringentes não deixou de ter aplicabilidade, mas a ela aplicou-se um efeito paralisante já que era o único recurso possível de ser utilizado em contra as decisões proferidas pela Suprema Corte.³⁴

Do mesmo modo, o artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal [...]”, estaria concretizando direitos trazidos pelo Pacta de San José da Costa Rica ao permitir expressamente a impetração dos embargos infringentes

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 març. 2016.

³³ DIAS, op. cit.

³⁴ Ibidem.



contra as decisões proferidas em sede de última instância ou em casos de ações originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal.³⁵

Entretanto, embora o raciocínio até aqui depreendido tenha sido no sentido de que seria possível a aplicação dos embargos em sede recursal sob a ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos, vulgo Pacta San José da Costa Rica, surge um problema: A revogação dos embargos infringentes trazida pelo Código de Processo Civil acarreta na ausência de regulamentação no ordenamento jurídico.³⁶

Embora o regimento interno do Supremo Tribunal Federal admita sua aplicação, foi silente quanto a sua regulamentação, a qual estava a cargo do Código de Processo Civil de 73. Também, não se admitiria tal regulamentação pelo Regimento Interno, pois esbarraria no princípio da separação de Poderes, uma vez que é de competência privativa da União legislar sobre processo civil, nos termos do artigo 22, I da Constituição Federal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]”.³⁷

CONCLUSÃO

O manejo dos embargos infringentes em sede de ação originária ou em última instância no Supremo Tribunal Federal, suscita a dúvida se seria possível a modulação dos efeitos das normas previstas no Código de Processo Civil de 1973 para com isso efetivar sua aplicação no caso concreto, ainda que sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, em verdadeira homenagem ao princípio da ultratividade.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 març 2016.

³⁶NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2016, p. 826.

³⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 març. 2016.



É certo que o Código de Processo Civil de 2015 quando quis que os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 continuassem a ser aplicados, o fez expressamente nas suas disposições finais. Portanto, não há dúvidas de que o legislador teve a intenção afastar a existência dos embargos infringentes do ordenamento jurídico, pois se assim não quisesse guardaria um artigo ao final remetendo o aplicador do direito as disposições do código anterior, como fez com outros artigos. Ademais, o legislador trouxe uma nova técnica de julgamento muito se assemelha ao procedimento dos embargos infringentes, o que demonstra mais uma vez a sua intenção de retirar o recurso do ordenamento, visando a maior celeridade dos procedimentos.

De um lado, não caberia ao Supremo Tribunal Federal determinar a aplicação retroativa dos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil de 1973, sob pena de violação a Separação dos Poderes. Todavia, de outro lado, nada impediria que quando provocado decidisse pela aplicação da nova técnica de julgamento trazida pelo artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 nas situações que antes caberiam embargos infringentes, como nos casos previstos em seu Regimento Interno.

Inúmeros são os impactos que o novo Código de Processo Civil trouxe sobre todo o ordenamento jurídico, mormente em matéria penal. A discussão aqui abordada ficará a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando provocado e da doutrina moderna. No mais, um fato é certo: Caso a Ação Penal (originária) 470/MG, conhecida como “Mensalão” fosse julgada após o advento do Código de Processo Civil de 2015, todos os réus que se beneficiaram em sede de embargos infringentes, estariam cumprindo pena na forma da condenação.

Portanto, é possível verificar que uma mudança legislativa pode mudar o rumo da história de um país, como no caso da Ação Penal (originária) 470/MG em 17/02/2014, que poderia ter sido julgada de forma totalmente diferente caso os embargos infringentes não



estivessem mais em vigor ou poderia acarretar na provocação necessária para que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse quanto a aplicação da nova técnica de julgamento trazido pelo Novo Código de Processo Civil, em homenagem aos princípios previstos na Carta Magna e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

**REFERÊNCIA**

AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 març. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 349.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510_RE_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf>. Acesso em: 15 de març. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 15 de març. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver_texto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso em: 15 març 2016.

DIAS, Fábio Coelho. *Princípios constitucionais à luz do Direito Processual Penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8453&revi..>. Acesso em: 15 de març. 2016.

JUS NAVIGANDI. *Embargos Infringentes em sede de ação penal originário no âmbito do STF*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32963/embargos-infringentes-em-sede-de-acao-penal-originario-no-ambito-do-stf>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2016.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

REVISTA DINÂMICA JURÍDICA. *Embargos Infringentes de Ofício: Leitura do Art. 942 do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistadinamicajuridica.com.br/?p=997>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AP 470: Ministro Celso de Mello vota pelo cabimento de embargos infringentes.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idconteudo=248624>>. Acesso em: 06 de out. 2015.

UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO MEDIDAS PARA REDUZIR OS DANOS

Marcelle Raschik Riche

Graduada pela Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro. Servidora Pública.

Resumo: A superlotação e as condições degradantes dos presídios no Brasil geram graves danos àqueles que ingressam no sistema carcerário. Trata-se de realidade que não pode ser ignorada pela sociedade nem pelo poder público, pois violadora de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e de direitos previstos na lei de execução penal. Assim, tais danos devem ser evitados e, quando já consumados, reparados. A essência do trabalho é abordar as propostas que visam melhorar as condições de cumprimento da pena, propostas que visam a evitar que novos danos ocorram e também propostas que visam reparar os danos já consumados.

Palavras-chave: Direito Penal. Finalidades da Pena. Responsabilidade Civil.

Sumário: Introdução. 1. Finalidades do cárcere. 2. Superlotação e condições precárias. 3. Redução dos danos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a situação do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil. Procura-se analisar se os presídios cumprem o papel de ressocialização do preso e as possíveis formas de reduzir os danos morais oriundos da superlotação dos presídios.

Para tal, serão exploradas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de discutir as várias propostas de redução dos danos decorrentes das condições degradantes do cárcere.

A Lei n. 7.210/1984 institui a função social da pena, qual seja, a ressocialização do detento. Ocorre que a realidade está muito distante disso. Essa situação gera as seguintes reflexões: é possível que a finalidade ressocializadora da pena seja alcançada? Diante das

condições precárias de cumprimento da pena, quais são formas de evitar o cometimento de danos aos presos e quais são as formas de reparação dos danos já consumados?

O tema é controvertido na doutrina e na jurisprudência e merece atenção, uma vez que é sempre questionada a atuação do poder judiciário na efetivação de direitos fundamentais em uma postura ativista.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as teorias acerca da finalidade da pena privativa de liberdade e qual foi o modelo adotado pelo Brasil.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, quais as reais condições de cumprimento da pena, as violações aos direitos fundamentais que são cometidas no cárcere e se, diante delas, é possível que a ressocialização do preso seja alcançada.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a necessidade de se buscar formas de evitar que novos abusos sejam cometidos, através de intervenção do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais e as formas de reparação dos danos já consumados.

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

1. FINALIDADES DO CÁRCERE

De acordo com o artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Dessa forma, o magistrado, ao cominar a pena, deve ponderar o mal praticado e a conduta do agente, a fim de se chegar a um resultado justo, sempre atentando para os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.



Para tratar da finalidade da pena, a doutrina se divide em três grupos de teorias, a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista. São diferentes formas de abordagem científica da pena, a fim de solucionar o problema da criminalidade.

Para os adeptos da teoria absoluta, também chamada de teoria retributiva da pena, a pena retribui um mal praticado. A pena é tida como um instrumento de vingança contra aquele que praticou o crime. Assim, não há um fim socialmente útil para o cárcere, sendo este um fim em si mesmo, ou seja, um castigo.

A teoria absoluta da pena surge no contexto do Estado absolutista. Nesse sentido, explica Bitencourt:

Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se a pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.¹

A teoria relativa da pena, também chamada de teoria preventiva, atribui à pena a missão de evitar que no futuro se cometam novas infrações penais. Essas teorias surgem no contexto do iluminismo, na transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal. Percebeu-se que era melhor prevenir os delitos do que puni-los. Essa teoria se funda no critério da prevenção, se bipartindo em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

A prevenção geral busca um controle da violência, de forma a reduzi-la ou até evitá-la. Essa teoria é direcionada à coletividade. A prevenção geral pode ser negativa ou positiva. Pela prevenção geral negativa, a pena aplicada no caso concreto repercute na sociedade, intimidando e desestimulando o cometimento novos delitos. Pela prevenção geral positiva, a pena reforça a confiança da sociedade na validade e na força de suas normas, gerando uma necessidade de observância de certos valores para o convívio social.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.



Por outro lado, a prevenção especial é direcionada a pessoa do condenado. Essa teoria também se subdivide em prevenção especial positiva e prevenção geral negativa.

Para a prevenção especial positiva, a finalidade da pena é a ressocialização daquele que praticou o crime, através de sua correção, buscando que esse indivíduo desista de cometer novos delitos. A pena é uma forma de tratamento do condenado que, através dela, se tornaria apto ao convívio social. Entende-se necessário adequar o sujeito ao seu retorno à vida em sociedade, pois era comum que o mesmo voltasse a delinquir quando do cumprimento de sua pena.

Pela prevenção especial negativa, aquele que praticou o crime é neutralizado através da sua segregação. Busca-se evitar a reincidência através da neutralização total do sujeito, por meio de penas perpétuas, penas de morte e isolamento.

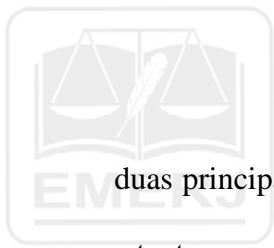
A teoria mista ou unificadora surge, no início do século XX, como uma forma de unificar as teorias supracitadas. A pena seria capaz de retribuir o mal praticado, mas também seria capaz de desestimular a prática de novos delitos e ressocializar o condenado. Assim, a finalidade de retribuição e a finalidade de prevenção coexistem. Para os adeptos dessa teoria, não basta que a pena tenha uma finalidade, pois os fenômenos sociais são complexos, gerando consequências diversas. Essa teoria parte de uma visão crítica às teorias monistas da pena.

Assim afirma Bitencourt:

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa 'unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem'. Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional desta.²

Por muitos anos, a pena possuiu apenas a finalidade de repressão. Posteriormente, ela passou a ocupar uma função de prevenção. Nos dias atuais, utiliza-se a conjugação das

² Ibid., p. 155.



duas principais finalidades da pena, quais sejam, a reprovação e a prevenção social, de forma a tentar se evitar que o apenado volte a delinquir.

Observa-se que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora da pena, pois, conforme já destacado, o artigo 59 traz tanto a necessidade de prevenção quanto a necessidade de reprovação do crime. Não há prevalência do caráter retributivo ou do caráter preventivo, pois ambos coexistem, sem que haja hierarquia.

Percebe-se que, juntamente com a evolução da sociedade, as teorias das finalidades da pena foram evoluindo e se afastando das penas violentas e corporais, passando para penas mais humanizadas, buscando uma adequação à visão garantista de direito penal e aos princípios constitucionais.

É importante destacar que a pena deve buscar um fim compatível com os princípios constitucionais, visto que vivemos a chamada constitucionalização do direito penal. Assim, o cárcere deve ser visto como medida excepcional, de *ultima ratio*, somente sendo viável quando não existirem outras formas no ordenamento jurídico de conservar a ordem social. O direito penal deve ser pautado, sobretudo, pelo princípio da mínima intervenção e pelo seu caráter subsidiário, decorrência lógica do princípio da dignidade humana.

2. SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES PRECÁRIAS

Em 2014, um relatório feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ³ sobre a população carcerária brasileira apontou que o déficit de vagas do sistema chega ao número de 728.235. Isso porque o total de pessoas presas ou com mandado de prisão em aberto é de 1.085.454, enquanto que a capacidade do sistema é 357.219 vagas. Em razão dos novos dados

³Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf > .
Acesso em: 29 de fev. 2016



divulgados, o Brasil passa a ter a terceira maior população prisional do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

Verifica-se que a crise do sistema carcerário brasileiro não tem como única causa a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais, outro fator determinante para o agravamento da situação é a precariedade das instituições carcerárias e as condições subumanas na qual vivem os presos.

Recentemente, em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 defendendo que o sistema carcerário brasileiro passa por um “Estado de Coisas Inconstitucional” e requerendo que o STF declare a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal perpetrada no âmbito desse sistema. O objetivo da ação é fazer com que o poder judiciário determine que os entes federativos adotem providencias objetivando sanar tais violações.

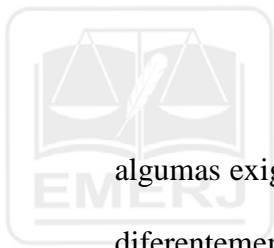
O termo “Estado de Coisas Inconstitucional” surgiu na Colômbia em 1997 e descreve uma situação em que há uma violação generalizada de direitos fundamentais de um grande número de pessoas. A violação de tais direitos se consolida com a inércia do poder público ou mesmo com sua incapacidade em adotar medidas a fim de reverter tal situação gravosa.

De acordo com o Ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347:

A maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.⁴

Nesse sentido, são diversos os fatores que contribuíram para a atual realidade do sistema prisional brasileiro. O cenário atual é de completa inobservância pelo Estado de

⁴ Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 02 de fev. 2016.



algumas exigências mínimas para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Isso porque, diferentemente do que se observa prática, a administração do cárcere deve zelar pela proteção dos direitos fundamentais das pessoas que nele se encontram, a fim de possibilitar o alcance das finalidades da pena em questão.

O primeiro fator a contribuir para a supracitada crise é o total descaso do Estado com o tema. Nesse sentido, explica Rogério Greco:

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos.⁵

Observa-se que a manutenção de presídios aptos a cumprir com a finalidade para a qual foram criados não é pauta relevante para o governo. Em última análise, trata-se de reflexo dos interesses da sociedade, que não pensa no tema como um problema, mas sim como uma punição merecida àquele que cometeu o crime.

Outro fator que pode ser elencado para a análise da questão é a fiscalização ineficiente do sistema prisional pelos órgãos competentes. O Poder Judiciário, a Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público devem tomar medidas conjuntas que visem o combate à corrupção, ao desvio de verbas públicas e que fiscalizem a administração de tais recursos públicos. Assim, a culpa pela falência do sistema não deve ser exclusivamente atribuída ao Poder Executivo.

A ausência da fiscalização adequada dos presídios inclui também a ausência de fiscalização sobre as pessoas que neles trabalham. O cenário atual é de total despreparo dos funcionários que atuam dentro do sistema prisional. Nesse sentido, uma parcela desses funcionários se aproveita da situação de superioridade em que se encontram para auferir vantagens dos presos e de seus familiares.

⁵ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 226.

Rogério Greco alerta que:

Como já vimos, não é incomum, inclusive, que funcionários cometam violências sexuais contra os presos ou seus familiares, até mesmo como forma de favorecimento para ingresso de algo que seria normalmente proibido (drogas, armas, telefones celulares etc.). As mulheres que visitam seus maridos, ou algum parente aprisionado no sistema, são humilhadas com revistas vexatórias, obrigadas a ficar completamente nuas, muitas vezes sob os olhares e toques de homens que não deveriam e nem poderiam estar cumprindo aquelas funções.⁶

Além do despreparo daqueles que estão em contato imediato com o preso, o poder público falha mais uma vez ao não oferecer ao encarcerado programas capazes de estimular a sua ressocialização. Isso contribui para a ociosidade dentro do cárcere e também para que os criminosos contumazes que se encontram encarcerados exerçam influência sobre aqueles que ingressaram no sistema pela primeira vez.

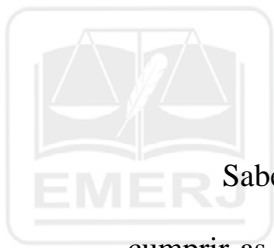
Nesse sentido, o quadro atual de superlotação dos presídios brasileiros retrata a total falência do Estado em reinserir o condenado na sociedade. O excesso de leis penais incriminadoras e o uso desenfreado da privação cautelar da liberdade são fatores decisivos para a superlotação do cárcere.

A pena privativa de liberdade, que teve seu surgimento intrinsecamente ligado à substituição das penas cruéis, atualmente não consegue garantir as necessidades mais básicas do condenado, nem mesmo a dignidade daquele que ingressa no sistema.

Dessa forma, vários são os fatores que contribuíram para que chegássemos ao atual quadro de precariedade do sistema prisional brasileiro. A falta de investimentos e o descaso do poder público e da sociedade em geral sedimentaram um verdadeiro cenário de caos e falência do sistema, incapaz de reinserir o preso na sociedade.

3. REDUÇÃO DOS DANOS

⁶ GRECO, op. cit., p. 230/231.



Sabe-se que o sistema prisional brasileiro está em crise, tanto porque não consegue cumprir as finalidades para as quais a pena privativa de liberdade foi criada, como também porque não consegue garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais mínimos do preso.

Na ADPF 347, sustenta-se que apenas uma atuação conjunta de diversos órgãos públicos e autoridades públicas seria capaz de superar tal quadro. Nesse sentido, diversas são as medidas que podem ser tomadas, como a fundamentação das decisões que decretam prisões cautelares, a realização de audiência de custódia e a imposição de penas alternativas à prisão quando possível.

Tais medidas servem para evitar que novos danos sejam causados àqueles que ingressam no sistema carcerário. Porém, muito se discute sobre a reparação dos danos já causados em virtude da violação de direitos fundamentais dentro de estabelecimentos prisionais.

No Recurso Extraordinário nº 580252, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou a remição de dias de pena no lugar de indenização pecuniária aos presos que sofrem danos morais durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. A ação em questão discute a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de superlotação em presídios.

Assim, sustenta o Ministro Luís Roberto Barroso:

É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.⁷

Nesse sentido dispõe o art. 126 da Lei de Execuções Penais que o “condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”⁸.

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>> Acesso em: 02 de fev. 2016.



O Estado é responsável por garantir condições mínimas para o cumprimento da pena, pela guarda e segurança daqueles que ingressam no sistema carcerário. Quando falha nesse dever, surge a obrigação de reparar os danos sofridos. Assim, na visão do Ministro, a indenização em dinheiro não seria a primeira resposta do Estado, pois pouco eficiente para a reparação dos danos morais experimentados.

A remição surgiria como forma alternativa de reparação, que atenderia melhor os interesses do apenado. A reparação em dinheiro ficaria restrita às hipóteses em que o detento já tenha cumprido a pena integralmente. Assim, o Estado não teria gastos com centenas de milhares de indenizações, podendo, em tese, investir esse dinheiro na melhoria do sistema como um todo.

Nesse contexto, Barroso sugere que haja redução de um dia para cada três dias de cumprimento de pena em caso de violação grave aos direitos da personalidade do preso. Para violações mais leves, aplicar-se-ia a remição mínima de um dia para cada sete dias de cumprimento de pena.

Ainda tratando de formas de reparar os danos sofridos no cárcere, a privatização das prisões surge como uma medida que visa solucionar a crise carcerária vivida em diversos países do mundo. Essa medida começou a ganhar destaque nos Estados Unidos, no final da década de 80, em um contexto de superlotação e alto custo para manutenção dos presídios.⁸

No modelo norte americano, de privatização total, os presídios se transformariam em empresas privadas, com ideais de eficiência e qualidade de serviço. O modelo brasileiro, de privatização parcial, diferentemente do anterior, é caracterizado por uma dupla responsabilidade, do Estado e da empresa que administram conjuntamente o presídio.

Nesse sentido, explica Rogério Greco:

É importante ressaltar que, no mundo, os países que adotaram a terceirização ou mesmo a privatização completa do sistema prisional não conseguiram resolver, completamente os problemas carcerários. Os erros continuam a acontecer. No

⁸ BRASIL, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.



entanto, embora ainda ocorram com frequência, não podemos negar que houve uma melhora significativa da qualidade de vida dos detentos. Isto porque a cobrança a uma empresa privada, sobretudo com a aplicação das penalidades existentes no contrato pela falta de cumprimento das cláusulas nele previstas, tornam a efetivação dos serviços prometidos muito mais fácil. As empresas que não cumprirem o pactuado estarão, portanto, sujeitas a multas altíssimas as quais, possivelmente, se não saldadas, acarretarão sua saída do mercado.⁹

Assim, sustenta-se que o poder público deve promover políticas que visem eliminar ou mesmo reduzir as violações à dignidade do preso. A pena privativa de liberdade deve ser reservada aos delitos mais graves, não podendo ser usada de forma indiscriminada, dentro do contexto brasileiro de inflação legislativa. Além disso, o tempo de cumprimento da pena deve ser respeitado, não se admitindo que o apenado permaneça no cárcere por mais tempo do que aquele fixado na sentença. Ainda, verbas devem ser reservadas à construção de novos presídios, permitindo condições mínimas de cumprimento da pena.

Tais medidas visam a impedir que novos danos ocorram. Contudo, isso não significa que os danos já perpetrados aos detentos devam permanecer impunes. Seja através da proposta do Ministro Luís Roberto Barroso de remição da pena, ou mesmo através da reparação pecuniária, o dano deve ser reparado. Nesse sentido, não deve ser acolhido o argumento, muitas vezes sustentado pelo Estado, de que tal indenização não gera melhora no sistema carcerário como um todo.

CONCLUSÃO

Como exposto, a lei de execução penal instituiu a função social da pena, qual seja, a ressocialização do detento. Tal lei garante diversos direitos aos presos, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, mas não traz as formas para assegurá-los. A realidade atual vivida no cárcere brasileiro é de superlotação, de ambientes insalubres e condições

⁹ GRECO, op. cit., p. 240.



desumanas. Por outro lado, a sociedade brasileira busca penas cada vez mais severas e mais longas, desejo esse que acaba se refletindo nas políticas públicas.

Apesar das diversas deficiências do sistema prisional apontadas ao longo do trabalho, sabe-se que a pena privativa de liberdade é uma medida necessária na forma com que a sociedade atual foi concebida, ou seja, no sistema jurídico vigente. Porém, os estabelecimentos prisionais não podem funcionar como verdadeiras escolas do crime. Para que isso não ocorra, a ressocialização do preso se faz necessária, seja para concretizar os valores previstos no texto constitucional, seja porque o preso de hoje amanhã retornará à vida em sociedade.

São diversas as propostas para redução dos danos oriundos das condições degradantes do cárcere. Em um primeiro momento, as condutas que podem ser suficientemente reprimidas por outros ramos do direito devem ser descriminalizadas, adotando-se a postura do direito penal mínimo. Além disso, o poder público deve promover políticas que visem diminuir as violações perpetradas no cárcere, respeitando o tempo de cumprimento da pena e destinando verbas à manutenção do sistema prisional em condições mínimas. Por outro lado, após o dano já ter sido consumado, deve ser efetivada a sua reparação, seja através da remição da pena, ou mesmo através da reparação pecuniária.

Dessa forma, a sociedade e as autoridades devem se conscientizar no sentido de buscar trazer a humanidade para o cumprimento da pena privativa de liberdade, efetivando os valores previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal e mesmo, por último, evitando que os egressos do sistema carcerário voltem a delinquir.



REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252 Relator: Ministro Teori Zavascki.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>> .
Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 Relator: Ministro Marco Aurélio Mello.
Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>> . Acesso em:
13 set. 2015.

BRASIL, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> .
Acesso em : 13 set. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

AS ASTREINTES E A EFETIVIDADE JURISDICIONAL DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Marcelle Rosa da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Federal
Fluminense. Advogada.

Resumo: Nos dias atuais, há grande preocupação com o acesso à Justiça. Mas apenas o alcance ao processo de conhecimento e à obtenção de uma sentença não satisfaz o demandante. A finalidade da lide jurisdicionalizada é garantir a efetividade do cumprimento do pleito a que tinha razão aquele que demandou. Para tanto, necessária a utilização de meios de coerção para que se preserve não apenas o provimento judicial, mas o direito subjetivo em si. Com esse propósito, instituiu-se a multa periódica. Todavia, junto com ela se instituiu a possibilidade de sua redução, o que pode gerar grande enfraquecimento de sua força, e por consequência, da autoridade do Judiciário.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Astreintes. Cumprimento de Sentença. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. A destinação dos valores das astreintes no CPC/73, no CPC/15 e sua natureza jurídica. 2. A redução dos valores acumulados a título de astreintes e suas consequências. 3. Do dever do exequente com fundamento no princípio do *duty to mitigate the loss* e a vedação ao enriquecimento sem causa na jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo a discussão sobre a efetividade das astreintes como meio de coerção para o cumprimento voluntário das obrigações de fazer, não fazer e de entrega da coisa determinada em sede de antecipação de tutela e sentença.

Afinal, há grandes debates na atualidade sobre o acesso à justiça e sobre a efetividade da prestação jurisdicional. Não basta que se alcance um provimento judicial favorável, principalmente no que se refere às obrigações de fazer. Necessita-se de prestação positiva do demandado e muitas vezes personalíssima, em que não se admite tutela específica ou substituição por terceiro que preste similar serviço.



Com esse plano de fundo, percebe-se que é necessária a existência e regulamentação de meios de coerção indireta para a fase de execução e que sejam esses efetivos quanto aos seus objetivos primários.

No primeiro capítulo do trabalho a ser elaborado, há a preocupação em se analisar se a destinação das astreintes para o autor da demanda é devida, vez que essas funcionam como modo de coerção de decisão judicial, tendo caráter predominantemente processual. Por tal razão, seus valores tem como base o que é necessário a compelir o devedor, e não o que é pertinente a título de indenização para o autor.

Em um segundo momento, haverá a análise das frequentes reduções dos valores acumulados a título de astreintes pelo Judiciário, após a determinação da multa e o não cumprimento da obrigação de fazer.

O terceiro capítulo destina-se ao estudo sobre as consequências dessa redução em relação a credibilidade e coercibilidade das astreintes nas tutelas consumeristas. Para tanto, serão analisados o dever do exequente com fundamento no princípio do *duty to mitigate the loss* e a vedação ao enriquecimento sem causa na jurisprudência.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é discutir se a tentativa de se reduzir os valores acumulados a título de astreintes para evitar o enriquecimento sem causa pelo demandante é a melhor forma de adequá-los ao seu caráter de multa processual e não meramente indenizatória.

Para tanto, defende-se a necessidade de manutenção dos valores acumulados a título de multa periódica, quando tal aumento é decorrente da inércia e do descaso do próprio executado. Sem deixar de observar os deveres do exequente, com base no *duty to mitigate the loss*, derivado da boa fé objetiva que orienta nosso ordenamento pátrio.

A pesquisa que se pretende realizar durante esse trabalho tem sua metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, vez que se utiliza basicamente como fontes de doutrinas, legislação, artigos científicos e jurisprudência.



1. A DESTINAÇÃO DOS VALORES DAS ASTREINTES NO CPC/73 E SUA NATUREZA JURÍDICA

As astreintes tem a função de ser forma coercitiva para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e até mesmo da entrega de coisa certa após a reforma da lei 10.444/2002. Quando há imposição de tais formas de obrigação, as astreintes devem ser aplicadas pelo magistrado, independente de pedido da parte autora, na forma do art. 287, 461 e 461-A do CPC/73¹ e do art. 537 do CPC/2015².

A finalidade desse instituto é o adimplemento de uma conduta imposta pelo magistrado, seja em sede de antecipação de tutela ou em sentença, nas situações em que não é possível a execução direta, através de subrogação do Estado nas condutas que deviam ter sido cumpridas voluntariamente pelo executado e em que não há o cumprimento voluntário.

Nesse caso, há a utilização das astreintes como mecanismo de coerção para execução indireta, como esclarece Daniel Assumpção³:

Na execução indireta, o Estado-juiz não substitui a vontade do executado; pelo contrário, atua de forma a convencê-lo cumprir sua obrigação, com o que será satisfeito o direito do exequente. O juiz atuará de forma a pressionar psicologicamente o executado para que ele modifique sua vontade originária de ver frustrada a satisfação do direito do exequente. Sempre que a pressão psicológica funciona, é o próprio executado o responsável pela satisfação do direito; a satisfação será voluntária, decorrente da vontade da parte, mas obviamente não será espontânea, considerando-se que só ocorreu porque foi exercida pelo Estado-juiz uma pressão psicológica sobre o devedor.

A referida multa tem caráter primordialmente processual, visto que sua função é a coerção do réu ao cumprimento do determinado pelo juízo. O *quantum* em que essas serão fixadas deve ser forte o suficiente para compelir o devedor a cumprir a obrigação. Contudo, deve-se considerar que em regra os valores arbitrados têm como guia também os possíveis

¹ BRASIL. Lei n. 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

² BRASIL. Lei n. 13.015, de 16 mar. 2015. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 10 out. 2015.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2015. *ebook*.



danos do descumprimento daquela imposição e até mesmo a urgência e o bem da vida a que se visa proteger.

Ou seja, há diversas finalidades para a multa processual: a coerção indireta do demandado, a proteção da ordem judicial proferida pelo magistrado em sede cautelar ou definitiva, mas há ainda uma vinculação ao dano que será causado com nova inércia do executado, apesar de pairar decisão judicial favorável que determine que cessem os prejuízos decorrentes de tal conduta ou omissão.

Nas disposições do CPC/73 não há estipulação clara acerca da destinação a que deve ser dada às astreintes que acumulam quando se perfazem períodos sem que o demandado cumpra a obrigação.

Entende-se atualmente que, no sistema brasileiro, tais valores devem ser destinados ao demandante, por ausência de previsão específica de qualquer outro endereçamento. Discutia-se qual seria a intenção do legislador na formação da norma jurídica e qual o possível entendimento sistemático que se poderia absorver da norma.

No Resp. 949509⁴, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria na jurisprudência em março/2012, afirmando por maioria de votos que os valores devem ser destinados ao exequente da ação.

A destinação para o credor, no sistema nacional, se dá principalmente tendo em vista o princípio da legalidade, já que não caberia interpretação diversa a partir de nenhuma disposição legal sobre o assunto. O CPC/73 é completamente silente acerca da questão, e então, a jurisprudência entendeu que a única interpretação possível de tal normatividade seria o direcionamento dos valores para os próprios credores demandantes.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 949.509-RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 16/04/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0497.rtf> Acesso em: 11 out. 2015.



Contudo, houve votos divergentes, como o do relator Luís Felipe Salomão, que sustentou a divisão da condenação entre o Estado e o demandante, com base no direito comparado e na predominância da natureza processual da multa.

Vale ressaltar que no Direito comparado há três sistemas diversos. Na França, assim como no Brasil, a destinação é para o credor; já na Alemanha, todo o valor é destinado ao Estado, que teve sua ordem violada e desobedecida; por último temos o sistema de Portugal, em que há a divisão dos valores entre o credor e o Estado.

Sendo assim, percebe-se que não há um sistema padrão e uma destinação que seja correta e absoluta. A partir das disposições legais sobre as astreintes, o legislador infraconstitucional pode optar por qualquer um dos sistemas anteriormente narrados.

Todavia, a grande discussão na matéria nacional adveio da falta de disposição legal sobre o assunto, o que será sanado pelo CPC/2015⁵, que expressamente terá disposição sobre a destinação dos valores da multa para o exequente no art. 537, §2º do CPC⁶.

Pacificada na jurisprudência o entendimento sobre a destinação das astreintes no CPC/73, não deixou a doutrina de criticar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo legislador do CPC/2015. Afinal, entendem que muitas vezes há o enriquecimento sem causa pelo demandante, que recebe multa muito além do dano sofrido.

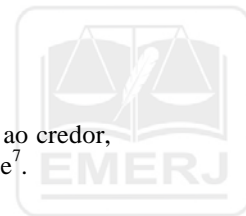
Afinal, o magistrado fixa *quantum* a ser imputado a título de multa a partir do critério da força de coerção para que seja cumprido o dever, conforme se depreende da jurisprudência do STJ:

A natureza jurídica das astreintes - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a

⁵ BRASIL. Lei n. 13.015, de 16 mar. 2015. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 10 out. 2015.

⁶ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Bahia: Juspodium, 2015, p. 441/442.



assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele⁷.

Percebe-se, portanto, que diversas vezes o valor não tem qualquer relação com o dano que é causado ao demandante, que em regra é aquém do necessário a pressionar o demandado a cumprir a obrigação.

Alexandre Câmara⁸ aborda o assunto, afirmando que o valor da multa deve ter como critério a força necessária ao seu cumprimento pelo executado. Sendo assim, sem valor será pautado com base na necessidade de coercitividade para cada decisão, de acordo com trecho abaixo transcrito:

A multa deve ser “pesada” o suficiente para assustar, constranger, sem, contudo deixar de observar o princípio da razoabilidade. Quero dizer com isso que a multa deve ser alta o suficiente para constranger psicologicamente o devedor, mas não pode ir um centavo além do necessário para que tal pressão aconteça.

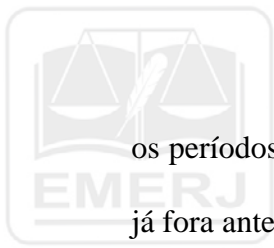
Ocorre que, em diversos casos, a totalidade do valor acumulado das multas periódicas se torna numericamente alto por inércia do executado, que muitas vezes simplesmente ignora o mandamento judicial. Os valores, geralmente aplicados com periodicidade diária, crescem de forma ligeira, e o executado, diante de tal situação, nada faz. Nesses casos, por diversas vezes, o magistrado aplica o art. 461, §6 do CPC/73, realizando a posterior redução do montante cumulado.

Há quem defenda no direito brasileiro que a decisão do magistrado de diminuir a multa aplicada deve-se dar apenas *ex nunc*, pois o crédito ao valor acumulado já integra o patrimônio do demandante, ora credor da obrigação, como o professor Alexandre Câmara⁹. Há, ainda, quem entenda que o magistrado pode reduzir o valor das astreintes não apenas para

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.354.913/TO, Rel. Ministro NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 31/5/2013. Disponível em: < www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0497.rtf > acesso em: 22 fev. 2016.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.54.

⁹ *Ibid.*, p. 55.



os períodos futuros, que ainda vão se vencer, mas também quanto ao valor já acumulado, que já fora anteriormente concedido ao exequente¹⁰.

Daniel Assumpção¹¹ tem interessante posicionamento acerca do tema, por entender que a partir do momento em que a multa tem o seu objetivo frustrado, deixando de ser possível o cumprimento da obrigação imputada, aquela perde seu caráter coercitivo. O valor acumulado, então, passa a ter natureza meramente sancionatória, o que gera possibilidade de diminuição do valor, ainda que de forma *ex tunc*. Afinal, o magistrado estaria revisando valores sancionatórios, e não mais coercitivos, pois teria ocorrido uma conversão da natureza jurídica da multa em apreço.

2. A REDUÇÃO DOS VALORES ACUMULADOS A TÍTULO DE ASTREINTES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Nos casos em que o demandado, após ser condenado a prestar uma obrigação de fazer, não fazer ou dar, realiza conduta contrária, seja de ação ou omissão, e se mantém por longo período em situação contrária ao mandamento judicial, ignorando a ordem do magistrado, há, em regra, grande acúmulo de astreintes.

As multas, na maioria das vezes, são aplicadas com periodicidade diária; o que leva a uma situação de rapidez de acúmulo de valores, caso o demandado ignore a ordem. Todavia, por diversas vezes, o mesmo demandado que não cumpre a ordem – possível de ser prestada – , é aquele que vem ao processo requerer a diminuição dos valores acumulados, conforme art. 461, §6º do CPC/73.

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Direito processual Civil Contemporâneo*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012. *ebook*.

¹¹ NEVES, op. cit., *ebook*.

Nesses casos, há nítida violação da boa-fé processual e especialmente do princípio do *duty do mitigate de loss*. Afinal, o executado está ciente da dívida crescente e da sua obrigação, mas escolhe se manter inerte.

Essa situação ocorre principalmente em razão da certeza que tais executados – em regra grandes empresas em litígios relativos ao direito do consumidor –, tem da aplicação do art. 461, §6º, que faculta a redução pelo magistrado do montante cumulado a título de astreintes quando a dívida chega a patamares elevados.

Sendo assim, há inércia de algumas empresas que não cumprem as ordens judiciais. Muitas vezes não há simples demora, mas nitidamente um descumprimento desmotivado. E as astreintes se acumulam de forma contínua, formando grande monte. Nesses casos, muitas vezes, há a aplicação do art. 461, §6 do CPC/73¹², com a redução posterior pelos magistrados dos valores cumulados e a consequente perda de credibilidade do instituto. Tal mitigação dos valores acaba por gerar futura reiteração de conduta por aquela empresa executada, que confia na redução futura.

Afinal, percebe que se não cumprir a decisão judicial será aplicada multa coercitiva que será futuramente diminuída. Nesse contexto, entende-se que deixa de ter força a forma de pressão prevista em lei e aplicada pelo magistrado para que sejam cumpridas as determinações judiciais.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal¹³ já afirmou que a interpretação sobre a possibilidade de redução do valor das astreintes é pertinente à legislação infraconstitucional. Por tal razão, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça têm importância quanto a uniformização nacional, motivo pelo qual devem ser analisados.

¹² BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 24 de fev. de 2016.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 836.817 AgR, Rel. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+836817%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+836817%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bq2p7yn>. Acesso em: 22 fev. 2016.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça entendia que astreintes tinham que ser proporcionais e razoáveis e os momentos para se verificar tal adequação seriam dois: tanto o momento da fixação do valor periódico em relação a obrigação que devia cumprir, quanto em relação ao valor acumulado a título de astreintes, relativo ao valor total da obrigação principal.

Tal entendimento era realizado principalmente tentando-se evitar o enriquecimento sem causa que poderia ocorrer, vez que como já citado anteriormente, os valores da multa periódica não são fixados em *quantum* necessário a indenizar o demandante que fica sem acesso a prestação; mas sim em montante suficiente a pressionar e realizar a coerção necessária ao cumprimento pelo devedor:

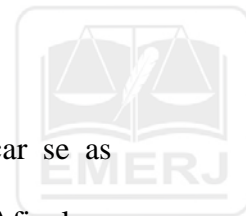
AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. *ASTREINTES . FIXAÇÃO EM VALOR ELEVADO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.* SÚMULA 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS EM SEDE DE AGRAVO 1. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa" (REsp 947.466/PR, DJ de 13.10.2009). Incidência da súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça. (...) 3. Agravo regimental desprovido.¹⁴

Contudo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça¹⁵, pela Terceira e Quarta Turmas – Segunda Seção –, passou a entender que o critério de avaliação para verificar se as astreintes são proporcionais ou razoáveis é a análise dessas em relação à obrigação a que ela se refere; e não o montante acumulado pela resistência de cumprimento pelo demandado.

Ou seja, não importa ao magistrado o montante cumulado. Esse total não deve ser analisado quanto à sua proporcionalidade em relação à obrigação principal. O que se deve analisar é o valor isolado da multa diária e a prestação.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 541.105/PR, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, julgado em 4/2/2010, DJe 08/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=541105&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>> Acesso em 25 de fev. 2016.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1475157/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 06/10/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1475157&b=ACOR&p=true&l=10&i=14>>. Acesso em 26 fev. 2016.



O momento que o magistrado deve submeter a julgamento, para verificar se as astreintes são proporcionais ou razoáveis, é o momento da fixação do valor. Afinal, o montante só aumentará se houver desobediência do demandado, que resistir em cumprir o mandamento judicial.

Esse critério utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça impede a prática anteriormente citada e muito comum nos dias atuais, em que o demandado, de forma deliberada, não cumpre a obrigação ciente do acúmulo dos valores, até que se alcance patamares descomunais. Só então, peticiona ao Poder Judiciário, requerendo a redução, tendo em vista a situação a que o processo chegou e o alegado enriquecimento sem causa da parte contrária:

3. Consoante o entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da astreinte quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de astreinte, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, (...)

4. Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial¹⁶. [...]

O recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi objeto do Informativo 562 de 18 a 28 de maio de 2015, que deve ser transcrito no presente trabalho, por trazer grande enriquecimento ao tema:

[...] Nesse passo, é lícito ao juiz, adotando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, limitar o valor da astreinte, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, nos termos do § 6º do art. 461 do CPC. Nessa medida, a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento de sua fixação em cotejo com o valor da obrigação principal. Com efeito, a redução do montante total a título de astreinte, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, bem como estimula a interposição de recursos com

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1475157/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 06/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1475157&b=ACOR&p=true&l=10&i=14>>. Acesso em 28 fev. 2016.



esse fim, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias. Em suma, deve-se ter em conta o valor da multa diária inicialmente fixada e não o montante total alcançado em razão da demora no cumprimento da decisão. Portanto, a fim de desestimular a conduta recalcitrante do devedor em cumprir decisão judicial, é possível se exigir valor de multa cominatória superior ao montante da obrigação principal¹⁷.

No caso concreto, então, se o a única barreira à execução da multa da forma fixada pelo juiz em sua decisão primária for o descaso do devedor, a redução não se imporá, visto que a análise sobre o excesso dessa não deve se feito sobre a perspectiva de quem, olhando os fatos consolidados no tempo, se depara com comportamento desarrazoado de uma das partes¹⁸.

Quanto a tal temática, deve-se, ainda, abordar a questão da coisa julgada das astreintes. Afinal, se a lei permite a alteração posterior de condenação imposta na sentença, há de se questionar se não seria o caso de violação à imutabilidade das decisões.

Todavia, prevalece hoje que a condenação à multa pode ser revista a qualquer tempo, até mesmo para reduzi-la, o que não violaria o direito adquirido. Argumenta-se que como tal crédito não integra a lide em si, sendo mero instrumento de coerção para a execução da obrigação principal, não haveria coisa julgada material.

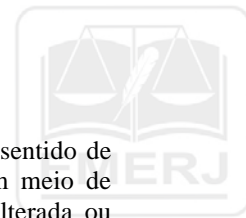
Vale consignar que mesmo quando não houver pedido na inicial ou não houver estipulação na sentença, o magistrado poderá fixar a multa periódica em momento futuro, o que demonstra sua desconexão em relação ao pedido e à causa de pedir.

O Informativo nº 539 do Superior Tribunal de Justiça, de 15 de maio de 2014 pacificou tal entendimento:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO DA DECISÃO QUE FIXA MULTA COMINATÓRIA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). A decisão que comina astreintes não preclui, não

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.352.426-GO, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, julgado em 5/5/2015, DJe 18/5/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100760537>. Acesso em 15 fev. 2016.

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 681.294-PR, , Min Rel. CARLOS ALBERTO BEZERRA DIREITO, julgado em 18/12/2008, DJe 18/1/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=681294&b=ACOR&p=true&l=10&i=21>>. Acesso em 21 fev. 2016.



fazendo tampouco coisa julgada. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a multa cominatória não integra a coisa julgada, sendo apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente. Precedentes citados: REsp 1.019.455-MT, Terceira Turma, DJe 15/12/2011; e AgRg no AREsp 408.030-RS, Quarta Turma, DJe 24/2/2014. REsp 1.333.988-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 9/4/2014.

No citado julgamento, entendeu-se que a decisão que comina as astreintes nem mesmo preclui, muito menos faz coisa julgada material. Logo, não há qualquer óbice para sua análise futura, mesmo que seja após o prazo recursal da referida decisão.

3. DO DEVER DO EXEQUENTE COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS E A VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA JURISPRUDÊNCIA

Outro fator a ser considerado na análise do caso concreto é o interesse do autor em ver a obrigação cumprida, que se perfaz na busca na execução dos valores arbitrados a título de astreintes. Afinal, o ato de constrição e pagamento é o momento em que realmente se verifica a excruciente da multa.

Dever, então, do autor da ação de mitigar seus próprios danos e procurar amenizar suas perdas, decorrente também do consagrado princípio do *duty to mitigate the loss*. Sendo assim, inadmissível também a postura daquele credor que, percebendo que o devedor não vai cumprir a obrigação, nada o faz para que traga coercibilidade para a multa; mas apenas a deixa acumular com o tempo, vindo a juízo requerer o seu valor acumulado apenas quando esse já alcança valores descomunais.

O doutrinador Didier Júnior¹⁹ aborda a temática em artigo próprio, afirmando que:

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. 2009, p.42.



órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um ilícito processual caducificante.

Assim, a *supressio* levaria à perda do direito ao valor acumulado, visto que tal conduta do credor também decorre de um abuso de direito, entendido pela ótica da boa-fé processual, orientadora do ordenamento jurídico (art. 14, II do CPC/73²⁰).

Por tal razão, deve o credor se comportar de forma íntegra para que seja assegurado o seu direito ao valor acumulado a título de astreintes, pugnando pelas parcelas em períodos razoáveis, para que sirvam a execução da coerção ao devedor.

Outro princípio a ser analisado é o da vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito. Predomina-se hoje, segundo o STJ, que não há que se falar em tal questão quanto ao recebimento de valores elevados das astreintes. Afinal, o recebimento dos valores não é injustificado, vez que decorrente de decisão judicial amparada em lei, que apenas se efetivou pela conduta negligente do devedor, que ignorou o mandamento judicial. Esse último, então, tinha plena capacidade de fazer cessar o enriquecimento do credor, a partir do momento que cumprisse a obrigação, o que optou por não fazer ou fazer em exacerbada mora.

Conforme já esposado, esse entendimento não foi sempre o predominante, vez que o Superior Tribunal de Justiça já manteve posição diversa no passado.

Vale ressaltar que o CPC/15, no art. 537, §1º²¹ expõe expressamente que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la”, o que poderia levar a consideração de que apenas a “multa vincenda” poderia ser alterada pelo magistrado. Logo, a multa já vencida e acumulada não seria passível de redução, em caso de se tornar excessiva.

²⁰ BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 24 de fev. de 2016.

²¹ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 24 de fev. de 2016.



Apenas após maior análise já durante a vigência do CPC/2015²² será possível se determinar qual a interpretação do STJ acerca do dispositivo. Nesses momentos iniciais, cabe ressaltar que não haverá grandes alterações, já que o STJ se posiciona atualmente conforme o esposado na recente legislação.

Pressupõe-se, ainda, que será possível, mesmo diante de tal regra legal do art. 537, §1 do CPC/15²³, o sopesamento desse em relação ao princípio do *duty to mitigate the loss* e da vedação ao enriquecimento ilícito. Nesse compasso, apesar da alteração legislativa, não haverá alterações substanciais na prática processual.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.



CONCLUSÃO



Não basta que seja garantido aos cidadãos o acesso à Justiça em seu viés de possibilidade de petição, instrução e sentença. O direito material à efetividade da Justiça é mais amplo, e deve ser compreendido pela satisfação daquele que litiga com razão em seu pleito. Obter o simples decreto condenatório não assegura a reparação daquele que sofreu um dano. É preciso mais.

A execução deve ser realizada, seja de forma voluntária ou coercitiva; e algumas formas de obrigações dependem da vontade do réu para serem cumpridas, não cabendo a outra pessoa substituí-lo. Portanto, deve-se ter especial relevância aos meios coercitivos da sentença condenatória, em especial à multa periódica, para que seja conferida a exequibilidade dos direitos subjetivos.

Sob essa ótica da efetividade, procurou-se demonstrar que as astreintes tem função coercitiva para o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa certa, e por tal razão grande aplicabilidade no sistema atual. Seu caráter processual lhe dá a função de que a parte condenada cumpra o que foi determinado pelo juízo, então, portanto, seus valores devem ter como critério tal coercibilidade, para que seja suficiente a pressionar o demandado.

Apesar de tal critério para a quantificação, entendia-se majoritariamente que no CPC/73 que os valores seriam destinados ao demandante, o que restou expressamente determinado no CPC/2015.

Analisou-se, ainda, os casos em que por culpa do próprio demandado, o multa alcança valores exorbitantes, visto que aquele se mantém inerte frente a uma decisão condenatória com multa diária.

Acredita-se, pela prática, que as empresas contam com a aplicação do art. 461, §6º do CPC/73, que autoriza a redução dos valores quando atingidos valores elevados. Todavia, apesar de ter entendido de forma diversa o STJ por longo período, passou a entender



recentemente que tal redução apenas seria possível quando o valor da multa diária fosse exagerado em relação ao fato, sem se considerar o *quantum* acumulado.

Tal entendimento foi externado no CPC/2015, que expressamente prevê que apenas poderão ser alterados os valores vincendos, o que impedirá a prática maliciosa anteriormente narrada de forma mais uniforme no plano nacional.

Por último, coube citar os deveres do exequente dos valores das astreintes, vez que esses também não podem se utilizar da má-fé em relação a obtenção dos valores da multa. Não se pode aceitar o comportamento daquele que se mantém sem requerer a execução da multa periódica acumulada por longo período, apenas para acumular maior quantia e não alertar o executado.

O objetivo principal é o cumprimento da obrigação imposta na sentença e essa deve ser cumprida, sendo a principal finalidade da lei, e também deve ser a do exequente.

Pelo exposto, pode-se compreender a importância do instituto e a necessidade de não banalização de seus valores e da possibilidade de sua redução, que apenas deve ser utilizado para reformar quantias que foram arbitradas de forma elevada. Não deve ser a redução forma de beneficiar aquele que ignora a própria Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

BASTOS, Fabrício, FLEXA, Alexandre, MACEDO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Rio de Janeiro: Juspodium, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. 2009, p.42.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Bahia: Juspodium, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo: introdução ao processo civil*, Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO Jr., Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, v. 2: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença - Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O COMÉRCIO ELETRÔNICO E AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS NO ATUAL CENÁRIO SOCIAL

Márcia Crystina de Miranda Guimarães

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo: O comércio eletrônico é um instituto de extrema relevância no campo do direito consumerista. Com o avanço das tecnologias, e com as mudanças nas relações sociais, há uma necessidade em criar novas leis que permitam a aplicação efetiva dos contratos eletrônicos. Inegável que o Código de Defesa do Consumidor, apesar de lei especial reguladora das relações de consumo, não se demonstra mais suficiente para ser aplicada aos novos casos, o que dificulta o julgamento pelos Tribunais. A essência do trabalho é revelar como o comércio eletrônico ganhou relevância no cenário jurídico, econômico e social, analisar como os julgadores tem aplicada a Lei ao caso concreto em relação as normas jurídicas existentes e apontar a necessidade de ampliação das leis para regular o tema, e conseqüentemente solucionar, de forma efetiva a lide.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Comércio Eletrônico. Normas Consumeristas. Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. O Código de Defesa do Consumidor e suas aplicações no comércio eletrônico. 2. Das normas aplicáveis aos contratos de comércio eletrônico. 3. O comércio eletrônico e sua influência nas atuais relações sociais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa vem trazer à baila a importância do comércio eletrônico nas relações consumeristas. Com o advento das tecnologias, as relações sociais exigiam dinamismo e praticidade, que passou a ser fornecida por contratos eletrônicos, formalizados no modo *on line*.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado como a maior norma jurídica aplicável as relações consumerista, que atualmente são a grande parcela dos negócios jurídicos celebrados.

Com o crescimento dos contratos de e-commerce havia uma exigência de normas que regulassem esse novo modelo negocial, que se tornou uma realidade jurídica e social.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor por ser norma defasada, não abrange esse novo modelo negocial, em sua plenitude.

Por esse panorama, as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor conseguem regular a relação oriunda do comércio eletrônico? Apesar de não restar dúvida que o comércio eletrônico é uma realidade, qual a fonte que os juristas e aplicadores do direito podem extrair normas que auxiliem o julgamento dos conflitos sem violar os princípios basilares do CDC?

Para a melhor elucidação da temática, objetiva-se demonstrar que o comércio eletrônico é a nova face do mundo moderno, e que esses contratos não podem ter o mesmo tratamento dos negócios jurídicos tradicionais, por possuírem características distintas.

O Código de Defesa do Consumidor ainda figura como principal norma legal usada nas relações concretas, porém a sua aplicação de forma isolada deixa lacunas, uma vez que seus dispositivos não são mais suficientes para regular os negócios eletrônicos.

Considerando a nova realidade social, como os princípios consumeristas são aplicados nos julgamentos do Poder Judiciário, dentro do contexto do comércio eletrônico? O primeiro capítulo apresenta o comércio eletrônico como grande influenciador das relações sociais e como este se faz presente em nossa realidade cotidiana, influenciam as relações consumeristas utilizando os princípios consumeristas como fonte diretiva nos julgamentos.

Até que ponto o Código de Defesa do Consumidor é uma norma atual de modo a assegurar as relações de consumo no comércio eletrônico? O segundo capítulo revelará outras normas aplicáveis aos negócios jurídicos *on line*, em especial o Decreto nº 7.962/2013 que veio regulamentar o CDC, se aplicando ao comércio eletrônico, tendo como primazia revelar a ponderação entre essas normas, respeitando os princípios consumeristas.

Quais as amplitudes do comércio eletrônico dentro do contexto das relações de consumo e como estes contratos são estabelecidos? O terceiro capítulo do artigo expõe a

aplicação do Código de Defesa do Consumidor no comércio eletrônico, por meio de casos concretos e julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de tornar fácil a visualização da problemática levantada.

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

1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUAS APLICAÇÕES NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

No dia 11 de setembro de 2009¹ foi instituído o Código de Defesa do Consumidor. Figurado como uma norma geral, essa Lei veio estabelecer as normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, consoante o seu artigo 1º.

Com o surgimento do capitalismo, houve, conseqüentemente, um aumento significativo de pessoas jurídicas que tinham como objeto principal o fornecimento de produtos e serviços, em diversos ramos, para pessoas jurídicas, e principalmente pessoas físicas.

A Constituição Federal², como ápice normativo em nosso ordenamento, previa em seu artigo 5º, inciso XXXII, a defesa do consumidor como garantia fundamental, tornando essa proteção uma cláusula pétrea, consoante o artigo 60, §4 da Constituição Federal, não sendo permitida qualquer violação ou tentativa de extirpá-la do regime jurídico.

Entretanto, não bastava a preocupação da Constituição Federal com o direito do consumidor, seria necessária uma norma específica que regulasse essas relações,

¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

² 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. 2016.

conceituando o consumidor e o fornecedor, os produtos e serviços, bem como oferecendo proteções a estas relações jurídicas.

Sendo assim, o CDC³ foi implantado como norma principal regulatória dos negócios jurídicos, que já não poderiam mais ser asseguradas apenas pela Constituição Federal⁴ e pelo Código Civil⁵. A especificidade dos contratos de compra e venda, como por exemplo, os elevaram a um patamar diferenciado, e seu objeto passou a ser regulado pelas normas consumeristas.

O CDC, portanto, é considerada uma Lei antiga, pois atualmente possui mais de uma década. Esse entendimento é visto pela defasagem que a Lei deve ser aplicada juntamente com as relações sociais e suas mudanças, em razão de fatores externos, como economia, política, religião, entre outros.

A partir do século XX os sistemas informatizados foram expandidos com o advento de novas tecnologias, e especialmente com o uso da internet. As relações sociais perderam suas barreiras físicas e os consumidores foram mudando os seus hábitos, passando adquirir produtos por meio de sítios eletrônicos, e outros meios informatizados.

Ressalta-se que já o entendimento equivocado sobre o conceito do comércio eletrônico. Alguns doutrinadores entendem que o comércio eletrônico se traduz nas transações realizadas por intermédio da internet, o que erroneamente é ensinado. Em verdade, o comércio eletrônico define-se como a transação realizada por meio eletrônico de dados, normalmente internet. Isto é, os meios eletrônicos não se restringem apenas a internet, mas a aquisição de bens e serviços por telefone, ou ainda em estabelecimentos físicos que forneçam alternativa de aquisição dos produtos e serviços, como máquinas rápidas de compra.

³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴ 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. 2016.

⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

Incontestável que o estabelecimento físico perdeu seu espaço com a expansão do comércio eletrônico. Assim, essas transações *on line* se firmaram com o dinamismo e a praticidade nas relações consumeristas, que em qualquer lugar, a qualquer momento, o consumo pode consumir continuamente aquilo que deseja.

No entanto, não bastam ser explicitados apenas os aspectos positivos, mas apresentar os aspectos negativos: com o comércio eletrônico as aquisições de produtos e serviços elevou-se ao extremo, e os consumidores passaram a adquirir esses bens, mas não conseguiam ter a eficiente prestação do serviço; os preços que eram apresentados nos sítios eletrônicos dos fornecedores não vinculavam as suas ofertas e no ato da aquisição configuravam a abusividade dos preços; os produtos e serviços como eram apresentados por meios eletrônicos, o consumidor surpreendia-se com a falta de qualidade, ou com a ausência de características que eram apresentadas, mas discrepavam do real vendido.

Estes, entre outros conflitos nas relações de consumo, começaram a desaguar no Poder Judiciário para que os julgadores pudessem resolver as lides com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor⁶, aplicando o mesmo regramento das relações consumeristas comuns. Entretanto, há determinadas situações específicas que serão aprofundadas em nosso artigo que revelaram a dificuldade de interpretar a norma consumerista ao caso concreto, uma vez que não há norma legal específica que abranja as situações trazidas pelo comércio eletrônico.

Os princípios consumeristas, assim como os princípios constitucionais, tem na sua intenção primordial a proteção do consumidor como vulnerável técnico. O Superior Tribunal de Justiça, com base na doutrina da Professora Cláudia Lima Marques⁷, entende que a vulnerabilidade técnica se traduz naquele consumidor que “não possui conhecimentos

⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Direito do Consumidor. 7. ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: RT, 2014.

específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação”.

O princípio da boa fé objetiva é o princípio mais importante das relações consumeristas, anterior a figura do comércio eletrônico. Por este princípio, visa constituir um conjunto de padrões éticos de comportamento, em que a culpa ou dolo, ou seja, a vontade de prejudicar, não são consideráveis, e sim a sua conduta de forma objetiva, por ambas as partes da relação jurídica, em todas as fases da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento, e, até mesmo, após a sua extinção.

Por isso exposto, o comércio eletrônico inseriu a figura da boa fé objetiva como princípio basilar de suas relações, uma vez que apenas podemos confiar na contratação, já que o contato pessoal foi afastado, para dar espaço as inovações tecnológicas, sem afastar, logicamente, o consumo.

Os princípios da transparência, informação e segurança, figura como a tríplice fundamental nas relações *e-commerce*. Há uma dificuldade em poder fragmentar estes institutos, uma vez que são complementares, pois a transparência visa assegurar que os negócios jurídicos sejam claros, e para isso é necessário que o fornecedor apresente todas as informações para a efetivação do negócio jurídico, ocasionando a segurança para as partes e para a transação celebrada, o que no comércio eletrônico resta fundamental.

Dentre os diversos princípios que circundam essas relações, aponta-se o último princípio mais relevante ao estudo que é o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor. A sua aplicação é de extrema importância as relações do comércio eletrônico, pois além do consumidor ser a parte mais frágil da relação, considerando que esses contratos são feitos de forma eletrônica, por diversas vezes o consumidor é levado ao erro, sendo necessária a melhor interpretação que assegure a sua transação, protegendo-o das condutas abusivas aplicadas pelos fornecedores.

Por essa análise extrai-se que o comércio eletrônico é um instituto presente em nosso ordenamento, que apesar de não ter tanta divulgação, merece apontamentos individualizados para que essas relações possam ser reguladas com efetividade, sem obstáculos ou lacunas, que ao decorrer deste artigo será desmistificado, com o intuito de trazer à baila pontos relevantes sobre o tema, que passaremos a observar de forma concisa com a análise dos casos concretos, que será exposto no próximo capítulo.

2. DAS NORMAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Os contratos de *e-commerce*, em razão de seu dinamismo, e por sua facilidade em permitir a celebração de negócios por meios eletrônicos, possui uma importância significativa no campo das relações de consumo.

Nessas relações consumistas a principal Lei aplicável aos negócios jurídicos é o Código de Defesa do Consumidor⁸ e em suas normas dispôs sobre a proteção ao consumidor, esclarecendo conceitos, estabelecendo princípios norteadores, prevendo responsabilidade aos prestadores de produtos e serviços, além de sanções, caso a norma seja infringida.

Subsidiariamente, aplicam-se, também, as regras previstas no Código Civil⁹, em seus artigos 421, 422 e 423, de modo a garantir aos consumidores proteção, uma vez que tecnicamente hipossuficientes.

A hipossuficiência, nesses casos, não se refere ao aspecto econômico, ou à vulnerabilidade perante os negócios jurídicos, e sim possui um viés técnico, em que o consumidor, em regra, desconhece as características essenciais do produto, seus vícios ocultos, entre outros pontos técnicos que somente um especialista na matéria possui.

⁸ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

Por essa fragilidade, houve uma necessidade de colocar o consumidor em um patamar de privilégio em relação ao fornecedor, que indiscutivelmente possui vantagens sobre a venda/aquisição de produtos e serviços.

Ademais, a evolução dos meios eletrônicos, apenas intensificou a proteção ao consumidor. O campo do direito da Internet ganhou vulto no mundo jurídico, e em especial no Brasil, por ser um país em constante desenvolvimento e essas relações são atingem vertiginosamente o campo econômico.

A flexibilização de meios pagamentos, como cartões de débitos e créditos, boletos bancários, transferências eletrônicas, vieram para intensificar o consumo e auxiliar a aquisição dos produtos eletrônicos, como celulares, tablets, computadores.

O acesso pelas camadas sociais de todas as classes, inclusive as mais inferiores, foi capaz de produzir uma multiplicidade de relações que a todo segundo se formam, de forma silenciosa, mas gigantesca.

Como decorrência dos efeitos no aumento das celebrações de negócios jurídicos *on line*, há uma necessidade de atualização das normas jurídicas já previstas, como também a criação de legislações novas, com imediata aplicação.

Assim, no dia 15 de março de 2013, o Decreto nº 7.962¹⁰, passou a regulamentar a Lei nº 8.078/90¹¹, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Esta norma mais recente, foi criada após uma década da vigência do Código de Defesa do Consumidor, trazendo pontos específicos sobre temas divergentes no campo do comércio eletrônico.

O artigo 1º do Decreto nº 7.962/13 veio abranger os seguintes aspectos: a) informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; b) atendimento facilitado ao consumidor; c) respeito ao direito de arrependimento.

¹⁰ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

Com relação ao primeiro aspecto este veio confirmar um direito básico do consumidor, previsto no artigo 6º, inciso III da Lei nº 8.078/90¹², que é o direito a informação. Cumpre esclarecer que esse direito básico teve sua redação alterada pela Lei nº 12.741/2012¹³, em que previu: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

O princípio da transparência, que ganhou força com o uso das tecnologias, está intrinsecamente relacionado ao princípio da informação, interpretando-se de modo que o consumidor deve ser informado sobre todos os aspectos de serviço ou produto, portanto revela-se como um direito do contratante da relação jurídica.

Anteriormente, esses princípios não eram valorizados, mas com avançar dos anos e o excesso de falha e vícios no fornecimento de produtos e serviços, ganhou espaço. Assim, o princípio da informação se tornou um dos princípios mais respeitados do Regimento Consumerista.

Por esse tratamento perante o ordenamento obrigou o legislador a tomar um novo posicionamento, por meio do Decreto nº 7.962/13¹⁴ fazendo questão de trazer à baila este princípio e inseri-lo nas relações de contratos eletrônicos, que por si demonstram uma fragilidade em sua celebração.

Essa fragilidade inicia-se com a fase pré-contratual, maciçamente celebrada fora do estabelecimento comercial, sem que o consumidor tenha acesso ao produto físico ou contato com o vendedor que representa o contratado.

¹² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹³ BRASIL. Lei n. 12.741, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112741.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁴ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.



Ato contínuo, celebra-se o negócio jurídico, que em grande parte não possuem contratos físicos ou assinaturas, somente transações por e-mails, ligações telefônicas ou cadastramento em sites, ou por vezes são contratos verbais, sequer reduzidos a termo, deixando os consumidores à mercê da boa fé da empresa contratada.

Assim, o legislador preocupado com a fase pós-contratual a celebração, trouxe a importância do direito de arrependimento, já previsto artigo 49 do CDC¹⁵, assegurando ao consumidor a desistência do contrato, no prazo de sete dias, a contar da sua assinatura ou ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ou o fornecimento ocorrer fora do estabelecimento comercial.

Esse artigo previsto desde o advento do Estatuto do Consumidor, na década de 1990, já previa o instituto jurídico do arrependimento, porém com o aumento dos negócios jurídicos eletrônicos a sua aplicação ganhou relevância.

Além do instituto do direito de arrependimento que já havia previsão, mas sem muita aplicabilidade, o Decreto nº 7.962/2013¹⁶ previu, também, os artigos 2º, 3º e 4º, trazendo hipóteses inovadoras em que o Código de Defesa do Consumidor não havia previsto.

Destaca-se como ponto de maior relevância e que anteriormente ocasionava uma problemática na aplicação das normas consumeristas os contratos de compras coletivas, que são amplamente divulgados e consumidos em nossa sociedade, entre os mais famosos: peixe urbano, hotel urbano, *groupon*, entre outros.

O artigo 3º do Decreto nº 7.962/2013 previu que: “Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no artigo 2º, as seguintes: I- quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II – prazo para utilização

¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁶ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

da oferta pelo consumidor; III – identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º”.

Relevante o inciso III que traz a identificação do fornecedor responsável, uma vez que nestes casos a grande dificuldade do julgador se traduzia em atribuir responsabilidade aos prestadores de serviços, uma vez que o sítio eletrônico e a empresa que presta o produto ou serviço são pessoas jurídicas distintas.

Constata-se, ainda, que as leis são complementares, mas que a necessidade de uma legislação mais específica se fazia necessário, o que não foi totalmente suprido. O Decreto nº 7.962/13¹⁷ não é suficiente para regular os contratos de comércio eletrônico, e a conjunção das Leis é a melhor solução para a aplicação do Direito.

A análise dos casos concretos é importante para entendermos como funciona a aplicação das Leis. Analisarmos a jurisprudência atual auxilia no entendimento de como o comércio eletrônico ganhou modelagem em nosso ordenamento jurídico, e este ponto será exposto no terceiro capítulo.

3. O COMÉRCIO ELETRÔNICO E SUA INFLUÊNCIA NAS ATUAIS RELAÇÕES SOCIAIS.

O terceiro capítulo traz à baila um estudo mais prático e dinâmico sobre o comércio eletrônico, por meio da análise de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça, referente aos pontos já explanados nos capítulos anteriores.

Em um julgamento no dia 16.12.2015, houve a exposição de forma clara e precisa sobre o tema central estudado no presente artigo: comércio eletrônico. Este julgamento foi proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela Desembargadora Relator Regina Lúcia Passo, conforme colacionado abaixo:

¹⁷ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

D E C I S AO Agravo de Instrumento. Direito Processual Civil. Ação de Anulação de Negócio Jurídico c/c Indenizatória por Danos Morais e Materiais. Deferimento da Tutela Antecipada determinando a suspensão das parcelas lançadas na fatura do cartão de crédito do autor. Compra de produto via comércio eletrônico. Autor que não recebeu produto idêntico ao adquirido no site da empresa Ré. Manutenção da Decisão. A narrativa, somada ao conjunto probatório aqui colacionados, trazem consigo elementos suficientes, capazes de demonstrar, com certeza e segurança, a verossimilhança do direito invocado (*fumus boni iuris*) e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). Incidência da súmula nº 59 do TJ/RJ. Precedentes citados: 0045406-20.2015.8.19.0001 – AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. MAURO MARTINS – Julgamento: 04/06/2013 – SEXTA CÂMARA CÍVEL; 0022488-56.2014.8.19.000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. FLÁVIO MARCELA DE A. HORTA FERNANDES Julgamento: 02/07/2015 – VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.¹⁸

Outro ponto que merece destaque é o direito de arrependimento, com previsão no artigo 49 do CDC¹⁹ e no Decreto nº 7.962/13²⁰, em que o contrato de consumo concluído fora do estabelecimento comercial, não exige motivação para a sua rescisão, após o recebimento do produto ou do serviço.

O julgamento do Superior Tribunal de Justiça²¹, que defende a aplicação do instituto, traz o posicionamento explanado, a título de exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. SÚMULA Nº 283/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282/STF E 211/STJ. COMPRA. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PRAZO LEGAL. ART. 49 DO CDC. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese. 2. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido, enseja o não conhecimento do recurso, incidindo o enunciado da Súmula nº 283/STF. 3. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, de dispositivos apontados como violados no recurso especial, incidem as Súmulas nºs 282/STF e 211/STJ. 4. Conforme o disposto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 (sete) dias, sem nenhuma motivação. 5. Agravo regimental não provido.(STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AgRg no Ag 1388017 RS 2011/0015554-4. Data de publicação: 08/10/2013)

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0065325-92.2015.8.19.000. Relator: Regina Lucia Passos. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br/scripts/weblinl.mgw>. Acesso em: 16 mar. 2016.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁰ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag 1388017 RS 2011/0015554-4. Relator: Ricardo Villas Bôas Cuevas. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/246/09170/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-1388017-rs-2011-0015554-4-stj>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Extraí-se, por meio do julgado, que o direito de arrependimento não exige a motivação do consumidor para rescindir o contrato. Apesar de ser um posicionamento criticável, uma vez que beneficia aos consumidores de má fé, inclusive colocando a segurança jurídica em situação frágil, este posicionamento é importante aos consumidores que se surpreendem com as graves falhas prestação do serviço ou do produto, e as expectativas frustradas, em razão da fragilidade nas celebrações negociais.

Sobre a responsabilidade do fornecedor, manifestou-se favoravelmente ao consumidor o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que tem entendido pela responsabilidade dos sites, que apesar de divulgarem o produto/serviço, auferem lucro com a atividade desempenhada, devendo, portanto, serem responsabilizados. Um julgado recente do ano de 2016, vem, também demonstrar a importância do princípio da informação nestes casos:

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. COMPRA COLETIVA. DIÁRIAS DE HOSPEDAGEM. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INFORMAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA.

Sentença de improcedência. Hipótese que versa sobre falha na prestação do serviço, incidindo o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art.27 do CDC, não havendo que se falar em decadência. Legitimidade passiva do sítio eletrônico que é evidente, uma vez que auferir lucro mediante o anúncio de serviços e produtos. Apelado que responde pelos vícios dos produtos e serviços anunciados em seu sítio eletrônico por seus parceiros comerciais, uma vez que auferir lucro com a atividade, na medida em que parte do valor arrecadado com as vendas reverte em seu benefício próprio. No caso, é incontroverso que a autora adquiriu junto ao réu pacote de serviços que incluía 7 (sete) diárias de hospedagem até o dia 20/12/2012 e que, ao solicitar, em 02/11/2012, a reserva das diárias, fora informada de que não havia mais disponibilidade de vagas. Réu que sequer menciona haver informado à consumidora no sentido de que as reservas estariam condicionadas à disponibilidade da pousada ou, ainda, acerca do prazo de antecedência em que deveriam ter sido solicitadas. Restituição, na forma simples, da quantia despendida pela autora, que se impõe. Dano moral existente. Sentença que merece reforma, a fim de condenar o réu a restituir, da forma simples, a quantia despendida pela autora, bem assim ao pagamento de indenização por dano moral arbitrada em R\$2.000,00. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO²².

22 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0018307-74.2013.8.19.0023. Relator: Maria Luiza Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500182719>>. Acesso em: 09 mar. 2016.



Compreende-se que o Decreto nº 7.962/13²³ trouxe, de forma clara, o que o Código de Defesa do Consumidor²⁴ não teve a capacidade de fazer. Assim, a importância dessas normas jurídicas importantes para regular situações, em que antes eram engendradas de insegurança jurídica, porém hoje já podem ser aplicados precedentes e entendimentos mais consolidados aos casos concretos.

Conclui-se, incontestável, que o comércio eletrônico nas atuais relações sociais é importante, e que o Direito não pode mais ignorá-lo, ou entendê-lo como uma mera aplicação das relações consumeristas, pois o tema exige mais especificidade. Há, ainda, a necessidade de novas normas jurídicas que possam ser aplicadas aos casos concretos trazendo a segurança que esses contratos exigem.

CONCLUSÃO

O comércio eletrônico se traduz em um novo modelo de celebração de negócios jurídicos, em que se passou a não mais respeitar a formalidade antes exigida, com contratos escritos e presenciais. Esse novo panorama trouxe uma flexibilização das formas contratuais, para a oralidade, a desnecessidade de assinatura física e celebrações fora dos estabelecidos comerciais.

A compreensão desse novo modelo ao ordenamento jurídico brasileiro restou importante, ante a importância que os contratos de e-commerce ganharam no cenário jurídico, econômico, e especialmente nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei recente que regula as relações de consumo, possuindo princípios que protegem os consumidores viabilizam a correta prestação do produto e do serviço. Ocorre que esta lei como demonstrado não é suficiente para regular

²³ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

esses novos contratos eletrônicos em razão de sua nova tecnologia ter ganhado espaço no ramo do Direito.

A busca por legislação específica se alonga até o presente momento, já que o Código de Defesa do Consumidor não é suficiente para abarcar todas as relações que são celebradas a todo instante.

O Decreto nº 7.962/13 veio para abordar novos aspectos do comércio eletrônico, e com este capaz de regular situações que antes eram ignoradas, ou desconhecidas em como a legislação seria aplicada, como as compras coletivas.

Andou bem o legislador ao dar atenção especial a estas situações protegendo o consumidor vulnerável. Os acórdãos relacionados demonstram como essas demandas inflam o Poder Judiciário, sendo sua atuação cada vez mais relevante e necessária.

Por fim, há ainda a necessidade de novas legislações que possam regular essas situações que estão cada vez mais presentes na sociedade. O comércio eletrônico é uma realidade que não pode mais ser ignorada. Assim, as novas relações de consumo com essa nova face tecnológica precisa ser protegida, preservando as relações, e respeitando o princípio maior da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2015

_____. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 set. 2015

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.



_____. Lei n. 12.741, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112741.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: RT, 2014.

SALGARELLI, Kelly Cristina. *Direito do Consumidor no Comércio Eletrônico - Uma Abordagem Sobre Confiança e Boa-fé*. 1. ed. São Paulo: Cone Editora. 2010.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Edipro. 2010.



A BUSCA DA PRIMAZIA DO MÉRITO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Marco Antônio da Silva Gomes Junior

Graduado em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA – Campos Tijuca. Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), diversos conceitos acerca da condução do processo estão sendo revistos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria, dentre eles qual seria afinal a real necessidade das regras processuais, dificultar ou facilitar a prestação jurisdicional. Logo busca este trabalho elucidar essa importante mudança de paradigma acerca do processo civil brasileiro, passando a encarar o processo como um meio para a busca do seu resultado prático, qual seja, a pacificação dos conflitos sociais.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Primazia. Mérito

Sumário: Introdução; 1. Inafastabilidade do controle jurisdicional e sua amplitude; 2. A primazia do mérito como norma fundamental no novo processo civil 3. A primazia do mérito e sua importância no processo civil. Conclusão. Referências

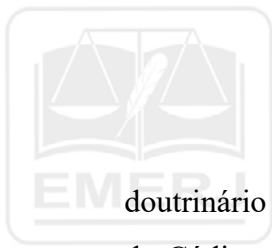
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute acerca da mudança de paradigma trazida pela Lei nº 13.105/2015 no tocante a dar ao processo civil um papel de meio para o fim a que se destina, devendo o processo colimar em dar às partes a satisfação de seus interesses. Procura-se demonstrar a problematização de um processo moroso voltado para si e os benefícios de um sistema voltado à pacificação social.

Para isso, serão abordadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema, além da realização de uma interpretação da norma em si, sob o prisma principiológico e constitucional.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV, prevê o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Segundo ele, nenhuma lesão ou ameaça a direito estará excluída de apreciação pelo Poder Judiciário. A partir desse dispositivo parte-se para a seguinte reflexão: O acesso ao Judiciário se perfaz apenas com a possibilidade de ajuizar a demanda ou é necessária uma solução de mérito para o caso, satisfazendo os anseios sociais?

O debate acerca da amplitude de tal norma já é há muito tempo controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tendo ganhado um novo capítulo com a aprovação, pelo Legislativo Federal, do texto do Código de Processo Civil Brasileiro no ano de 2015.



Para um melhor entendimento acerca do tema, apresenta-se um breve histórico doutrinário e jurisprudencial sobre como era tratada a questão sobre a solução do mérito à luz do Código de Processo Civil de 1973, bem como as tendências de pensamento sobre o tema que se desenvolveram ao longo dos anos e a evolução até se chegar a redação do atual diploma legislativo. Pretende-se também estabelecer um debate sobre o atual pensamento assim como o que se esperar de mudanças nos próximos anos.

Inicia-se o primeiro capítulo com uma explanação sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional bem como a amplitude do referido direito fundamental.

Continua o trabalho, em seu segundo capítulo, estabelecendo a visão processual anterior e o novo paradigma adotado pelo texto legislativo estudado (Lei 13.105/2015).

Já no terceiro capítulo é feito um estudo acerca do princípio da primazia do mérito em si, esclarecendo sua origem, bases axiológicas, fundamentos e objetivos.

No quarto capítulo, busca-se realizar uma análise pormenorizada do objeto tratado, verificando os reais interesses na sua adoção, nas consequências fáticas e jurídicas acarretadas, bem como o que se esperar desta nova visão de processo.

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

1. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E SUA AMPLITUDE

Nas fases primitivas da civilização, inexistia um Estado com soberania e autoridade para impor o direito acima da vontade dos particulares. Além da inexistência de um Estado forte, em tais fases não havia sequer as leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa de outrem, tratava de obtê-la com sua própria força e na medida dela. A esse regime dá-se o nome de autotutela. Coexistindo com a autotutela, havia a autocomposição, pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do seu interesse ou de parte dele para chegar a uma composição¹. Com a criação e formação dos Estados modernos desapareceram quase todas as formas primitivas de autotutela, passando ao Estado o poder dirimir os conflitos sociais conforme o direito posto, sobrepondo-se a vontade das partes a fim de promover a pacificação social.

O artigo quinto, inciso XXXV da Constituição Federal Brasileira de 1988² in verbis: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O referido preceito tem por objetivo impedir que práticas ilegais e abusivas acabassem por contaminar a sociedade e ficassem sem controle por parte do Estado. Trata-se de uma garantia não só para a coletividade, mas também a cada um dos jurisdicionados.

Diante dessa garantia constitucional discute-se muito acerca de sua amplitude bem como qual o papel do Estado no programa da referida garantia. O direito de ação constitucionalmente previsto teria o escopo de apenas permitir ao jurisdicionado demandar ou, além de acessar fisicamente a estrutura judiciária, teria ele direito a uma efetiva resposta, seja ela positiva ou negativa?

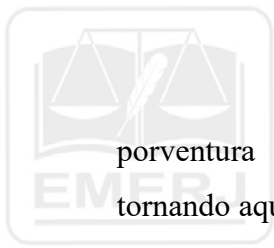
A doutrina³ costuma distinguir o direito de ação sob os prismas constitucional e processual. No primeiro caso afirma-se ser um direito incondicionado, por isso não podendo a lei afastar ou impedir sua utilização, enquanto no segundo prevalece o entendimento de que o seu exercício condiciona-se ao preenchimento de requisitos mínimos, chamados pela doutrina de condições para o exercício do direito de ação ou, simplesmente, condições da ação.

Além dessa distinção trazida, também se discute se o acesso à justiça é garantido ao permitir ao jurisdicionado somente ajuizar a demanda ou se, uma vez proposta, é dever do Estado conceder uma resposta efetiva (positiva ou negativa), solucionado a lide. Nesse ponto específico o processo sempre foi visto como um meio para a solução da lide, porém os vícios

¹CINTRA, Antônio Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

³ Ibid., p. 30-34



porventura existentes acabavam por inviabilizar a concessão da prestação jurisdicional, tornando aquele instrumento inócuo para o fim a qual se destina.

Segundo Antônio Herman V. Benjamin, o acesso à justiça pode ser definido de três formas: (I) em sentido restrito, diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos bem como a um juiz natural para a composição de litígios; (II) em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos, garantindo acesso a mecanismos de solução de conflitos tanto judiciais quanto extrajudiciais; (III) em acepção integral, significa “acesso ao Direito”, ou seja, acesso à ordem jurídica conhecida, justa e implementável⁴.

Em explanação acerca do acesso à justiça, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth dividiram em três ondas os movimentos renovatórios do acesso à justiça. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça, verificando-se no ordenamento jurídico pátrio principalmente com a entrada em vigor da Lei 1.060/1950⁵ e como a criação das Defensorias Públicas da União e dos Estados. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça, trazido no Brasil com os mecanismos de tutela coletiva, como a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965)⁶, Lei de Ação Civil Pública (Lei Lei 7.347/1985)⁷, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)⁸, dentre outros. A terceira onda, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas, neste sentido impondo ao Magistrado fazer valer o poder geral de efetivação, buscando meios idôneos para a prestação da adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional⁹.

Assim, ao se buscar uma efetividade no processo, o que se tem em vista é a preocupação em utilizá-lo como um meio para a satisfação das pretensões legítimas dos litigantes. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, efetividade se obtém através de um

⁴BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 77.

⁵BRASIL. Lei n. 1.060 de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁶BRASIL. Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁷BRASIL. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁸BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.13.

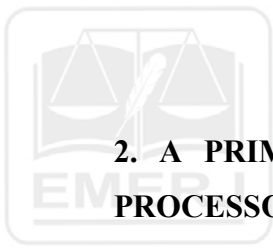


“programa básico” em que conste: (I) Instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento bem como outras posições jurídicas de vantagem, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; (II) Estes instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminados ou indetermináveis o círculo dos eventuais sujeitos; (III) Visa assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (IV) Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (V) tal resultado deve ser atingido com o mínimo dispêndio de tempo e energias¹⁰.

Diante disso, verifica-se que o processo tem um resultado almejado que deve ser alcançado. Porém esse resultado deve ser apto a não só garantir todos os direitos assegurados, mas também fazê-lo de uma forma célere, ágil e eficaz. Por isso as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que processo efetivo “é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”¹¹.

¹⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 329.

¹¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49



2. A PRIMAZIA DO MÉRITO COMO NORMA FUNDAMENTAL NO NOVO PROCESSO CIVIL

O novo código de processo civil é estruturalmente distinto do anterior. O primeiro ponto destacável é a introdução de uma parte geral, em que os dispositivos trazidos consubstanciam verdadeiros princípios estruturantes do processo. Assim, tais normas devem servir de base na interpretação das demais normas.

No primeiro capítulo, disposto no novo código, encontram-se os dispositivos que formam a base do sistema processual vigente. Alguns destes princípios possuem derivação direta dos princípios constitucionais vigentes desde 1988 e outros são corolários deles como, por exemplo, boa-fé objetiva e cooperação, conforme disposto no art. 6º da Lei 13.105/2005¹². Não é por outro motivo que o artigo 1º do aludido diploma legislativo dispõe que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

O artigo 4º da Lei 13.105/2015 faz alusão a dois princípios em seu texto, quais sejam, o da duração razoável do processo e o da primazia da resolução do mérito. Dispõe tal dispositivo que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

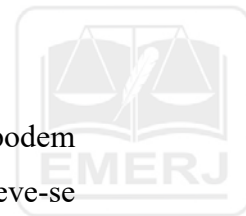
Consolida-se assim um princípio processual fundamental: deve-se dar primazia à resolução do mérito sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos impeditivos eventualmente surgidos.

É claro que numa primeira leitura do tipo legal o intérprete verifica a expressão “prazo razoável”, idêntica àquela prevista no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Republicana, dispositivo este que contempla no plano constitucional a duração razoável do processo. Porém o diploma processual vai além, ao informar que além da celeridade processual as partes tem direito a solução do mérito da lide, assegurando assim uma atividade satisfativa.

O juiz deve buscar superar os vícios existentes no processo estimulando, permitindo e viabilizando às partes a correção de tais vícios, a fim de que haja a possibilidade de exame do mérito e resolução do conflito apresentado. A primazia do mérito compreende a instrumentalidade das formas, permitindo o prosseguimento do feito quando o vício apresentado não acarreta prejuízo as partes demandantes ou ao julgador¹³.

¹²BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016

¹³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84

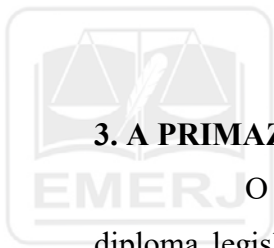


É preciso compreender que os requisitos de validade do processo não podem caracterizar a inadmissibilidade ou inviabilidade da ação. No modelo processual atual deve-se perquirir se a invalidade apurada acarreta em prejuízo a algum interesse juridicamente protegido apto a ensejar sua declaração. Assim, a exigência formal estabelecida somente deve ser acolhida se gerado prejuízo.

Para a aplicação desse princípio o novo código permite a identificação de diversas regras necessárias a permitir que sejam removidos os obstáculos existentes e impeditivos da solução da lide, facilitando a produção dos resultados jurídicos almejados.

É preciso entender que muita das vezes até para o réu é interessante um julgamento de improcedência ao invés de uma extinção do processo sem julgamento de mérito, em razão da aptidão da primeira decisão de tornar-se imutável e indiscutível fazendo coisa julgada matéria, enquanto a segunda deixa em aberto a situação jurídica e gerando consequentemente insegurança jurídica.

Por força de tal princípio, busca-se combater fenômenos como o da jurisprudência defensiva e a inefetividade da prestação jurisdicional. A decretação de uma nulidade, a extinção de uma ação sem julgamento do mérito e o não conhecimento de um recurso interposto serão condutas legítimas mas excepcionais, devendo ser oportunizada às partes demandantes a oportunidade de sanar eventuais vícios corrigíveis.



3. A PRIMAZIA DO MÉRITO E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil trouxe uma profunda mudança em relação ao diploma legislativo anterior. O primeiro ponto que merece destaque é a existência de uma parte geral que traz dispositivos que servem de norte para a interpretação das normas atinentes a todos os procedimentos legais em matéria civil. Tanto é assim que o livro I, título único, capítulo I é designado como “das normas fundamentais do processo civil”

É neste capítulo, mais precisamente no art. 4º¹⁴, em que se situa o princípio da busca da primazia do mérito

O referido dispositivo, além de reproduzir parcialmente o princípio da duração razoável do processo cujo assento constitucional encontra-se no art. 5º, inciso LXXVIII¹⁵, traz a determinação de que as regras processuais que disciplinam o processo civil devem ter como premissa a preferência e a prioridade pela busca do mérito, ou seja, deve o Estado assegurar ao demandante a solução da lide posta em juízo.

A primazia do mérito, princípio basilar do regramento processual civil brasileiro, abrange de certa forma outro princípio processual, qual seja, a instrumentalidade das formas. Conjugando ambos os princípios verifica-se a necessidade de o magistrado, na condução do processo, atentar-se às finalidades dos atos processuais e, caso atingidas, produzir os efeitos desejados. Eventuais vícios não devem ser óbices ao aproveitamento dos atos processuais, devendo haver colaboração tanto das partes quanto do juiz no sentido de atingir o mérito da lide, buscando a pacificação social, em atenção ao disposto no art. 6º do mesmo diploma processual.

Conforme previsão expressa na Lei 13.105/2015, em seu art. 282 § 2º, quando o juiz puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Significa dizer que eventuais vícios de nulidade sanáveis devem ser superados quando não influir na decisão do magistrado bem como não prejudiquem qualquer das partes.

Dispõe o novo diploma processual em seu art. 317 que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, caso seja possível, corrigir o vício e possibilitar a análise do mérito. Trata-se de reflexo da primazia do mérito bem como da instrumentalidade das formas, pois visa aproveitar os atos até então praticados e evitar o fim do processo sem mérito, ferindo um postulado processual fundamental. Deve-se

¹⁴BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

considerar que cabe ao magistrado apontar em sua decisão o vício impeditivo de apreciação do mérito em observância ao princípio da cooperação¹⁶.

Outro aspecto positivo do princípio refere-se ao combate a chamada jurisprudência defensiva dos tribunais, tão criticada por aqueles que militam no judiciário. Muitas demandas acabam sem solução jurídica em virtude da atuação dos tribunais, principalmente em virtude de práticas que obstam a análise do mérito tanto em grau originário quanto em grau recursal, atendo-se a formalismos exacerbados que em nada influenciam na análise da questão posta em juízo.

Tal combate se mostra evidente no disposto no art. 1.029, § 3º do Código de Processo Civil¹⁷. O referido dispositivo assevera que os Tribunais superiores poderão desconsiderar eventuais vícios formais do recurso interposto tempestivamente ou determinar sua correção, caso não se esteja diante de vício de natureza grave. Tal expediente sempre foi utilizado pelas instâncias extraordinárias, que recorrentemente negavam seguimento a recursos diante de vícios insignificantes que em nada obstavam a apreciação do mérito da demanda.

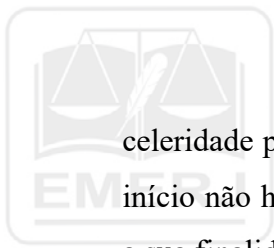
Outra disposição relevante diz respeito ao preparo dos recursos. O art. 1007 da Lei 13.105/2015¹⁸, em seu parágrafo 2º, estabelece que somente implique em deserção ao recorrente se, uma vez intimado na pessoa de seu advogado para efetuar o recolhimento do preparo, esse não o fizer em 5 dias. Logo, deve-se oportunizar ao recorrente prazo para que efetue ou complemente o preparo feito a menor, aplicando-se ao recorrente a penalidade prevista no § 4º do mesmo dispositivo. Observa-se assim clara preocupação com a análise do mérito e a tentativa de se evitar métodos que de driblar um exame aprofundado da causa. Neste sentido é o enunciado nº 215 do Fórum Permanente de Processualista Civis, o qual entende como superado o enunciado nº 187 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça que considerava deserto o recurso interposto para o STJ que não apresentasse o recolhimento do preparo devido.

O NCPC trouxe em seu texto entendimento doutrinário consolidado referente a prática de ato processual antes do termo inicial do prazo. Dispõe ao art. 218, § 4º que será tempestivo o ato praticado antes de iniciado o prazo dele. Isso se deve, pois havia entendimento jurisprudencial no sentido de considerar extemporâneo recurso apresentado antes de iniciado o prazo, em total descompasso com a instrumentalidade das formas e

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 154

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016

¹⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016



celeridade processual. Ora, se a parte abdica de seu prazo e pratica o ato antes mesmo de seu início não há qualquer motivo plausível para impedir a apreciação de tal ato, tendo cumprido a sua finalidade e não acarretado qualquer prejuízo às partes.

O estudo processual atual adota a premissa de que as normas procedimentais devem ser vistas como meio para a finalidade principal do processo, qual seja, a solução do conflito de interesses posta em juízo. Para isso é imprescindível que o instrumento não seja visto como um fim em si mesmo e sim como um meio hábil para o deslinde da causa.

O novo diploma processual abandona uma postura antiga e inadequada de culto ao formalismo exacerbado e passa a eleger o mérito como objetivo maior a ser alcançado, conferindo a esse uma preponderância sobre os demais temas submetidos ao juiz. Tal fato não cerceia o juiz de, por exemplo, extinguir a ação sem julgamento do mérito, porém este tipo de resultado passa a ser exceção, só sendo admitido quando esgotadas todas as possibilidades de sanas os entraves ao enfrentamento da causa.

Um claro exemplo dessa nova perspectiva pode ser observado no art. 321 da Lei 13.105/2015¹⁹. O referido dispositivo traz a previsão de que o juiz pode determinar a emenda da petição inicial quando verificar que esta não preenche os requisitos previstos em lei ou que apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito. Trata-se de uma evolução em relação ao antigo código o qual previa a possibilidade de aditamento da inicial apenas em caso de ausência dos requisitos legais, verificando a preocupação do legislador em atingir um resultado prático no processo.

A primazia do mérito também reflete na postura do magistrado na condução da demanda. Discute-se sobre se haveria limites à atuação do juiz em relação à desconsideração de eventuais vícios formais para determinar a correção do que for necessário para a continuidade do processo.

Primeiramente é clara a impossibilidade de prática de qualquer ato processual considerado intempestivo quando a norma não possibilite a prorrogação do prazo. Passado o prazo, assim como na sistemática anterior, opera-se a preclusão e impede a prática do ato ou a interposição de eventual recurso, salvo se reconhecida eventual situação que justifique a impossibilidade de prática do ato.

O enunciado nº 83 do Fórum Permanente De Processualista Civis²⁰, interpretando o disposto no art. 932, parágrafo único do NCPC, fixou o entendimento de que o enunciado da súmula nº 115 do Superior Tribunal de Justiça teria sido superado. A referida súmula do STJ

¹⁹BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016

²⁰NEVES, op. cit., p. 180.



prevê que é inexistente o recurso interposto por advogado sem procuração nos autos. Porém atendo-se a leitura do dispositivo legal mencionado verifica-se que cabe ao relator, antes de considerar o recurso inadmissível, conceder prazo de 5 dias ao recorrente para que complemente a documentação exigível. Logo, ausente a procuração nos autos, é possível a parte providenciar tal documento e sanar o vício.

O dispositivo acima mencionado também fundamenta o raciocínio segundo o qual não há que falar em possibilidade de eventual recurso interposto não ser conhecido por ausência de formalidade que em nada impede a análise de seu mérito. As formalidades instituídas pelas normas processuais não devem ser vistas como um fim em si mesmo, muito pelo contrário, sendo necessárias apenas para assegurar às partes igualdade processual e impedir prejuízo à defesa.



CONCLUSÃO

A apresentação feita retrata a evolução doutrinária acerca do tema bem como algumas regras processuais relacionadas ao princípio processual da busca da primazia do mérito. O objetivo de tal instituto é adequar o processo civil brasileiro as novas tendências como mecanismo eficiente na solução dos litígios postos em juízo, produzindo os resultados constitucionalmente almejados no tocante a assegurar direitos fundamentais.

É patente que a aplicação de tal princípio exigirá uma readequação quanto a postura dos personagens processuais (partes, juízes, promotores, etc.). Todos deverão ver o processo como um meio a fim de obtenção de um resultado prático, atuando como integrantes de uma comunidade na busca de uma decisão correta para o caso concreto.

O importante nesse momento é a busca da reconstrução do direito processual civil, tornando o NCPC a base deste novo sistema processual. Deve-se trabalhar para a construção de uma estrutura dogmática capaz de colaborar com o desenvolvimento da matéria a fim de garantir a todos meios válidos e legítimos de busca da solução dos conflitos sociais.

O sistema processual moderno deve pautar-se no máximo aproveitamento da atividade processual, ou seja, as atividades desenvolvidas no processo serão sempre úteis quando atingido o objetivo precípuo e, havendo vícios sanáveis, será possibilitado o suprimento de tal vício.

O novo processo civil brasileiro passa a ser um efetivo instrumento de consecução do Estado Democrático, consolidando um modelo estabelecido na Carta Republicana de 1988. Há a necessidade de se ter um processo cooperativo, participativo e apto a produzir decisões legítimas, logo, de mérito.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov.2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988

CINTRA, Antônio Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. In: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-49-principio-daprimazia-do-julgamento-do-merito/>, acesso em 19/11/2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais*. In: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-vistogarantidor-direitos-fundamentais-nada>>, acesso em 20/10/2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Belo Horizonte: 2008.



A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO À LUZ DA CONTRATAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Marcos Dias Caetano Simões.
Universidade Estácio de Sá.
Servidor Público.

Resumo: O atual sistema prisional brasileiro necessita de uma reforma profunda. Com presídios que não oferecem qualquer dignidade humana, o cumprimento da pena passa a representar apenas a vontade do Estado de punir, dada a ausência de caráter preventivo. À medida que o número de reincidência penal aumenta, verifica-se que o Estado é ineficaz e ineficiente na gestão de presídios, notadamente no que concerne à instituição de políticas assistenciais voltadas à ressocialização do preso. A essência do trabalho é abordar a possibilidade jurídica de implementação de parceria público-privada no âmbito do sistema prisional, contextualizar suas vantagens e retratar os meios pelos quais a ressocialização do preso poderá ser efetivada.

Palavras-chave: Sistema penitenciário. Contrato administrativo. Parceria Público-privada. Ressocialização.

Sumário: Introdução. 1. O atual Sistema Penitenciário Brasileiro. 2. A Parceria Público-Privada diante da ressocialização. 3. A experiência brasileira – Complexo Penitenciário Público-Privado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem enfoque na colaboração de particulares com o Poder Público visando à eficiência da gestão administrativa do sistema prisional brasileiro por meio de instrumentos e de metodologias capazes de promover a ressocialização do preso.

Sabe-se que os presídios brasileiros têm demonstrado clara ineficiência em promover a ressocialização da pessoa condenada, fato esse que representa uma dissonância com a Constituição Federal, na medida em que o ordenamento jurídico prevê normas programáticas destinadas à reintegração social do preso.



Nesse contexto, será demonstrado que a celebração de parcerias público-privadas destoa como uma alternativa jurídica capaz de flexibilizar a rígida e burocrática Administração Pública, possibilitando uma gestão penitenciária eficaz e eficiente.

Embora o tema apresente certa controvérsia acerca da impossibilidade de se delegar a administração de presídios, será sustentado que pessoas jurídicas de direito privado poderão, em certa medida, colaborar com o Estado.

No primeiro capítulo, além de apresentar atual conjuntura deficitária do sistema penitenciário brasileiro, serão elencados os princípios e regras que garantem ao preso à assistência plena do Estado e, por consequência, à sua reintegração na sociedade.

O segundo capítulo será destinado ao exame do contrato de parceria público-privada. Sob o prisma de uma política de Estado mínimo, tem-se o objetivo de comprovar a possibilidade jurídica de o Estado delegar a particulares a gestão de presídios por meio de parceria público-privada. Além disso, destacando a atual modelo de Administração Pública, almeja-se contextualizar os aspectos positivos albergados por essa modalidade de contratação.

Finalmente, no terceiro capítulo, será apresentada a experiência brasileira em relação ao tema, demonstrando-se, por meio de fatos concretos, que é possível reduzir o índice de reincidência penal com a instituição de medidas assistencialistas capazes de devolver o preso à sociedade de uma forma mais digna.

A pesquisa que se pretende realizar no presente artigo seguirá uma metodologia qualitativa, de natureza explicativa, valendo-se de meios bibliográficos e documentais.



1. O ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Segundo dados recentes divulgados pelo Ministério da Justiça¹, entre o período de 2000 a 2014, a população carcerária brasileira teve um aumento percentual de 119%. No ano 2000, havia 137 presos para cada 100.000 habitantes, ao passo que em 2014 essa proporção chegou a 299,7 presos, representando a privação de liberdade de 607.731 pessoas.

O estudo demonstrou, ainda, que a população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo e, caso a situação apresentada não se altere, o Brasil ultrapassará a marca de 1.000.000 de encarceramentos já em 2022.

Diante desse cenário, não é difícil concluir que exsurtem vários problemas sociais, tais como a informalidade, o desemprego e, sobretudo, a reincidência penal. Isso acontece porque o sistema penitenciário brasileiro é basicamente segregatório, visto que a penalização no Brasil visa estritamente à punibilidade.

Nessa esteira, tem-se que a aplicação de pena privativa de liberdade no Brasil tem somente o efeito de retirar momentaneamente o criminoso do convívio social. Não existe uma ação dos poderes da República que tenha por objetivo propiciar ao preso uma reintegração no seio social.

Conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea², embora não existam informações oficiais acerca do real nível de reincidência penal no Brasil, revela-se alta a probabilidade de uma pessoa condenada cometer novos

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *MJ divulgará novo relatório do Infopen*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reincidência Criminal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

ilícitos quando posta em liberdade, constatação essa que é ratificada pelas cotidianas notícias veiculadas pela mídia.

Muitas são as teses que tentam explicar o porquê de o indivíduo possuir certa predisposição a retornar a delinquir. Como o objetivo deste artigo é dar relevância ao sistema prisional, notadamente em função dos fatos acima contextualizados, passa-se a considerá-lo como a principal razão da insuscetibilidade da ressocialização de presos.

Em princípio, não se pode olvidar de mencionar a relevância da uma eficiente execução penal, visto que ela, como instrumento de titularidade do Estado, detém dupla finalidade: retributiva e preventiva. O Brasil, desde sua independência, sempre se focou no aspecto retributivo, o qual - vale dizer - é típico de Estados da Era Moderna (Séculos XV e XVIII).

Para fins de colação com o atual sistema prisional brasileiro, vale citar trecho da obra de Michel Foucault³ na qual se narra uma execução de uma pena no Século XVIII. A cena é rica em detalhes e apresenta similitude com nossa realidade.

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente.

A comparação pode parecer exagerada, mas o Estado brasileiro, ao lançar o condenado no sistema prisional, praticamente sentencia pena de morte. Viver, das palavras da Constituição Republicana, é ter liberdade, igualdade, segurança e até mesmo propriedade. Quem, após ter sobrevivido a uma pena privativa de liberdade nos presídios brasileiros, usufruirá com plenitude desses direitos? Ninguém.

³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 9.



Na ADPF n. 347⁴, em julgamento de Medida Cautelar datado de 09.09.2015, o Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao sistema penitenciário brasileiro, firmou posicionamento no sentido de que a Administração Pública, em seu sentido amplo, fomenta o chamado Estado de Coisas Inconstitucional. Isso porque se verifica, na atual conjuntura, um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais causado pela inércia/incapacidade reiterada das autoridades públicas.

Nesse julgamento, asseverou-se que os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em “monstros do crime”.

Dessa forma, não restam dúvidas de que o Processo de Execução Penal vigente é extremamente falho. Entretanto, não se quer afirmar que a legislação que o circunda é retrógrada, mas sim a forma como é manejada. Acredita-se, inclusive, que a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984⁵, reguladora da execução penal, trata-se de um ato normativo dotado de um manto vanguardista.

Em várias passagens da Lei de Execução Penal, observam-se regras consubstanciadas no princípio-matriz constitucional da dignidade humana. Tal como dispõe o art. 11 da Lei, é extremamente louvável garantir ao preso uma assistência plural, determinando uma atuação conjunta entre Estado e Sociedade e, por consequência, viabilizar a ressocialização do preso.

Acontece que, hoje, as normas estabelecidas na Lei de Execução Penal redundam em letra morta, sem a mínima efetividade. Esse fato ocorre porque inexiste a ideologia do aspecto preventivo da pena, circunstância essa contextualizada pela

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 01 out. 2015.

⁵ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 01 out. 2015.



impossibilidade fática de associação das diretrizes constitucionais às normas da legislação ordinária.

Essa impossibilidade de encadeamento de normas resulta no citado Estado de Coisa Inconstitucional e decorre da ineficiência de governança da *res publica*. É a governança o meio pelo qual as regras preconizadas pela legislação infraconstitucional ganharão vida, possibilitando ao preso encarcerado obter condições para reintegrar-se ao seio social.

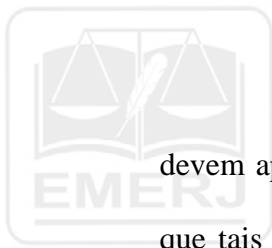
Sendo assim, como espécie do gênero governança pública, revelam-se as parcerias público-privadas que são, em verdade, um contrato administrativo por meio do qual um contratado/parceiro privado, pessoa jurídica de direito privado, colaborará com o ente público na prestação de um serviço pública, que, no presente artigo, representa a gestão de presídios.

2. A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DIANTE DA RESSOCIALIZAÇÃO

Na moderna Administração Pública, a implementação e o gerenciamento de políticas públicas devem ser correlacionados a uma visão neoliberal, isto é, o Estado deve atuar apenas em suas atividades típicas estatais, ao passo que para as demais atividades o Estado deverá, a rigor, delegá-las a particulares e, concomitantemente, exercer controle sobre tal delegação.

A visão neoliberal fundamenta o conceito de Administração Pública Gerencial, o qual foi introduzido na Constituição Republicana pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho 1998⁶. Pautada pelo pragmatismo do direito anglo-saxônico, a Administração Pública Gerencial busca superar a ideia de que atos administrativos

⁶ BRASIL. Emenda Constitucional, de 19 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 11 fev. 2016.



devem apenas produzir os resultados juridicamente dele esperados. Pretende-se, então, que tais atos sejam praticados com qualidade de excelência, de modo a possibilitar o melhor atendimento das finalidades previstas em lei⁷.

É diante dessa ideologia de governança que a parceria público-privada se insere, portanto. Regulada pela Lei n. 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004⁸, a parceria público-privada foi introduzida no ordenamento pátrio à luz de experiências vivenciadas em países como a Inglaterra, Irlanda, Portugal e África do Sul. Embora nesses Estados houvesse a escassez de recursos financeiros, bons resultados foram obtidos em virtude do aproveitamento da eficiência do setor privado.

Segundo o magistério de José dos Santos Carvalho Filho, o instituto da parceria público-privada cuida-se de um contrato de concessão especial que pode ser definido⁹, como

o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Com base nesse conceito, tem-se a denominada descentralização administrativa por delegação que consiste no fato de o ente estatal transferir ao particular o dever de prestação um serviço público cuja execução terá lastro naquele acordo regulamentado pelo contrato de concessão.

Entretanto, quando o objeto da delegação do serviço público recair sobre a gestão de presídios, o tema recebe contornos peculiares. Isso porque o particular, no

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 117.

⁸ BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 432.



desempenhar das atividades administrativas, deverá se defrontar com o poder de polícia, dada a natureza do serviço.

Por esse motivo, como se estaria delegando também o próprio poder de polícia, surgiram entendimentos que sustentam a impossibilidade de delegação administrativa da gestão de presídios sob o argumento de que tal poder é ínsito ao Estado, sendo, pois, a ele restrito.

Não obstante, com respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, entende-se que a delegação do serviço público de gestão de presídios é juridicamente possível desde que sejam observados certos limites.

O STJ, no julgamento do REsp 817.534 / MG¹⁰, asseverou que o poder de polícia se desenvolve num ciclo composto por quatro etapas: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal salientou que tão somente as etapas do consentimento e da fiscalização podem ser delegadas a particulares, sob pena de restar maculado o interesse público. De acordo com os argumentos trazidos pelo voto condutor, caso as etapas de legislação e de sanção fossem atribuídas a particulares o adequado serviço público seria comprometido pela busca do lucro.

Dessa forma, ao aplicar por analogia a *ratio decidendi* discorrida no julgamento supracitado, constata-se que posicionamentos contrários à delegação da gestão de presídios, embora respeitáveis, não se sustentam. Associando a política de Estado mínimo à estrita legalidade, o STJ aponta para a possibilidade jurídica de uma limitada delegação administrativa da gestão de presídios, concedendo guarida para que a

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 817.534/MG. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5585038&num_registro=200600252881&data=20091210&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 01.10.2015.



metodologia eficiente inerente ao setor privado seja espalhada no âmbito do falido sistema prisional brasileiro.

Dentre os aspectos positivos que podem ser trazidos pelo parceiro privado, certamente está o que a ciência da criminologia denomina de prevenção terciária¹¹. Em resumo, esse tipo de prevenção tem na sua matriz o objetivo único de recuperar o presidiário, visando à sua reeducação e reinserção social, tal como preconizado pelo art. 10 da Lei n. 7.210/84.

Nesse passo, considerando os limites impostos pelo STJ, tem-se que o parceiro privado prestará um serviço de grande relevo social, uma vez que a maioria das assistências concedidas aos presos, nos termos da Lei de Execução Penal, encontra-se inserida nas etapas de consentimento e fiscalização, isto é, nas atividades públicas passíveis de delegação.

Convém frisar que não se compactua com a ideia de que essas assistências banalizam o crime, nem tampouco fomentam o sentimento de impunidade. Pensa-se que a implementação de medidas ressocializadoras deve ser conjugada com um planejado e disciplinar regime de cumprimento de pena. Entender que todo ser humano criminoso deve cumprir pena degradante é desconsiderar o Estado de Direito no qual vivemos.

A fim de esclarecer o *modus operandi* com que o parceiro privado desenvolverá a prevenção terciária, passa-se a analisar em separado as etapas do consentimento e da fiscalização relacionadas às atividades de gestão de presídios.

Na etapa do consentimento, a qual se considera a mais relevante para a ressocialização do preso, a benesse repousa na disseminação e desenvolvimento das políticas assistencialistas voltadas ao reingresso social. Essa etapa é caracterizada pela

¹¹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 139.



anuência da prática de um determinado ato em favor do preso e, por isso, a prevenção terciária será contextualizada pelo contato do preso com os Direitos Humanos.

Consoante o item 41 e 54 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal¹², as espécies de assistência consistem em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, tendo por escopo a ressocialização.

Logo, ao parceiro privado será imposta a obrigação contratual de garantir com qualidade uma assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos do art. 11 e seguintes da Lei de Execução Penal. Somado a isso, ao parceiro privado também será imposta a obrigação contratual de propiciar com ao encarcerado a realização de trabalho no interior do presídio, conforme disposto no art. 31 e seguintes da Lei de Execução Penal, garantindo-lhe o aprendizado de uma atividade profissional.

Já na etapa de fiscalização, caracterizada pela aferição da compatibilidade do comportamento do preso com a ordem de polícia, a relevância recairá na possibilidade de adoção de recursos tecnológicos e procedimentos modernos que contribuirão para a manutenção da qualidade do serviço prestado, assim como para imposição de normas disciplinares durante o cumprimento da pena (art. 38 e 39 da Lei de Execução Penal).

Sendo assim, verifica-se que o parceiro privado será, de fato, o elo de ligação entre as normas constitucionais e as regras da Lei de Execução Penal. Não é demais lembrar que em presídios de gestão exclusivamente pública, em decorrência de fatores inerentes ao burocrático Poder Estatal, nunca preceitos assistencialistas foram eficaz e eficientemente implantados. Portanto, defende-se que a ressocialização do preso passe a ser perquirida sob o prisma de uma relação de parceria entre agentes público e privado.

À guisa de exemplificação, ressalte-se a qualidade do serviço prestado no Complexo Penal localizado na cidade de Ribeirão das Neves/MG. Trata-se do primeiro

¹² BRASIL. Exposição de motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 12 fev. 2016.



e único presídio objeto de parceria público-privada no Brasil, cuja estrutura pode ser visualizada pela *internet* em vídeo produzido pelo Programa Conexões Urbanas, do Canal Multishow¹³.

Nesse estabelecimento prisional, observam-se condições de recursos humanos e materiais suficientes para garantir condições dignas ao preso e uma razoável fiscalização do cumprimento da pena privativa de liberdade, situação fática que vai de encontro àquela presenciada nos demais presídios geridos singularmente pelo Estado, tal como se constata em vídeo produzido pelo Programa Repórter Record, da TV Record¹⁴.

3. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA - COMPLEXO PENITENCIÁRIO PÚBLICO-PRIVADO

Em 18/01/2013¹⁵, foi inaugurado o primeiro complexo penitenciário do Brasil instituído sob parceria público-privada. Localizado na região metropolitana de Minas Gerais, em Ribeirão das Neves, o denominado Complexo Penitenciário Público-Privada possui 3.040 vagas¹⁶ e tem como grande diferencial a implementação de uma rotina que possibilite ao preso a ressocialização.

A instituição dessa política de parceria público-privada na gestão de presídio foi inspirada nos modelos já adotados na Inglaterra, Nova Zelândia e Chile, no qual o parceiro privado fica com o encargo da construção e operacionalização do

¹³ TV MULTISHOW. *Conexões Urbanas*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ecFH-AbqAGU>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁴ TV RECORD. *Repórter Record*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UUa9LsO7Xlg>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁵ BRASIL. Inaugurada em minas gerais a primeira penitenciária privada no país. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/01/inaugurada-em-minas-gerais-primeira-penitenciaria-privada-do-pais>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁶ MINAS GERAIS. Penitenciária Público-Privada recebe os primeiros 75 detentos. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/259-penitenciaria-publico-privada-recebe-os-primeiros-75-detentos>>. Acesso em 02 abr. 2016.



estabelecimento prisional. Sublinhe-se que, no Brasil, existem modelos semelhantes nos Estados do Paraná, Bahia, Espírito Santo e Ceará, mas nesses casos o parceiro privado se obriga tão somente com a operação do sistema e não com a construção do presídio.

Ao consultar o contrato da concessão administrativa e seus termos aditivos¹⁷, tem-se que a relação de parceria possui como partes a Secretaria de Defesa Social do Estado de Minas Gerais e a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A. A vigência contratual foi fixada para um prazo de 27 anos, podendo ser prorrogada até o limite de 35 anos, a critério do Poder Concedente.

De acordo com dados fornecidos pelo governo mineiro¹⁸, estima-se que o Estado de Minas Gerais pague por ano ao parceiro privado uma quantia aproximada de R\$ 78.000.000,00. Tem-se, assim, a vantagem de reduzir o custo por cada presidiário.

Caso o Estado de Minas Gerais assumisse a gestão do mencionado Complexo Penitenciário, haveria uma despesa de R\$ 2.400,00 por cada presidiário no valor. Atualmente, a concessionária contabiliza R\$ 2.100,00 em despesas direcionadas para cada preso¹⁹.

Dentre as obrigações contratuais da concessionária, verifica-se que, além de se responsabilizar pelas obras da construção do complexo penitenciário, há obrigatoriedade de prestação de “serviços nas áreas jurídica, psicológica, médica, odontológica, psiquiátrica, assistencial, pedagógica, esportiva, social e religiosa, para o desenvolvimento e acompanhamento dos sentenciados.”²⁰

¹⁷ MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=page>>. Acesso em 02 abr. 2016.

¹⁸ MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/250-consulta-publica>>. Acesso em 02 abr. 2016.

¹⁹ Ibid.

²⁰ MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em 02 abr. 2016.



Em que pese saber que toda e qualquer cláusula do contrato seja relevante, entende-se que o ponto nodal desse modelo de contratação esteja na metodologia usada pelo Poder Concedente para remunerar o seu parceiro privado.

No caso em análise, observa-se, na cláusula 14 do contrato de concessão²¹, que a remuneração da empresa concessionária é composta pela confluência de três fatores, a dizer: contraprestação pecuniária mensal, parcela anual de desempenho e parcela referente ao parâmetro por excelência.

Quando se depura cada um dos três fatores citados, chega-se à conclusão de que o desempenho qualitativo da empresa concessionária é elemento indissociável na formulação do valor mensal a ser pago pela Administração Pública, o que, em síntese, retrata uma elogiável hipótese erigida pelo legislador quando da posituação do princípio da eficiência no texto constitucional.

Sendo assim, é inegável a constatação de que a divergência de interesses entre os parceiros público e privado resultará em um resultado positivo para ambos. Em outras palavras, percebe-se um agir da Administração Pública no sentido de induzir o parceiro privado a praticar uma administração de qualidade. Portanto, há um ciclo contínuo pelo qual a sociedade é beneficiada.

Nada obstante o bom cenário apresentado, é de conhecimento comum que toda política pública merece sofrer constante fiscalização, ainda mais quando se trata de política de cunho neoliberal, já que nessa o particular apresenta-se como agente primário durante as prestações de serviço público.

²¹ MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em 02 abr. 2016.



Em interessante trabalho realizado pela Escola de Administração de Empresa de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas - FGV²², depreende-se que a fiscalização do Complexo Penitenciário Público-Privado, diferentemente dos presídios demais presídios públicos, é realizada por dois diretores gerais. Um diretor “público”, que é responsável pelas funções do Estado, e outro diretor “privado”, responsável pelas demais funções. Ressalte-se que a equipe da FGV assegurou que, embora as funções dos diretores sejam diversas, existe um claro alinhamento estratégico entre os diretores do complexo.

Do estudo da FGV, observa-se ainda que a vigilância interna, a prestação de serviços assistenciais, a manutenção da infraestrutura são de responsabilidade do parceiro privado, ao passo que segurança externa do presídio e a movimentação dos presidiários são de responsabilidade do parceiro público.

Em vídeo²³ disponibilizado na *internet* pelo Governo de Minas Gerais, é sensível a percepção de que a estrutura oferecida no Complexo Penitenciário Público-Privado é completamente diversa da dos presídios geridos pelo Estado. As celas são guarnecidas por cama, bebedouro e vaso sanitário, sendo ainda disponibilizado material para higiene básica. Além disso, visualizam-se salas destinadas a atendimentos médico e odontológico, bem como refeitório e local próprio para que o preso possa ter convivência com a sua família.

Em cotejo aos fatos acima apresentados, correspondência eletrônica encaminhada pela Secretaria de Estado de Defesa Social²⁴ afirma que a parceria com a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A parte do princípio de que o objetivo

²² CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. *O Primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil*. 2014. 9 f. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

²³ MINAS GERAIS. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8IYn-3vuxCs&feature=player_embedded>. Acesso em: 12 fev. 2016.

²⁴ SEDS – Secretaria de Estado de Defesa Social. Pesquisa sobre presídio em regime de parceria público-privada [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por ppp@defesasocial.mg.gov.br em 08 abr. 2016.



direito é garantir aos presos um rol amplo de assistência com vistas a propiciar o cumprimento de pena com dignidade. Quando questionada sobre o procedimento para a concessão de qualquer das assistências previstas no art. 11 da Lei n. 7.210/84, a Secretaria de Estado respondeu que, por força de contrato, a própria concessionária é a responsável por qualquer atividade direcionada ao preso, sendo ressalvada a hipótese de quando a assistência tiver que ocorrer em local externo, fato que ensejará a atuação do ente público.

A Secretaria de Estado de Defesa Social relatou também que, desde a inauguração do Complexo Penitenciário Público-Privado, não existem registros acerca de evento relacionado à desordem ou a motim de presos. Nesse ponto, foi salientado que o presídio dispõe de 1.240 câmeras de vigilância e de um sistema eletrônico de abertura de celas e galerias, o que permite a manutenção da ordem no estabelecimento prisional.

No complexo penitenciário não existem presos provisórios. Por entender que o modelo adotado neste presídio encontra-se em fase de experimentos, foram afastados detentos que sejam membros de facções criminosas, estupradores, pedófilos e delatores, pois eles podem comprometer o desenvolvimento do projeto²⁵.

Em face do cenário apresentado no Complexo Penitenciário Público-Privado, observa-se que foram auferidos resultados positivos. Além de haver a coexistência harmônica das atividades prestadas pelos parceiros, o serviço público aparenta ser de qualidade. A infraestrutura do presídio, o corpo técnico envolvido e os procedimentos adotados contribuem para a redução da reincidência penal e, sobretudo, possibilitam ao preso a ressocialização, muito embora se trate de um projeto ainda em fase experimental.

²⁵ CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. *O Primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil*. 2014. 10 f. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido para demonstrar que a contratação de parceria público-privada apresenta-se como alternativa para dignificar o cumprimento de pena nos presídios brasileiros, possibilitando a ressocialização do preso.

Inicialmente, fora apresentada a situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro e, diante dos fatos relatados, constatou-se que, em inobservância a preceitos constitucionais, a finalidade preventiva da execução penal não tem sido perquirida pela Administração Pública.

Em face da ineficácia e ineficiência da atual gestão dos presídios brasileiros, apresentou-se o Estado de Coisa Inconstitucional, o que, segundo o Supremo Tribunal Federal, retrata a degradação humana cuja origem remonta ao caráter retributivo da pena adotado pelo Estado brasileiro. Suscitou-se, nessa toada, que a cessação desse cenário possa fundamentar-se em uma ideologia neoliberal.

Nos termos da Lei n. 11.079/2004, a celebração de contrato de parceria público-privada, no âmbito do sistema prisional, emerge como instrumento jurídico apto a institucionalizar, em especial, o caráter preventivo da pena. Para tanto, destacou-se que a delegação administrativa do serviço público de gestão de presídios é juridicamente possível, devendo, no entanto, observar certos limites em razão da influência do poder de polícia.

Na medida em que o poder de polícia se estrutura nas etapas de legislação, consentimento, fiscalização e sanção, concluiu-se, com esteio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que o parceiro privado exercerá a gestão apenas durante as etapas de consentimento e fiscalização. Permitir o exercício de atividade legislativa e



sancionatória, pelo parceiro privado, implica a usurpação de função exclusiva do Estado e, conseqüentemente, o desvirtuamento do instituto da parceria público-privada.

Com efeito, verificou-se que o rol de assistências estabelecido no art. 11 da Lei n. 7.210/1984, que tem o escopo de preparar o detento para o retorno à sociedade, torna-se mais factível quando contextualizado pelo parceiro privado, haja vista a inexistência de entraves burocráticos usualmente enfrentados pelos entes públicos.

Para fins de colação, foi citado o *leading case* do Complexo Penitenciário Público-Privado, o primeiro presídio brasileiro gerido por esse modelo de contratação. No caso analisado, comprovou-se que a administração privada resultou na qualidade da infraestrutura do presídio e dos procedimentos assistenciais aos presos, os quais representam, portanto, fatores determinantes para a ressocialização do preso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reincidência Criminal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

_____. Emenda Constitucional, de 19 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 11 fev. 2016.

_____. Exposição de motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Inaugurada em minas gerais a primeira penitenciária privada no país. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/01/inaugurada-em-minas-gerais-primeira-penitenciaria-privada-do-pais>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.



_____. Ministério da Justiça. *MJ divulgará novo relatório do Infopen*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 817.534/MG. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5585038&num_registro=200600252881&data=20091210&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 01.10.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 01 out. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. *O Primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil*. 2014. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/250-consulta-publica>>. Acesso em 02 abr. 2016.

_____. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=page>>. Acesso em 02 abr. 2016.

_____. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em 02 abr. 2016.

_____. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8lYn-3vuxCs&feature=player_embedded>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Penitenciária Público-Privada recebe os primeiros 75 detentos. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/component/gmg/page/259-penitenciaria-publico-privada-recebe-os-primeiros-75-detentos>>. Acesso em 02 abr. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

TV MULTISHOW. *Conexões Urbanas*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ecFH-AbqAGU>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

TV RECORD. *Repórter Record*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UUa9LsO7Xlg>>. Acesso em: 12 fev. 2016.



SEDS – Secretaria de Estado de Defesa Social. Pesquisa sobre presídio em regime de parceria público-privada [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por ppp@defesasocial.mg.gov.br em 08 abr. 2016.

MÉTODO PARA APLICAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DO DANO MORAL NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Marcos Telles Moura

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo: abusos econômicos perpetrados reiteradamente por algumas empresas podem ser combatidos de inúmeras formas, dentre as quais o dano moral em seu caráter punitivo-pedagógico. O presente trabalho visa compreender esse instituto e racionalizar sua aplicação fortalecendo sua efetividade.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Dano moral. Ativismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Tentativas metodológicas para fixar o dano moral respeitando o critério punitivo-pedagógico. 2. Aplicação do caráter pedagógico do dano moral no contexto da judicialização da política. 3. Nova sistemática para a aplicação do caráter pedagógico do dano moral. Conclusão. Referências.

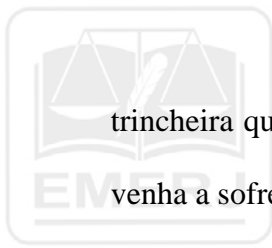
INTRODUÇÃO

O presente trabalho é mais um dos muitos que busca solucionar o crescimento da litigiosidade referente a demandas de massa no Direito do Consumidor. Um dos principais institutos jurídicos que um magistrado possui para punir empresas que abusam do poder econômico para lesar o consumidor é o dano moral, sobretudo em seu aspecto punitivo e pedagógico.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a evolução do conceito de dano moral e suas peculiaridades para assegurar uma boa compreensão do instituto.

No segundo capítulo, serão apresentadas algumas tentativas metodológicas de solucionar a crescente litigiosidade já mencionada. Nessa parte serão discutidas algumas propostas legislativas e teorias utilizadas.

No terceiro capítulo será aprofundado a importância do caráter pedagógico do dano moral, sobretudo no atual contexto de judicialização da política, pois se revela como última



trincheira que o consumidor encontra para defender e se proteger de abusos econômicos que venha a sofrer.

No quarto capítulo será apresentada uma sugestão de uma nova sistemática para se aplicar o caráter pedagógico do dano moral, de forma a garantir ao Judiciário um novo instrumental para tutelar o consumidor e onerar a reiteração de práticas abusivas.

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

1. ESTUDO CONCEITUAL DO DANO MORAL

A doutrina ainda diverge quanto ao conceito de dano moral. Resumidamente há aqueles que identificam o dano moral com a dor em sentido amplo, e os que veem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica¹.

O presente trabalho adota o entendimento de André Gustavo C. de Andrade² que entende o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico psicológico ou espiritual da pessoa definido-o em seu sentido mais amplo englobando não somente a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. Em suma é a dor moral ou o sofrimento do indivíduo. Assim, para os adeptos dessa corrente, não há dano moral sem dor.

Interessante crítica a ser feita sobre essa segunda corrente é que a dor é consequência do dano moral e não sua causa. Há, portanto, um equívoco de perspectiva. Esse equívoco fica

¹ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A Evolução do Conceito de Dano Moral. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, nº 24, p. 141-173, 2003.

² Ibid.



mais claro quando se nota que o próprio dano material pode acarretar dor ou sofrimento. Em decorrência da observância desse equívoco foi criada uma terceira corrente.

Essa terceira corrente entende que o dano moral é uma lesão a determinada categoria de direitos que majoritariamente se entende ser a categoria dos direitos da personalidade. Esse é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho³ que afirma ser o dano moral “uma agressão a um bem ou atributo da personalidade”.

Comentar sobre a desnecessidade de alterações psicológicas para a Configuração do Dano Moral é importante porque a necessária associação entre dano moral e alteração psicológica, desprotegeria diversas outras formas de lesões que mesmo não gerando essas alterações, não devem ser toleradas pelo ordenamento jurídico.

Como primeiro exemplo podem ser citadas as pessoas jurídicas que são titulares de alguns direitos da personalidade de forma particular. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral conforme Súmula 227 do STJ e não sofrer qualquer abalo psíquico. A razão é que ela é titular de honra objetiva, a qual dispensa manifestações psíquicas.

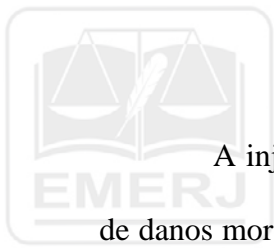
Nas palavras de André Gustavo C. de Andrade⁴:

Embora despidas direitos próprios da personalidade humana (tais como o direito à vida, à integridade corporal e psíquica, à saúde), as pessoas jurídicas ou coletivas são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente.

Sobre esse entendimento pode ser notada uma quebra de isonomia, pois para uma pessoa física causar dano moral em uma pessoa jurídica não se exige abalo psíquico, e nem poderia, mas o contrário se exige. Por essa lógica é mais fácil uma pessoa física causar dano a uma pessoa jurídica do que o contrário, pois para a pessoa jurídica causar dano em uma pessoa física se exigiria como requisito o abalo psíquico.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90

⁴ ANDRADE, op. cit., p. 151.



A injustiça desse entendimento é que na prática observa-se um número muito maior de danos morais causados pelas pessoas jurídicas, notadamente na seara consumerista, do que lesões causadas pelas pessoas físicas às pessoas jurídicas. Portanto esse entendimento acaba protegendo os violadores contumazes em detrimento dos lesados, os consumidores.

Um segundo exemplo que afasta a necessidade de alteração psicológica é a lesão a direito da personalidade dos doentes mentais⁵. O abalo psíquico é afastado, principalmente, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana conforme apregoa o princípio da isonomia em seu aspecto material. A rigor o direito deveria proteger ainda mais os direitos da personalidade dos desprovidos de plena consciência ou compreensão, inclusive considerando sua condição psíquica para majorar o valor da compensação pelo dano moral.

Como terceiro exemplo, André Gustavo C. de Andrade⁶, se vale das crianças. Segundo exemplo apresentado pelo referido autor, uma criança de tenra idade que sofra abuso sexual, terá direito a dano moral, ainda que não tenha sofrido dor física, nem sofrido emocionalmente por não ter maturidade intelectual para tanto.

Então adotando como premissa a desnecessidade de dor em sentido amplo para se configurar o dano moral, resta o entendimento que sua origem está na violação do direito da personalidade. Nesse sentido, a dor funciona como elemento a majorar o valor da compensação pelo dano sofrido. Esse entendimento se coaduna com o caráter punitivo-pedagógico do dano moral que objetiva intervir em comportamentos sociais ilícitos para extirpa-los da vida em sociedade.

De qualquer forma, as situações apresentadas são exceções, pois, em regra, há sim a necessidade de perturbações psíquicas para a caracterização do dano moral. O importante é

⁵ Ibid., p. 158.

⁶ Ibid., p. 159.



notar, nas palavras de André Gustavo C. de Andrade⁷ que “o dano é a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão”.

Para o presente trabalho, a importância de se estudar as hipóteses de desnecessidade de alterações psicológicas para a Configuração do Dano Moral é tentar identificar o motivo pelo qual essas hipóteses foram criadas. Portanto, analisando tais hipóteses pode-se identificar a razão de sua existência.

Essas hipóteses corroboram o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho⁸, ao defender que a noção de dano moral não mais deve se restringir à dor, sofrimento ou tristeza, como se pode depreender do art. 5º, X da CRFB⁹, ao contrário, deve se estender a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica.

Então, se o objetivo do dano moral é proteger o respeito à personalidade jurídica das pessoas, não faz sentido algum que seu valor seja na exata medida do dano causado, sem que seja capaz de desestimular futuras violações, pois não se conseguira proteger satisfatoriamente a personalidade jurídica em uma sociedade que permite ou tolere reiteradas violações, quanto mais em situações de vulnerabilidade.

Quanto maior for a vulnerabilidade do ofendido perante o ofensor, maior deve ser o *quantum* a compensar a lesão causada para que se alcance um equilíbrio entre o ofensor e o ofendido respeitando os preceitos da igualdade material. Assim nas relações consumeristas deve o Poder Judiciário assumir esse papel, pois se o Poder Público tivesse fiscalizado e punido administrativamente o ofensor visando a prevenir os danos, não se teria o aumento cada vez maior das demandas de consumo versando sobre as mesmas práticas abusivas.

⁷ Ibid., p. 162.

⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 109.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 junho. 2016



É nesse contexto que deve ser estudado e compreendido o dano moral. Sua aplicação na seara consumerista deve ser o de buscar a justiça social e para lograr êxito o Poder Judiciário deve ter métodos eficientes para a aplicação desse importante instrumento.

Para melhor compreender os critérios metodológicos utilizados na fixação do dano moral em seu caráter punitivo-pedagógico é imprescindível dominar a aplicação do conceito de indenização, seu alcance e significado.

Sobre a reparação do dano moral, Rui Stoco¹⁰ ensina que por não possuir equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionalizado, mais ou menos aleatório. Para se mitigar essa aleatoriedade, a qual, de certa forma, confronta o princípio da segurança jurídica, Rui Stoco comenta sobre um balizamento necessário para se bem fixar o dano moral, ao qual chama de: “binômio do equilíbrio”.

Pelo binômio do equilíbrio, a compensação pelo dano causado não pode caracterizar enriquecimento sem causa para o indenizado, nem levar à ruína quem indeniza. Essa compensação também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido¹¹.

A Lei 6.038¹², CDC, tem como meta proteger os hipossuficientes do abuso econômico, no entanto, o Judiciário vem atribuindo mais peso ao critério do enriquecimento sem justa causa, do que ao critério do desestímulo do ofensor em perpetrar práticas abusivas. Convém mencionar que ambos os critérios são relevantes, mas se com o passar do tempo um deles não vem sendo atingido, este deverá ser avaliado com maior vigor de modo a ajustar as indenizações à realidade.

¹⁰ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: graus da culpa e redução equitativa da indenização*. 9. ed. São Paulo, v. 839, ano 94, set./2005, p. 391-392.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 01 junho 2016.

E essa adequação, para ser o mais eficaz possível, requer um acompanhamento dos efeitos das indenizações ao longo do tempo, o qual deve ser especializado e de longo prazo. Portanto, esse artigo pretende demonstrar que o melhor caminho é uma especialização temática das Câmaras do Consumo.

Vale ressaltar que amparo teórico já existe, sobretudo na teoria do valor do desestímulo. O preço do desestímulo tem finalidade punitiva e visa a coibir o ofensor de reiterar a prática pela qual já foi condenado. Trata-se de punição exemplar que não guarda relação com o dano efetivamente sofrido pela vítima¹³. Essa teoria é, nas palavras de Rui Stoco: “um critério de quantificação da reparação e não a necessidade de um *plus* de valor na fixação de dano moral.”¹⁴

Esse panorama torna imprescindível a reflexão trazida por Norberto Bobbio¹⁵: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”¹⁶.

Essa reflexão é, na verdade, o espírito do presente trabalho pois a prática forense mostra que é incessante a perpetração de práticas abusivas pelas grandes corporações. De fato, existem tentativas de se proteger os direitos do homem, tentativas essas que serão apresentadas e discutidas ao longo da pesquisa.

2. TENTATIVAS METODOLÓGICAS PARA FIXAR O DANO MORAL RESPEITANDO O CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO

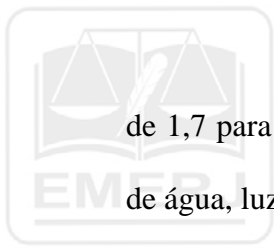
Como aponta pesquisa ainda inédita de Armando Castelar e Fernando de Holanda¹⁷, comparando o perfil dos demandantes do Judiciário entre 1988 e 2009, aponta o crescimento

¹³ STOCO, op. cit., p. 398.

¹⁴ Ibid., p.151.

¹⁵ NORBERTO BOBBIO *apud* STOCO, p. 937.

¹⁶ STOCO, op. cit., p.937.



de 1,7 para 4,7 milhões do número de pessoas envolvidas em conflitos nas áreas de serviços de água, luz ou telefone e bancos ou instituições financeiras.

A causa mais provável, conforme aponta o Recurso de Apelação Cível n. 2010.058844-0, de Itajaí, cujo Relator foi o Des. Lédio Rosa de Andrade¹⁸, é a lucratividade que se obtém da diferença entre o que se economiza para prevenir os danos aos consumidores e o valor pago nas indenizações referentes ao dano moral. Sobre esse ponto vale citar as palavras do referido relator:

E a política econômica atual é minimizar os custos e maximizar os lucros. Há uma decisão financeira em muitas empresas neste sentido, qual seja, não gastar com funcionário, mesmo sabendo-se que isto levará a prática de muitos atos ilícitos contra consumidores. O que se economiza com a contratação de funcionários e gastos em análise da própria atuação empresarial gera um valor superior ao que se paga como indenização por danos morais.

O foco do trabalho é, portanto, propor solução para quebrar essa lógica e para tanto será o dano moral a principal ferramenta. Dessa forma, cumpre esclarecer o que é exatamente o dano moral.

Convém ressaltar que não existem critérios legais para a fixação da compensação por dano moral, o próprio CC/2002, como bem observa Rui Stoco¹⁹, é estéril na fixação de balizadores para o dano moral. Sendo assim, a fixação é feita pelo magistrado basicamente conforme sua consciência. Para mitigar os efeitos de tamanha discricionariedade é que, como dito, o STJ decidiu por bem rever e fixar o *quantum* do dano moral em sede de recurso especial, fato esse que Rui Stoco²⁰, considera ser o responsável por evitar a banalização do instituto.

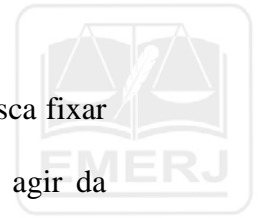
Importante metodologia é a teoria do valor do desestímulo e os *punitive damages*.

¹⁷ CASTELAR, Armando. et al. Texto de Discussão 40: os determinantes da demanda pelo judiciário. Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=402880811D8E34B9011D9CCBFDD1784C&contentId=8A7C82C546FCECF5014716CEDB233DBD>>. Acesso em: 15 abril. 2016.

¹⁸ FAVARETTO, Cícero. *A reparação dos danos morais nas relações de consumo*. Disponível em: <<http://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/114233257/a-reparacao-dos-danos-morais-nas-relacoes-de-consumo>> Acesso em: 31 maio 2016.

¹⁹ STOCO, op. cit., 938.

²⁰ STOCO, op. cit., p. 939.



O *punitive damage*²¹ é o sistema adotado nos Estados Unidos pelo qual se busca fixar uma indenização por danos morais que desestimule o autor dos danos e outros a agir da mesma forma lesiva em outra oportunidade. Para lograr êxito, o fundamento essencial do sistema do *punitive damage* é basicamente a aplicação de indenizações milionárias.

Esse sistema difere da teoria do valor do desestímulo pelo *quantum* da indenização pelo dano moral.

O importante sobre os danos punitivos é saber que foram perdendo força ao longo do tempo, salvo nos Estados Unidos que apresenta tendência inversa à observada no resto do mundo, pois esse país apresenta indenizações milionárias na seara, por exemplo, dos acidentes de consumo. Todavia, cabe ressaltar que a imposição de valores altíssimos a título de dano moral encontram-se em declínio também nesse país.

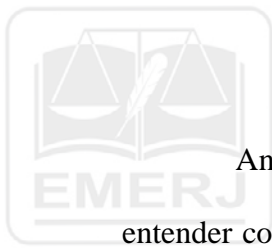
A tendência moderna para o arbitramento do dano moral é aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano sofrido. Vale destacar que para Rui Stoco o conceito de punição engloba o de prevenção²².

3. APLICAÇÃO DO CARÁTER PEDAGÓGICO DO DANO MORAL NO CONTEXTO DA JUDICILAIZAÇÃO DA POLÍTICA

²¹ Apenas a título de curiosidade histórica, Rui Stoco na página 992, Tomo II, lembra que a doutrina do *punitive damage* foi aplicado pela primeira vez na Inglaterra em 1763 no caso Wilkes versus Wood. Entretanto, a teoria consolidou-se a partir do caso Rookes versus Barnard em 1964.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes: “Embora em sua configuração atual, os danos punitivos datem do século XVIII, já desde o século XIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, em *trespass to the person* ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio surgido para tutelar os direitos civis dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, frequentemente vexatório e arbitrário”. Danos à Pessoa Humana. Tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 228-229.

²² *Ibid.*, p. 940



Antes de abordar um tema que se refere à judicialização da política, se faz necessário entender como se manifesta esse fenômeno, assim como descompatibilizar seu conceito com o conceito de ativismo judicial.

Em artigo publicado em 2012, Luís Roberto Barroso²³ conceituou as expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”. O termo Judicialização da Política significa, basicamente, que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias políticas que deveriam desempenhar tal papel como os Poderes Executivo e Legislativo. Esse quadro altera a participação da sociedade nos rumos a serem tomados pelo Estado uma vez que não há eleição para os membros do Poder Judiciário. As causas que consubstanciam esse fenômeno representam, em parte, uma tendência mundial e em outra parte estão relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

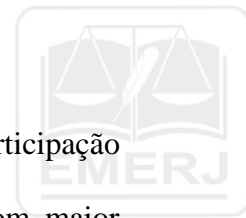
Barroso²⁴ cita como causas da Judicialização: A) a redemocratização; B) constitucionalização abrangente, e; C) sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. O aprofundamento dessas causas não é condizente com o tema tratado neste trabalho, bastando saber que essas causas serviram para fortalecer o Poder Judiciário fazendo-o se sobressair em relação aos demais, podendo-se dizer que é visto, hoje, como único capaz de efetivar os direitos fundamentais previstos na CRFB de 1988.

Sobre o ativismo judicial²⁵ Barroso entende ser esse conceito próximo ao de Judicialização, embora não possuam a mesma origem. A judicialização, no contexto brasileiro, decorre do modelo constitucional adotado. Já o ativismo judicial é um ato de escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a Constituição, expandindo seu

²³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015.

²⁴ Ibid., p. 3-4.

²⁵ Ibid., p. 6-7.



sentido e alcance. Em suma, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes²⁶.

A postura ativista, no entendimento de Barroso²⁷, se manifesta por meio de diferentes condutas, dentre as quais se pode incluir: A) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; B) 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, e; C) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

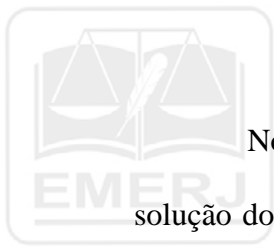
Vale ressaltar que o ativismo judicial tem raízes na jurisprudência norte-americana o que pode explicar, em parte, a dificuldade do Poder Judiciário pátrio em assumir postura mais ativa no combate aos abusos cometidos contra os consumidores pelos grandes fornecedores. Isso porque nossa raiz²⁸ está no sistema do *civil law*, o qual tem uma postura mais subserviente em face ao Poder Legislativo, esperando que este mude a lei para que somente depois o Judiciário modifique sua jurisprudência.

Pensar o direito no *Common law* demanda o conhecimento dos precedentes, ou julgados paradigmas que sempre podem ser suplantados por novos entendimentos sem grandes problemas. Ao julgar um caso concreto, no *commom law*, o magistrado deve buscar, primeiro, se há um precedente, um caso anterior que já tenha decidido a matéria sob análise. No caso de existir um precedente o magistrado deve procurar perceber se esse precedente ainda se coaduna com a sociedade presente, pois se o precedente não se adequar aos novos tempos ele deverá ser superado por um novo entendimento.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Embora o direito brasileiro esteja caminhando para um sistema mais próximo ao *commom law*, a interpretação da lei ainda está mais próxima ao *civil law*.



No sistema do *civil law*, o magistrado, em um primeiro momento, deve buscar a solução do caso concreto no ordenamento jurídico vigente à época do julgamento. A lei é o que importa e decidir contrário à lei não é tão simples como fixar um novo precedente. Pelo contrário, decidir em sentido contrário a lei, nem é recomendado. Isso porque uma lei é elaborada por um outro poder, o Poder Legislativo, e desobedecer à lei é ferir o princípio da separação de poderes, o qual é cláusula pétrea, art. 60, §4º da CRFB/88. No entanto, um precedente é fixado pelo próprio Poder Judiciário, sendo menos complicado superá-lo.

Essa tradição do *civil law* faz com que o magistrado tenha o hábito de buscar as soluções do caso concreto na lei, encontrando certa dificuldade em decidir quando há ausência de lei. A quebra desse sistema vem ocorrendo rapidamente no direito pátrio em decorrência da opção pelo legislador quando, na elaboração do Código Civil de 2002 optou pelo sistema de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Vale ressaltar ainda a crescente força da jurisprudência nos dias atuais. Contemporaneamente o jurista brasileiro cada vez mais procura saber os entendimentos dos Tribunais sobre determinado caso, antes mesmo de consultar a lei ou a doutrina. Esse processo também decorre do fenômeno da Judicialização, pois reflete a primazia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

E se o Judiciário é desafiado, como disse Barroso²⁹, constantemente a decidir sobre causas de grande repercussão política ou social, substituindo, as instâncias políticas que deveriam desempenhar tal papel – Executivo e Legislativo – é natural que o judiciário fosse paulatinamente adotando uma postura mais proativa. O desdobramento da Judicialização é sem dúvida o ativismo judicial.

Se os demais poderes não conseguirem dar as respostas e a proteção para a efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário fazê-lo. E se para proteger os direitos

²⁹ BARROSO, op. cit., p. 9

fundamentais não encontrar o instrumento específico ou ideal para usar, não deve se furtrar a se valer de algum instituto já previsto e alargar sua aplicação, pois mais importante que o tecnicismo é a justiça.

Não se pode aceitar ter um Judiciário que assista, passivamente, à perpetuação de práticas injustas e abusivas cometidas por grandes corporações. Mesmo não sendo um instituto, inicialmente, elaborado para tal fim, o dano moral, composto por seu caráter punitivo-pedagógico, tem condição de reverter esse quadro. Se bem aplicado, o caráter punitivo-pedagógico do dano moral pode vir, enfim, a atingir indenizações capazes de desestimular a reincidência de práticas abusivas, ao invés de apenas fixarem um preço para as práticas ilegais e abusivas.

Hoje, o dano moral é a única arma que o consumidor tem e, ao limitar sua força, o Judiciário acaba por desarmá-lo. Sem ter um outro instrumental, o Judiciário não pode enfraquecer o único que resta ao consumidor.

Cabe mencionar que a ação civil pública não tem o mesmo efeito, pois os legitimados do art. 82 do CDC³⁰ não conseguem ser onipresentes e apenas atuam nos casos de grande repercussão, e mesmo assim, ainda não abarcam todos. As ações coletivas são essenciais, mas sozinhas não conseguem fazer frente a tantos desmandos. Apenas com o dano moral cada indivíduo poderá perseguir seus interesses ao invés de deixar de levar ao Judiciário demanda por considerar que o desgaste pessoal que venha a sofrer com o processo não o recompensará no final.

Criar uma nova sistemática para a aplicação do caráter pedagógico do dano moral além de poder atingir uma das finalidades do mesmo, qual seja: a de fixar um preço do

³⁰BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 01 junho 2016.



desestímulo; também poderá tornar cada consumidor um verdadeiro fiscal da lei e das boas práticas empresariais. Além disso, ser cidadão é poder fazer valer seus direitos.

O lado positivo do ativismo judicial é que o Judiciário, de fato, vem conseguido atender a contento demandas sociais que por qualquer razão não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento ou pelo Executivo, por exemplo, nos seguintes temas: medicamentos, nepotismo, regras eleitorais, greve no serviço público, dentre outros. O lado negativo citado por Barroso³¹ é o fato do ativismo judicial evidenciar as dificuldades do Poder Legislativo em atender as demandas sociais.

Barroso³² cita como exemplo do deslocamento do debate político do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, que tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Apesar dos bons resultados apresentados pelo fenômeno do ativismo judicial, não se pode olvidar, quando do estudo do tema, de mencionar as críticas feitas ao fenômeno em estudo.

A primeira crítica apontada no artigo de Barroso³³ se refere aos riscos sobre a legitimidade democrática, pois os membros do Poder Judiciário não foram eleitos, mas mesmo assim, poderão invalidar atos dos Poderes Executivo e Judiciário. A explicação desse fenômeno está na teoria constitucional do papel contramajoritário do Judiciário. Assim, dois são os argumentos para legitimar a atuação contramajoritária do Judiciário, sendo um de ordem normativa e outro de ordem filosófica.

O fundamento normativo decorre de dispositivos da própria Constituição que conferem parcela do poder político para ser exercido pelo Judiciário, já que por não serem

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid., p. 10-12.



eleitos, podem agir com imparcialidade. O fato de os membros do Executivo e Legislativo serem eleitos, o tornam subservientes ao interesse da maioria, pois senão agiram conforme o desejo de seus eleitores, não serão reeleitos. Sendo assim, resta ao Judiciário o papel de proteção das minorias.

O fundamento filosófico, segundo Barroso³⁴, é a necessidade de se proteger os direitos da minoria. Sobre esse fundamento, Barroso usa exemplo famoso: se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número.

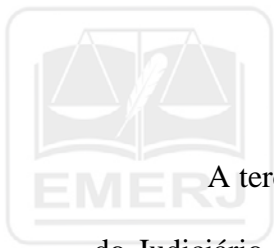
Entende-se por minoria os grupos humanos que têm menor poder de pressão na sociedade. Esse conceito de minoria é interessante para entendermos o porquê de ter sido tão importante um diploma legal como o Código de Defesa do Consumidor. Apesar da maior parcela da população ser composta por consumidores, na verdade, todas as pessoas, em algum momento são consumidores, mesmo assim, os interesses dos consumidores são violados. Esse fato decorre do fato de não existir uma associação de consumidores que façam lobby no Parlamento para a aprovação de leis do seu interesse, como existem lobbies defendendo interesses de grandes corporações.

A segunda crítica apontada no artigo do Barroso³⁵ se refere ao risco de politização da justiça. Barroso assevera que no pós-positivismo o direito se aproxima da ética, tornando-se meio para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Portanto, direito não é política. Nas palavras de Barroso, Direito seria política no sentido de que:

- (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis;
- (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos;
- (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., p. 12-15.



A terceira crítica apontada no artigo do Barroso³⁶ se refere à capacidade institucional do Judiciário e seus limites. Sobre essa crítica a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos.

A Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Já o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados recomenda, em certos casos, o Judiciário adote uma posição de cautela, pois nem sempre o magistrado estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de

³⁶ Ibid. p. 15-17.



concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado.

Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência.

4. NOVA SISTEMÁTICA PARA A APLICAÇÃO DO CARÁTER PEDAGÓGICO DO DANO MORAL

A visão clássica segue literalmente a redação do artigo 944 do Código Civil que diz: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”, portanto a responsabilidade civil não permite nenhuma graduação quanto ao desvalor da conduta ilícita³⁷.

O problema é que a visão clássica torna o instituto ineficaz ou insatisfatório em alguns casos como quando o ofensor obtém proveito econômico com o ilícito praticado, mesmo depois de pagar as indenizações cabíveis; ou quando ele se propõe a pagar o valor para cometer ou continuar praticando o ilícito³⁸.

Essa crise da visão clássica acarretou a inclusão, ao lado da função reparatória a função de prevenção de danos. A indenização punitiva se constrói a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. Essa ideia de conferir o caráter de pena à indenização por dano moral pode ser

³⁷ ANDRADE, op. cit., p. 135-136, 2006.

³⁸ Ibid.



justificada em casos específicos, nos quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a necessidade de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana³⁹.

Ao lado da função preventiva cresce nos países de tradição romanística, cada vez mais, a função punitiva da responsabilidade civil. O objetivo é o mesmo, ou seja, proteger a dignidade humana. No entanto essa função enfrenta profunda resistência no direito brasileiro, não obstante cabe uma breve explanação sobre o funcionamento desse instituto do direito norte-americano⁴⁰.

Portanto, uma nova sistemática se faz necessário e essa nova sistemática deve dialogar com o atual contexto que o Poder Judiciário está inserido: ativismo judicial. A nova sistemática para a aplicação do caráter pedagógico do dano moral presume que o Judiciário adote o protagonismo inerente ao ativismo judicial, entendido no presente trabalho como desdobramento do fenômeno da Judicialização da Política.

O ativismo judicial, como dito anteriormente, é um ato de escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Sua ideia está associada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Portanto, a proposta e do trabalho é especializar as Câmaras do Consumo da seguinte forma: em primeiro lugar a Câmara identifica uma conduta a ser combatida; em segundo lugar a Câmara se torna preventa para julgar os demais casos semelhantes majorando o dano moral até cessar a conduta ilícita.

CONCLUSÃO

³⁹ Ibid., p. 137.

⁴⁰ Ibid., p. 138.

DA POSSIBILIDADE DE DANO MORAL EM CASO DE DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO ANALISADO CONJUNTAMENTE COM AS LIMITAÇÕES DA MENORIDADE CIVIL

Maria Eduarda da Fonseca Passos Bittencourt

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)

Resumo: Não é incomum na realidade brasileira a “devolução” de crianças e adolescentes durante o processo de adoção. Essa situação pode acarretar danos de natureza moral para as crianças e adolescentes que experimentem esse dissabor, motivo pelo qual se sustenta a possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória à título de danos morais. Entretanto, já que existem incapazes envolvidos, o presente trabalho pretende não só analisar a possibilidade do reconhecimento da indenização via judicial, mas também questões relevantes sobre o tema que tangenciam a situação da menoridade que os pretendentes a adoção vivenciam. Dessa forma, será abordado o tema sobre a legitimidade para o ajuizamento da ação, assim como quem deverá ser considerado responsável para gerir o patrimônio que poderá resultar de uma ação indenizatória. Portanto, essência do trabalho visa abordar a possibilidade de obtenção de indenização quando ocorrer a “devolução” de crianças e adolescentes durante o processo de adoção, e demonstrar que a menoridade e incapacidade dos pretendentes à adoção não podem impedir seu acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Processual Civil. Dano Moral. Adoção. Responsabilidade Extrajudicial.

Sumário: Introdução. 1. Da Legitimidade Extraordinária. 2. Possibilidade de Dano Moral e Material quando o Menor é Devolvido. 3. Da Responsabilidade pela Gestão Patrimônio do Menor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata sobre a possibilidade de concessão de danos morais em casos de devolução de criança e adolescente em processo de adoção, assim como a discussão sobre quem possui a legitimidade para propor a ação, considerando ser a criança e adolescente incapazes, assim como sobre a gestão do patrimônio do menor, em hipótese de procedência do



pedido da ação. Procura-se demonstrar a frágil situação a que aqueles devolvidos em processo de adoção passam, sendo substancial que o Poder Judiciário tutele seus direitos.

Com este objetivo, serão apresentadas visões doutrinárias e jurisprudenciais que analisem o tema, refletindo se a situação de devolução ensejada pelo pretendente de realizar a adoção é capaz de gerar a indenização por danos morais à luz do sentido assinalado pelo princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Para que o tema seja bem analisado, busca-se apresentar a situação em que as crianças e adolescentes à espera de uma adoção se encontram. Até estarem disponíveis para a adoção, já sofreram com a rejeição ou a falta de condições da família biológica para sua criação. Busca-se demonstrar os males que isso pode trazer à criança e ao adolescente, sendo necessário a posterior indenização por danos morais pelos sofrimentos causados, que inclusive, tem o caráter pedagógico de incitar os “pais” a não repetirem a situação.

No primeiro capítulo, será analisado a legitimidade para ajuizar a ação de indenização, já que a criança e adolescente são menores de idade e deverão ser representados, cabendo estabelecer qual órgão possui a legitimidade extraordinária para fazê-lo, a Defensoria Pública ou o Ministério Público.

No segundo capítulo será discutido a possibilidade de dano moral e material em caso de devolução de criança e adolescente em processo de adoção, expondo os argumentos que sustentam pela possibilidade.

Conclui-se avaliando quem deverá gerir o patrimônio da criança e do adolescente se for considerado procedente o pedido de indenização, avaliando uma solução condizente com o fato de que os menores estão sob a tutela do Estado.

O trabalho foca principalmente na condição de incapazes e abandono que às crianças e adolescentes sustentam. Considera-se que em muitos dos casos, as crianças são rejeitadas pelas suas famílias biológicas, e ficam sob a tutela do Estado, que não possui aparatos o suficiente para garantir melhores condições à criança. Os cuidados com a criança e o adolescente não são só obrigação da família, mas também da sociedade e do Poder Público. Portanto, o objetivo do trabalho é analisar também o empenho judicial para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes frente a uma situação devolução durante o processo de adoção.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, qualitativa e parcialmente exploratória, já que possui como fonte legislação, jurisprudência e doutrina.

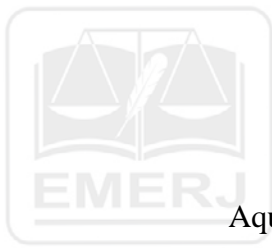
1. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA

O artigo 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹ prevê que o adotando deve estar com no máximo 18 anos quando é requerida a adoção, ressalvados os casos em que já esteja sob guarda ou tutela. Dessa forma, conclui-se que os adotandos, em sua grande maioria estão em idade inferior aos 18 anos, sendo então considerados incapazes.

Os indivíduos que possuem a capacidade de direito, mas que ainda não adquiriram a capacidade de fato, são definidos pela lei como incapazes. Por portarem essa condição, a lei os impede de realizar certos atos, visando a sua proteção, exigindo que os mesmos sejam representados.² A incapacidade é classificada pelo Código Civil como absoluta ou relativa.

¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13/10/2015.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.



Aqueles que são menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, enquanto que os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, são definidos como relativamente incapazes, na forma do artigo 3º e 4º do Código Civil³, respectivamente.

Por sua condição de incapazes, necessitam de quem os represente em juízo, quando da propositura da ação indenizatória. Entretanto, não é incomum que a criança e adolescente que se encontre em uma situação ensejadora de uma ação de indenização à título de dano moral por devolução durante processo de adoção, não possua a assistência necessária para ajuizar a ação. Por isso é importante considerar outros legitimados que também seriam considerados legítimos para ingressar com a ação, além do menor representado.

No caso seriam os legitimados extraordinários para propor a ação indenizatória. Legitimados extraordinários são aqueles que ingressam em juízo para, em nome próprio, defender direito alheio, na forma do artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015.⁴

Primordialmente, será analisada a legitimidade para o Ministério Público ingressar com a ação.

Na Constituição Federal, o artigo 127⁵ traz para o Ministério Público a hipótese de “substituição processual geral”, que satisfaz o requisito de necessidade de autorização legal para a legitimação extraordinária.⁶

³ BRASIL. Código Civil. 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: 20/04/2016.

⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20/04/2016.

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13/10/2015.

⁶ GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual*. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>. Acesso em: 13/10/2015.

O artigo 201, VIII do ECA⁷ é mais claro, ao determinar expressamente que compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias asseguradas as crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais cabíveis. Pela interpretação do artigo, conclui-se que cabe ao *Parquet* a aplicação de medidas judiciais que busquem a proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

A lei então prevê que o Ministério Público aja como substituto processual na defesa dos direitos e garantias previstos para crianças e adolescentes. Portanto, em situações que ensejem a propositura de ações indenizatórias de dano moral que envolvam menores que devam ser representados, pode agir o *Parquet* na defesa dos interesses desses, visto que a lei alcança esta hipótese. Inquestionável, portanto, é a possibilidade do Ministério Público ingressar com a ação indenizatória, não podendo se sustentar o mesmo quanto a Defensoria Pública.

O artigo 72, I do Código de Processo Civil⁸, prevê que o juiz deverá determinar a nomeação de curador especial no caso de incapaz que não possua representante legal. O artigo 4º. XVI da Lei Complementar 80/94⁹ prevê que a Defensoria Pública age como curadora especial nos casos previstos em lei. Esses dois artigos combinados concedem, em tese, a Defensoria Pública a possibilidade de ingressar com ações que busquem a tutela daquele que não possuam representação legal, mas tenham a necessidade de amparo jurisdicional.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento que a Defensoria Pública não pode atuar quando o Ministério Público já atue ou tenha atuado no feito

⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13/10/2015.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 13/10/2015.

⁹ BRASIL. Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 13/10/2015.

resguardando interesse do menor. Inclusive, no julgamento do AgRg no REsp 1.309.042/ RJ, o Tribunal entendeu que a atuação da Curadoria Especial da Defensoria Pública somente seria legítima nos casos previstos no ECA nas situações em que fosse convocada a atuar pelo Juízo da Vara de Infância e Juventude.¹⁰

No acórdão também é sustentado o entendimento de que a Defensoria Pública não pode atuar como curadora especial, e conseqüentemente como substituta processual. Mesmo sendo legítima para orientar juridicamente e defender os necessitados, englobando as crianças e adolescentes, como não há previsão legal para que o órgão aja como legitimado extraordinário, não caberia a Defensoria Pública atuar desta forma.¹¹

No voto do REsp 1296155/RJ¹², o Ministro Relator Luis Felipe Salomão ao analisar a atuação da Defensoria Pública como curadora especial em casos que envolvem interesse de menor, expôs o seguinte:

Não há previsão legal, por outro lado, para intervenção obrigatória da Defensoria Pública como curadora especial, sob a invocação do disposto nos arts. 9º, I, do CPC, e 148, parágrafo único, letra “f”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como ocorreu no caso dos autos. Embora a Lei Complementar n. 80/1994 estipule ser função institucional da Defensoria Pública exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei, não é possível à instituição ser nomeada como curadora especial em processo instaurado de ofício por ela, em que não é parte criança ou adolescente. A curadoria especial objetiva suprir incapacidade do menor para manifestação de vontade em juízo, e não a proteção de menor destinatário da decisão judicial.

O julgado mencionado não tratava da hipótese de ação indenizatória de dano moral em caso de devolução de menor e adolescente durante processo de adoção, tema desse artigo.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1.309.042/ RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1431250&num_registro=201200291956&data=20150904&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015.

¹¹ No mesmo sentido, REsp 1296155/RJ e AgRg no REsp 1416820/RJ.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1296155/ RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29138340&num_registro=201102880742&data=20140320&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015.

Entretanto, no caso, havia interesse de menor, o que faz com que o acórdão seja aplicável ao tema.

Conclui-se que a Defensoria não poderia atuar como legitimada extraordinária quando houver interesse de menor, ingressando com a ação em nome de criança e adolescente em busca da tutela de seus direitos. Pelas decisões do STJ, somente poderia se vislumbrar a atuação da Curadoria Especial da Defensoria Pública quando a ação já estivesse ajuizada, em um contexto em que o juiz da Vara de Infância e Juventude convocasse o órgão a intervir como curador especial.

Dessa forma, o é legitimado para proteger os interesses das crianças e adolescentes, mais especificadamente, para ingressar com ação indenizatória, o Ministério Público, pelos motivos citados acima.

A discussão travada é sobre quem possui a legitimidade extraordinária para acionar o judiciário, em uma hipótese de ação que tutelasse o direito dos menores de receber uma reparação pelos danos causados a esses. Porém, é importante frisar que o menor ou adolescente que pretende buscar qualquer tipo de tutela jurisdicional por direito que entenda ser seu, mas que foi lesionado ou negado, tem legitimidade ordinária para fazê-lo. A lei somente requer que o menor, neste caso, esteja devidamente representado, como preceitua o artigo 115 do Código Civil¹³.

2. DA POSSIBILIDADE DE DANO MORAL E MATERIAL EM CASO DE DEVOLUÇÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE DURANTE PROCESSO DE ADOÇÃO

¹³ BRASIL. Código Civil. 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: 13/10/2015.



A adoção é um processo complexo regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁴ e pela Lei n.12.010/09¹⁵. Os pais, após serem habilitados no Cadastro Nacional de Adoção, aguardam na fila até que apareça uma criança compatível com o que buscam. Aparecendo uma criança que se adeque ao perfil que os pretendentes buscam, deve ser marcado um dia para que os mesmos busquem o infante. Se a criança e os interessados na adoção tiverem boa relação, inicia-se o estágio de convivência. Deve-se, então, ajuizar uma ação de adoção, na qual é concedida a guarda provisória para o adotante. A constituição do vínculo entre o adotado e o adotante se dá por sentença judicial. Depois que da sentença judicial, autorizando a adoção, ela se torna irreversível.¹⁶

Não é incomum na realidade brasileira que, durante a fase da guarda provisória, haja a devolução da criança ou adolescente para o abrigo.

Indubitável que nesses casos, os pais não estejam avaliando corretamente o perigo e sofrimento a que expõe o pretense adotado. As crianças e adolescentes que estão à disposição para adoção estão em uma situação de dor, já que não convivem mais com sua família biológica ou nunca conviveram. Quando o menor encontra um casal que o leva para sua casa, iniciando o processo de guarda provisória ou mesmo da adoção definitiva, começa a construir na criança uma esperança de enfim constituir uma família. Necessário ressaltar que se trata de um ser humano, com todos os direitos e garantias que a Constituição Federal concede, principalmente por ser criança.

Portanto, o mal que os pretensos pais geram com a devolução do menor acaba por abalá-lo psicologicamente e emocionalmente de uma certa forma que inclusive pode prejudicar suas

¹⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 28/02/2016.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 28/02/2016.

¹⁶DUPRET, Cristiane. *Direito da Criança e do Adolescente*. 3 ed. Belo Horizonte: Livramento, 2015, p. 91.

relações futuras. Por isso, necessário é que haja algum tipo de reparação, quando devidamente comprovado que o menor sofreu abalos que lesionem seu psicológico e emocional.

É agravada a situação quando se nota que os menores, ao voltarem para uma instituição de acolhimento, passam a ser tutelados pelo Estado, o que muitas vezes pode significar uma mudança drástica da realidade em que as crianças conviviam com os pretendentes da adoção. Imaginando que uma criança vivia em um lar com uma boa infra estrutura, cursando uma boa escola e sendo inserida em atividades extra escolares adequadas para sua idade. Depois da desistência da adoção pelos pretendentes, ao voltar para uma instituição de acolhimento, o padrão de vida que foi vivenciado por algum tempo não será mais o mesmo, o que por si só gerará um baque na vida da criança.

Todo esse contexto deve ser analisado no bojo de uma ação indenizatória por danos morais, a fim de que se determine qual a melhor solução. Ressalta-se que o dano moral não pode ser generalizado, devendo se analisar a situação casuisticamente.

Sérgio Cavalieri Filho admite que o dano moral é aquele que extrapola a esfera da normalidade. Sobre a configuração do dano moral ensinou mais especificadamente que:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio de seu bem estar. (...) Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma *agressão à dignidade de alguém*.¹⁷

Portanto, o dano moral é aquele que supera a normalidade, causando uma grande agressão à dignidade do lesionado. O necessário para a configuração da reparação é que o lesionado tenha vivenciado uma situação de grande sofrimento e dor, que façam condizente uma reparação em dinheiro.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010 p. 87.

Dessa forma, é possível determinar a reparação à títulos de danos morais quando menores são devolvidos durante o processo de adoção. Nestes casos, a dor e o sofrimento podem ser facilmente caracterizados, o que faz com que uma indenização seja necessária. A agressão de ser devolvido a uma instituição de acolhimento pode prejudicar o psicológico de qualquer pessoa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em um caso pioneiro, já reconheceu essa possibilidade, como se constata pela ementa transcrita abaixo:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil.

- O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos. (AC: 10702095678497002. TGMS. Comarca de Uberlândia. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade.)¹⁸

Obviamente que não se pode generalizar e impor que em todos os casos em que há a devolução de criança e adolescente em guarda, cabe dano moral. Como já mencionado anteriormente o dano moral deve ser estudado, para se determinar o grau de sofrimento que foi imprimido no indivíduo. Deve ser analisado caso a caso para se concluir se cabe a reparação, embora seja difícil se imaginar uma criança que não seja abalada no caso em que haja a devolução.

O dano moral funciona não só como uma punição, mas também solidifica um caráter pedagógico, que impeça futuras devoluções. Como mencionado anteriormente é muito comum que casais que não estejam satisfeitos com as crianças que estão sob sua guarda provisória as

¹⁸ BRASIL. Jusbrasil. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>. Acesso em: 28/02/2016.

devolvam. Uma criança ou um adolescente que venha de uma situação de acolhimento institucional, muitas vezes traz consigo sequelas de suas relações anteriores para sua nova casa. Muitos pais não sabem como tratar dessas questões, decidindo por fim, pelo abandono.

O objetivo da responsabilidade civil é reparar um dano causado. Esse dano, de uma forma, rompe com um equilíbrio anterior. O que se busca é a reparação ao *status quo*, a situação anterior ao dano. As vezes se torna impossível voltar a situação anterior, o que não impossibilita a aferição da reparação. A indenização ocorre proporcionalmente nestes casos.

Qualquer ato que viole direitos pode, em tese, gerar a reparação pela responsabilidade civil. Comprovado, no caso em análise, que os pretensos adotados foram atingidos exacerbadamente pelo ato da devolução é possível o ressarcimento à título de danos morais.

3. DA RESPONSABILIDADE PELA GESTÃO DO PATRIMÔNIO DO MENOR DE IDADE

Como já mencionado, para ser adotado, ou ingressar em um processo de adoção, o adotando deve ser criança ou adolescente, que não esteja sob o poder familiar. Não pode, igualmente, fazer parte de família extensa ou ampliada, mediante guarda ou tutela. O adotando, ao tempo da adoção, deve contar com 18 anos de idade, à época do pedido, exceto se estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.¹⁹

A adoção de maiores de 18 anos, pelos requisitos acima, se torna excepcional, como já mencionado anteriormente. Então, a maioria dos casos em que se ajuíza uma ação buscando a reparação, o autor ainda é menor de idade.

¹⁹ DUPRET, op cit, p. 100.

Imaginando um contexto em que ao menor de idade seja concedido a reparação patrimonial pelos danos que sofreu em caso de devolução durante o processo de adoção, considerando que se trata de um incapaz para os atos da vida civil, a indenização que seja recebida pelo menor de idade deve ser depositada em juízo, evitando assim qualquer tipo de uso indevido do que a criança ou adolescente tenha conquistado.

Mas, depositado o montante em juízo, quem ficaria responsável por gerir o patrimônio do menor, considerando que esse necessita de um representante para os atos da vida civil?

O Código Civil prevê o instituto da tutela para os menores de 18 anos de idade que não estejam mais sob os cuidados de seus pais, como dispõe o artigo 1728 do referido diploma legal²⁰.

Sobre o tema da tutela, dissertam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Esse encargo é conferido aos próprios pais, independente do critério determinativo da relação filiatória. No entanto, por motivos diversos (morte, destituição judicial do poder familiar...), é possível a ausência dos pais, fazendo periclitarem a proteção diferenciada infanto-juvenil. É exatamente nesse panorama que surge a tutela como um relevante instrumento de concretização da proteção integral da criança e do adolescente.²¹

Se os menores de idade receberem algum patrimônio referente a uma ação indenizatória, ou outro meio, deverá ser nomeado um tutor para gerenciar o seu patrimônio.

O interessante na nomeação de um tutor é que esse deverá prestar contas de sua administração, apresentando ao juiz um balanço do que foi realizado. O magistrado pode requerer a prestação de contas quando achar conveniente. Inclusive, o próprio Ministério Público pode ingressar com uma ação de prestação de contas, no interesse do menor de idade.²² A prestação de contas tem como objetivo proteger o patrimônio da criança e adolescente, o que garante ainda

²⁰ BRASIL. Código Civil. 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: 15/03/2016.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 888.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 608.

mais a eficiência do tutor. Necessário essa medida na presente hipótese do artigo, quando o tutelado por muitas vezes não foi adaptado em sua família biológica, tendo sido devolvido pela família que desejava adotá-lo, estando em um contexto de abandono, sem defesas. A prestação de contas, que faz com que o tutor tenha que apresentar um balanço, leva a tutela ser o melhor caminho para a gestão do patrimônio do menor de idade, possibilitando uma maior proteção mais eficiente.

Existem quatro tipos de tutela: a documental, a testamentária, legítima e a dativa.²³

A tutela documental ocorre quando os pais, mediante um documento público ou particular, determinam quem deve ser o tutor dos filhos menores. Já a testamentária é aquela em que os pais escolhem o tutor de seus filhos por meio de um testamento. A tutela legítima ocorre no caso em que são convocados parentes consanguíneos para exercer a tutela da criança e adolescente. Por fim, a tutela dativa se adequa aos casos em que na falta de tutor legítimo ou testamentário, ou parentes que passam exercer a tutela, o juiz confere à uma pessoa estranha a tutela do menor de idade.

Nada impede que possa ocorrer a tutela legítima de um parente que, embora não tenha condições de cuidar da criança no dia a dia, possa gerir seus bens em seu nome, auxiliando-o. Necessário sempre a melhor opção da criança, em busca do princípio do melhor interesse, mesmo que os arranjos não sejam os mais comuns. Ressalta-se que a tutela dativa somente é concedida subsidiariamente, então deve-se esgotar as outras possibilidades.

As crianças e adolescentes que se encontrem em uma situação de acolhimento, por vezes, estão com o poder familiar dos pais extinguidos ou suspensos. Dessa forma, necessário que haja a nomeação de um tutor para cuidar de seus bens, quando existirem. Sendo assim, a tutela mais adequada para o caso é a tutela dativa.

²³ Ibid., p. 601-603.

Ressalta-se que as crianças e adolescentes inseridos em família substituta estão em regime de tutela.²⁴ Dessa forma determina o artigo 1734 do Código Civil²⁵, também pontuando que a criança e adolescentes que os pais tiverem o poder familiar suspenso ou extinto, deverão ter um tutor nomeado pelo juiz.

O artigo 1732 do Código Civil²⁶ determina as hipóteses de nomeação de um tutor pelo juiz, como se cita a seguir²⁷:

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:
I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;
II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;
III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Portanto, cabe ao juiz nomear um tutor na tutela dativa, que somente é aplicada de forma subsidiária.

O ordenamento jurídico, ao tratar da tutela, o faz de uma forma que proteja o tutelado. Na hipótese de menor de idade que obtenha uma indenização, é a única opção viável para a gestão de seu patrimônio, permitindo que o tutelado aproveite da melhor forma o montante que recebeu.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, a dor e o dissabor causados pelo criança e adolescente que cujos pretendentes a pais desistam da adoção durante o processo são passíveis de gerar danos morais. Cada caso deverá ser analisado conforme as suas peculiaridades, mas pode se admitir que seja concedida a indenização quando as circunstâncias forem favoráveis.

²⁴ DUPRET, op. cit, p. 85.

²⁵BRASIL. Código Civil. 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: 15/03/2016.

²⁶BRASIL. Código Civil. 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: 15/03/2016.

²⁷ BRASIL. Código Civil. 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: 15/03/2016.

Não é somente pelo fato de crianças e adolescentes serem considerados incapazes para alguns atos da vida civil que deve ser afastado deles, mesmo que indiretamente, o direito de pleitear o que for previsto pela legislação.

Portanto, a incapacidade da criança e do adolescente deve, na verdade, ser considerada mais uma justificativa para a proteção desses quando devolvidos durante o processo de adoção. Deve se ter em mente que até chegar a esse ponto, o menor de idade já passou por inúmeros obstáculos, o que acaba por enfraquecê-los. Dessa forma, essa situação, em que se considera as crianças como simples produtos, passíveis de devolução, não pode se sustentar sem uma análise maior não só da sociedade, mas também do poder público.

Sendo assim, deve-se analisar o sistema judiciário dentro deste contexto, considerando os interesses do menor de idade. O primeiro obstáculo se refere a legitimidade, já que as crianças e adolescentes disponíveis para a adoção e que sofrem os sofrimentos da adoção são na maioria esmagadora das vezes menores de idade. Quando foi analisado o tema, chegou-se a conclusão que a instituição do Ministério Público é o mais adequada para exercer a legitimidade extraordinária, para garantir a proteção da criança e do adolescente, considerando os objetivos da instituição, de substituto processual.

Outra discussão que vem à tona, é a de quem deveria gerir o patrimônio de um incapaz quando é concedida uma indenização. Ressalta-se que a questão também se relaciona com menoridade e a incapacidade para a vida civil, já que é necessário que haja alguém para gerir o patrimônio do menor até que ele chegue a maioridade. A melhor opção nesse caso, é a do juiz nomear um tutor, que possa auxiliar a criança e o adolescente a melhor decidir sobre o seu patrimônio, de uma forma que possa ser aproveitado.

Conclui-se que às crianças e adolescentes deve ser concedida uma tutela eficiente do Estado, quanto ao tema da devolução desses em processo de adoção. Principalmente por conta da



pouca visibilidade sobre o tema, o que acaba levando a uma falta de interesse sobre a matéria. Porém, justamente por não ser um tema tão discutido, é necessário que cada vez mais seja concedida mais atenção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13/04/2016.

_____. Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 13/10/2015.

_____. Lei nº: 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Lei nº: 12.010/09. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Jusbrasil. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>. Acesso em: 28/02/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1.309.042/ RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Belize. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1431250&num_registro=201200291956&data=20150904&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1296155/ RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29138340&num_registro=201102880742&data=20140320&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DUPRET, Cristiane. *Direito da Criança e do Adolescente*. 3. ed. Belo Horizonte: Livramento, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. 3. ed. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>. Acesso em: 13/10/2015.

O GLOBO. Brasil tem 5, 2 mil crianças e adolescentes à espera de adoção. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-52-mil-criancas-adolescentes-espera-de-adocao-5019806>. Acesso em: 12 set. 2015.

O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TÉCNICA DO *OVERRULING*: UM EXAME CRÍTICO

Maria Eduarda de Oliveira Brasil

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

Resumo: Este estudo busca tratar do novel incidente de resolução de demandas repetitivas, uma das ferramentas adotadas pelo Novo Código de Processo Civil para fazer frente aos inúmeros desafios que se descortinam na contemporaneidade. A partir de uma análise crítica das dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário no exercício cotidiano de suas atividades, trabalha-se sobretudo com o *overruling*, técnica encontrada pelo legislador de 2015 para, mantendo o Direito sempre em movimento, proporcionar à sociedade a Justiça que tanto almeja.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Princípios. Precedente Judicial. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Overruling*.

Sumário: Introdução. 1. A Assimetria de uma Justiça sem Princípios. 2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e uma Tentativa de Resposta. 3. O Tratamento Dispensado ao *Overruling* no Novo Código de Processo Civil: Críticas e Reflexões. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a adoção do sistema de precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo novo Código de Processo Civil, e traz um olhar crítico sobre a regulamentação legal do *overruling*, técnica de revisão de teses jurídicas.

Como questão de fundo, debate-se o papel central que assumiram os princípios e valores constitucionais na contemporânea noção de processo civil, notadamente na problemática da uniformização da jurisprudência pátria, recaindo o foco sobre o papel desempenhado pelo novo diploma na tentativa de tratar eficazmente do tema, através de seu incidente de resolução de demandas repetitivas.

A realidade brasileira dos últimos anos tem assistido a um processo de intensa globalização e de massificação das relações sociais, que, associado à democratização do acesso

ao Poder Judiciário proporcionada pela Constituição da República de 1988, transformaram a cultura litigante no país. E, sendo as cortes cada vez mais acionadas, surgem notórias dificuldades quanto à manutenção de posicionamentos estáveis, coerentes e uniformes, a ressaltar a falibilidade das decisões judiciais e a sua incapacidade de oferecer segurança jurídica aos aflitos jurisdicionados.

Nesse contexto, a nova lei processual abraça a teoria dos precedentes e cria o novel incidente de resolução de demandas repetitivas, em cuja disciplina insere a possibilidade de *overruling*, ou revisão de teses, pois, se muda a realidade social, também deve mudar o Direito, em constante adaptação do mundo jurídico ao mundo fático.

O primeiro capítulo do trabalho desenha a base principiológica que, a partir da Constituição de 1988, espalhou-se para todos os ramos do Direito, em especial o Processual Civil, traçando o necessário paralelo com os desafios desenhados pela nova realidade do século XXI e com o modo como o ordenamento jurídico lhes tenta responder.

A partir dessa análise, e tendo-se em conta as inspirações fundamentais que levaram à edição da Lei n. 13.105/2015, o segundo capítulo estabelece os contornos históricos, essenciais e finalísticos do novel incidente de resolução de demandas repetitivas, inserindo-o nas premissas básicas da lei processual e contrapondo-o aos desafios sociais contemporâneos.

Por fim, o terceiro capítulo dirige um olhar específico sobre a possibilidade de revisão das teses jurídicas firmadas por meio do incidente, técnica conhecida como *overruling*, analisando a disposição legal sobre a matéria e os possíveis futuros impactos sobre a sociedade e o ordenamento jurídico brasileiros.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e empregará a metodologia bibliográfica e de natureza descritiva. Possui como fontes principais a legislação e a doutrina,

notadamente de livros e artigos científicos; e intenta trazer a lume debate sobre o tema, sem, contudo, adotar um ou outro posicionamento, algo que ficará ao encargo do leitor.

1. A ASSIMETRIA DE UMA JUSTIÇA SEM PRINCÍPIOS

O novo milênio ainda desperta, mas não são poucos os desafios que já se revelam como sua tônica. A cada dia, a cada inovação tecnológica, a cada mudança de paradigma, os debates se acirram e as vozes se levantam, na esperança de saberem aplicar o conhecimento do velho à realidade do novo.

Ainda no século XX, o mundo assistiu à construção do Estado Democrático de Direito, alicerçado na ordem legal e na lógica democrática¹. Em alguns países, como o Brasil, essa estruturação galgou passos mais tímidos e tardios, de modo a trazer para o século seguinte todas as discussões inerentes à matéria.

Não é por outro motivo, portanto, que se coloca como pauta o fenômeno da constitucionalização do Direito infraconstitucional, pelo qual o centro de todo o ordenamento nacional passa a ser a Constituição, cujos valores desbordam-lhe e tornam-se inspiração para todos os ramos da ciência jurídica. A partir de 1988, além de formalmente superior, a Carta viria

¹ Sobre a ordem democrática, sempre dignas de nota se mostram as observações tecidas com maestria pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que, além de destacar sua concepção formal, enquanto “governo da maioria e de respeito aos direitos individuais”, faz sobressair o aspecto material, a saber: “A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da *maioria*, o governo para *todos*. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais –, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.” (grifos do autor) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

a ostentar, nas palavras de Luís Roberto Barroso²:

[...] uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Recém-saído de penosos anos de ditadura militar, o Estado brasileiro entrava, com a promulgação da Constituição, em uma nova ordem, na qual as normas constitucionais constituiriam um meio de reinterpretação dos ramos do Direito, agora lidos de modo a potencializar os valores nela consagrados³.

Com o Direito Processual Civil, decerto, não foi diferente. Toda a noção de processo é fincada em bases constitucionais, consoante os princípios que a Lei Maior elegeu como essenciais ao desenvolvimento adequado da atividade processual. Desponta, nesse cenário, o chamado Processo Civil Constitucional.

É possível citar, como informante desse modelo, uma vasta quantidade de princípios, tal como o fez Alexandre Câmara⁴:

Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de *devido processo legal* (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.

Ou seja, não mais se justifica, no atual estágio da evolução jurídica brasileira, um processo burocrata e apegado à forma, em detrimento de sua finalidade de promoção de um resultado efetivo e útil às partes. Sob a nova ótica instrumental, não se fala mais em procedimento, mero encadeamento de atos, mas em verdadeiro processo, que garanta aos

² Ibid., p. 362.

³ Ibid., p. 363.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

jurisdicionados o respeito das garantias e dos direitos de que são titulares.

É por isso, inclusive, que a Lei n. 13.105/2015, mais conhecida como o Novo Código de Processo Civil, abre seu texto com um Livro intitulado “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, trazendo “[...] para a parte inicial do Código as principais garantias constitucionais que balizam o sistema processual, as quais passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil [...]”⁵.

Contudo, de nada adiantaria uma discussão teórica se não colocada em prática. Eis porque não se cogita de um estudo apenas acadêmico desta rede principiológica traçada na disciplina do Processo Civil contemporâneo. A partir do momento em que os legisladores, tanto o constituinte quanto o ordinário, ocuparam-se desses valores, tornou-se papel dos operadores do Direito saber colocá-los para fora dos textos.

Nesse sentido, o processo, objeto da presente análise, é trabalhado enquanto mecanismo de que dispõem os cidadãos para, sentindo-se ameaçados ou mesmo lesados em direitos seus, buscarem a devida tutela jurisdicional. E, com o intento de maximizar o alcance dessa proteção, exsurge a aplicação fática dos princípios.

Aos jurisdicionados, em primeiro lugar, deve ser garantido o acesso à Justiça. Eis o direito fundamental insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição, e tantas vezes negligenciado. Isso porque não basta um acesso formal, a simples existência do aparato estatal e a possibilidade abstrata de alcançá-lo; é preciso que se criem mecanismos que, conferindo paridade de armas aos litigantes, proporcionem a ambos os lados iguais condições de falar, ser ouvidos e influenciar o juízo, na correta acepção do princípio do contraditório (art. 5º, LV).

Mostra-se impensável, dessa forma, um processo em que acesso material à Justiça e

⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

isonomia também substancial⁶ não se entrelacem. À medida que às partes seja conferida paridade de armas, reconhecendo-se as eventuais diferenças técnicas, financeiras e mesmo culturais que entre elas pudesse erigir um muro de segregação, caminha-se para a construção de uma relação dialética, cooperativa e, via de consequência, eficiente e efetiva.

Mas não é só. Uma das grandes questões a desafiar o Poder Judiciário deste século envolve, também, o basilar princípio da segurança jurídica, intrinsecamente ligado à própria noção de isonomia. Como valor fundamental do Estado Constitucional, esse princípio se justifica a partir da necessidade que tem a coletividade de contar com a estabilidade do Poder estatal, a orientar suas condutas⁷.

Em uma contemporaneidade marcada pela globalização de ideias, padrões de consumo e estilos de vida, isso se torna um desafio da mais alta complexidade. Com a massificação das relações sociais, crescem os litígios, mais demandas são propostas e, infelizmente, o maquinário jurisdicional não consegue responder como dele seria esperado.

Como resultado, pilhas de feitos se acumulam nos cartórios, a morosidade corrói as engrenagens da Justiça e a insatisfação social com a função jurisdicional cresce assustadora e justificadamente. Não só os feitos têm demorado muitos anos para chegarem a um fim, como também, por vezes, alcançam resultados totalmente díspares entre si. Assoberbado, o Judiciário, constantemente, acaba conferindo respostas distintas a casos rigorosamente semelhantes, na

⁶ Sobre o princípio da isonomia, deve-se ter em mente a imprescindibilidade de trabalho com a sua acepção material, isto é, aquela mediante a qual se tratam igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, consoante tão conhecida máxima aristotélica.

⁷ Sobre o tema, elucidativo comentário complementa o cenário que se pretende traçar: “É esperado, pois, do Poder Público que se porte de maneira coerente com comportamentos e diretrizes anteriormente fixadas e seguidas, para que permita à população construir relações jurídicas e desenvolver sua própria personalidade, sem temer uma surpresa (aquí entendida como negativa) de uma nova e contraditória conduta a afetar o sistema.” DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. *O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015: Novos Desafios*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%A2ncia-e-o-novo-cpc-via+final.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

contramão da segurança jurídica e da própria noção de Justiça.

É nesse contexto, enfim, que o novel incidente de resolução de demandas repetitivas visa operar seus efeitos, conforme se vai adiante analisar.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E UMA TENTATIVA DE RESPOSTA

O legislador de 2015 abre o Livro III, “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, enunciando no art. 926 o compromisso do novo Código de Processo Civil com uma superior uniformização dos pronunciamentos jurisdicionais, ao dispor que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁸.

A iniciativa, à primeira vista, pode não parecer inovadora ou revolucionária. De fato, o diploma anterior já cuidava do tema, com o incidente processual de uniformização de jurisprudência, e mesmo a própria Constituição da República, *lex mater* do ordenamento jurídico brasileiro, dedica-lhe dispositivo, ao regular a súmula de efeitos vinculantes em seu art. 103-A⁹.

No entanto, extrai-se da nova lei processual um regramento ímpar¹⁰, por uma série de

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

⁹ BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

¹⁰ A singularidade se revela uma marca distintiva da Lei n. 13.105/2015, a qual traz para a norma positiva um novo paradigma, o precedente judicial, instituto que já vinha recebendo tratamento esparsos dos processualistas pátrios. No ponto, Abi-Ramia Duarte e Brasil traçam interessante panorama histórico, desde a edição dos primeiros verbetes do STF, de valor tão somente moral ou persuasivo, mas suficientes para demarcar, já em 1963, o começo do longo caminho de consolidação da jurisprudência. Com a posterior criação do STJ, em 1988, e as reformas da década de 90, as quais aceleraram o procedimento com mecanismos como a improcedência liminar do pedido e o julgamento monocrático de recursos pelo relator, aos poucos o Direito brasileiro foi conferindo maior força aos precedentes, enquanto decisões únicas aptas, *de per se*, a vincular causas futuras. A diferença para o conceito de jurisprudência, entendida esta como a reunião de posicionamentos dos tribunais acerca de certa temática, pode ser assim destacada: “Entre jurisprudência e precedente, a diferença quantitativa se faz óbvia: de um lado, a jurisprudência, linha de entendimento de um Tribunal, extraída a partir de conjunto de decisões por ele tomada sobre certa matéria, em um mesmo sentido; de outro lado, o precedente, decisão dada a apenas um determinado caso. Também em termos

aspectos: por um lado, ocupa-se de considerável detalhamento ao elencar, no art. 927, um rol de decisões, enunciados e orientações de observância obrigatória; e, por outro, traz incidente inédito e especificamente voltado à solução do caos interpretativo das cortes, a saber, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Constatados “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”¹¹, justifica-se a instauração do incidente, voltado à disciplina das demandas repetitivas, essas veiculadoras de interesses individuais homogêneos e definidas por Câmara como “[...] aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”¹².

Como acima abordado, essas causas repetidas, tão comuns em uma sociedade de consumo e – via de consequência – de litígios de massa, impuseram ao Poder Judiciário um desafio até há pouco desconhecido, mas clara tônica da contemporaneidade. Isso porque, diante de uma multiplicidade de feitos similares, o Estado-Juiz, não raro, revelou-se inapto a manter uma linha coerente, estável e minimamente previsível de respostas, inaugurando a era da assim chamada “jurisprudência lotérica”¹³ e maculando a imagem de tão crucial função da República¹⁴.

qualitativos é possível separá-los, tendo aquela o objetivo de identificar o sentido de certa norma jurídica, por meio de várias decisões, ao passo que este se preocupa em dar solução para um certo caso concreto.” DUARTE, BRASIL, op. cit., p. 19-20. Também consultar PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. Judicial rulings with prospective effect: I.B. general legal theory. *Revista de Processo*, vol. 232/2014, p. 275, jun. 2014.

¹¹ Nos termos do art. 976, I e II, do Código de 2015. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹² CÂMARA, op. cit., p. 477.

¹³ Nesse diapasão, bem analisa Câmara, ao frisar que, com frequência, as demandas repetitivas “[...] receberam, do Judiciário brasileiro, tratamentos diferentes, o que levou a incompreensíveis quebras de isonomia. É que muitos juízes e tribunais, em nome de uma suposta ‘liberdade decisória’, davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. Inaugurou-se, então, no Brasil o que se chegou a chamar de *jurisprudência lotérica*, já que o resultado do processo muitas vezes dependia da distribuição por sorteio e, dependendo do juízo para o qual o processo fosse distribuído, o resultado final poderia variar completamente.” Ibid., p. 478.

¹⁴ Bruno Redondo não hesita em asseverar que a “[...] multiplicidade de decisões divergentes sobre temas semelhantes e a mudança repentina da jurisprudência geram, para o jurisdicionado, imprevisibilidade sobre a interpretação da lei pelo Estado-juiz, o que é extremamente nocivo para o Direito e para a sociedade. Não apenas por

Delimita-se, dessa forma, o campo de atuação do IRDR. Através do julgamento de um único caso, fixa-se um posicionamento jurisdicional da corte, ou precedente, dotado de eficácia vinculante e, por isso mesmo, hábil a impor a todos os casos idênticos solução também idêntica. Com isso, fortalece-se a isonomia entre os jurisdicionados, assim como a segurança jurídica, enquanto previsibilidade de que o processo terá este ou aquele fim e de que futuros feitos também seguirão o mesmo caminho.

A partir de tais considerações, fica evidente a mudança de paradigma operada em 2015, trazendo o Brasil ao grupo de países de vanguarda que, muito embora sigam o modelo da *civil law*, já estão reconhecendo a imprescindibilidade dos precedentes para a manutenção de um sistema isonômico, estável e, por conseguinte, efetivo e justo.

Decerto que a ideia encontra resistência dos setores mais tradicionais; afinal, a cultura jurídica brasileira fincou bases na aceção de que, para que haja segurança, basta a existência de uma lei positiva que trate a todos da mesma forma.

Contudo, é preciso um olhar crítico para superar tal pensamento, sobretudo se se considerar a loteria decisionista do Judiciário. Em outras palavras, não se pode ignorar que, não obstante haja uma só lei para todos, frequentemente a ela são dadas interpretações as mais distintas e, conseqüente lógico, surgem os mais variados efeitos. Como sustentar que, em tal panorama, o simples fato de haver um diploma legal seja suficiente para a promoção de ideais superiores de segurança e isonomia¹⁵?

gerar descrédito quanto à magistratura, mas por contribuir para um senso-comum no sentido da injustiça, da instabilidade e da insegurança jurídica. Afinal, o cidadão, que deveria acreditar no Judiciário e considerá-lo como a última esperança para a realização da “justiça” - proteção daquele que efetivamente seja o titular do direito violado ou ameaçado - deixa de reconhecer, nesse Poder tão importante, a seriedade, a imparcialidade e a segurança que dele esperavam.” REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. V. 2. São Paulo: RT, 2014, p. 167-188.

¹⁵ DUARTE, BRASIL, op. cit., p. 22.

Com efeito, tal posição é indefensável, afigurando-se por mais esse ângulo a relevância do novo incidente processual ora em exame¹⁶.

Em linhas gerais, no julgamento do caso piloto pelo órgão regimentalmente indicado, divulgação e publicidade permitirão uma construção dialética do pronunciamento final. Tanto é assim que o art. 983¹⁷ expressamente prevê a oitiva não só das partes, mas também dos demais interessados, incluídos pessoas, órgãos e entidades com interesse na causa, além do Ministério Público. A lógica é intuitiva: uma vez que se pretenda conferir àquela decisão caráter vinculante sobre um sem-número de feitos repetidos, o mínimo a se garantir é que o máximo de opiniões seja levado em consideração para a formação do convencimento dos magistrados. Só assim se poderá edificar um precedente que represente adequadamente os anseios sociais em jogo.

Enfim, estabelecida a tese jurídica paradigmática, ou seja, fixada “[...] a interpretação da *quaestio iuris* que compõe a *causa petendi*”¹⁸, será a mesma aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, presentes e futuros, que versem sobre a mesma problemática, zelando-se, dessarte, pela coerência da jurisprudência do tribunal.

Todavia, a regulamentação do incidente não se encerra na estipulação da primeira tese. Afinal, a sociedade hodierna possui uma incrível capacidade de se autorenovar, de redefinir seus próprios limites e de transformar valores e conceitos, a todo instante, no apertar de um botão do computador que permite o acesso a praticamente qualquer lugar. O mundo ao alcance dos dedos da comunidade globalizada.

¹⁶ Cumpre transcrever a objetiva definição do instituto, na tinta de Bruno Dantas: “É possível conceituar o IRDR como o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos.” DANTAS. In: WAMBIER, DIDIER JR., _____ (Coord.), op. cit., p. 2179.

¹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹⁸ DANTAS. In: WAMBIER, DIDIER JR., _____ (Coord.), op. cit., p. 2194.

Portanto, ainda que *to treat like cases alike* tenha se tornado mais palpável, no cenário jurídico brasileiro, com o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas, estar-se-ia mantendo distanciamento da justiça do caso concreto se não fosse possível ao Poder Judiciário rever suas decisões anteriores e adequá-las aos novos valores sociais.

Eis a importância do *overruling*, a seguir esmiuçado.

3. O TRATAMENTO DISPENSADO AO *OVERRULING* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CRÍTICAS E REFLEXÕES

A tese jurídica firmada em sede de IRDR, quando elaborada, representa a consolidação dos debates travados em uma determinada hipótese concreta e o conseqüente advento da solução final. Uma solução que, naquelas condições e circunstâncias fáticas e temporais, se revela a mais acertada e justa à efetivação dos direitos envolvidos na lide e que, por isso, opera eficácia vinculante – até que seja revista.

Isso porque, com o passar do tempo e o desenrolar de episódios históricos, a mentalidade e os pensamentos da coletividade vão se alterando, se adaptando às novas ideias, jamais se estagnando. O que foi justo e correto ontem pode já não mais sê-lo amanhã¹⁹. Como vedar, assim, as alterações na seara jurisprudencial?

A questão é, notadamente, delicada. Por um lado, tem-se destacado que os tribunais devem primar pela manutenção de um padrão mínimo de previsibilidade, de modo a prestar a

¹⁹ Em outras palavras, é dizer: “De nada adiantaria, contudo, uniformizar o entendimento da Corte se isso significasse um engessamento perpétuo do Direito, algo incompatível com a própria ideia de Justiça e com a noção de evolução que sempre acompanhou a Humanidade ao longo da História. Isto é, se mudam as formas e os valores que levam as pessoas a se relacionarem, também a regulamentação jurídica deve transformar-se, sob pena de caducar e tornar-se ilegítima e sem credibilidade.” DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. *Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR* – por uma busca harmônica dos mesmos objetivos. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/irdr-juizados.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

atividade jurisdicional fundada no princípio da segurança jurídica. Por outro lado, porém, um Direito engessado vai se mostrando, paulatinamente, insuficiente para ordenar o meio social e satisfazer as expectativas legítimas dos cidadãos²⁰.

Dessa maneira, recomendável o meio-termo: mudar, sempre que necessário, mas nunca de modo discricionário, abrupto e infundado. Encontrar o ponto de equilíbrio entre preservar e transformar, preocupar-se com continuidade e com novidade.

Nessa toada, o novo Código prevê, explicitamente, a possibilidade de revisão de tese, consoante seu art. 986²¹. Trata-se do que, nos ordenamentos de *common law*, convencionou-se denominar *overruling*, que constituiria, para Antonio do Passo Cabral, “[...] a superação de uma regra jurídica estabelecida em uma decisão anterior, decisão que fora a primeira a tratar daquele tema (*case of first impression*), e que é, em termos simples, a decisão que ‘lidera’ a jurisprudência sobre a matéria (*leading case*)”²².

O *Codex* disciplina que o mesmo tribunal procederá ao reexame da tese, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública²³, em procedimento

²⁰ Inconcebível que a necessidade de estabilidade impeça toda e qualquer mudança na jurisprudência, mesmo nos casos de entendimentos há muito consolidados. “É que a busca pela correção e o aprimoramento das decisões deve permitir alterações de conteúdo em julgamentos futuros. Da mesma forma que todos prezamos que um entendimento consolidado tenha estabilidade, deve ser natural ao sistema jurídico a sua alteração pela percepção de que este mesmo entendimento está equivocado ou que a modificação da própria sociedade revela sua obsolescência. Em nome da evolução e desenvolvimento do direito, a jurisprudência deve estar aberta à mudança.” CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.

²¹ “Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.” BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

²² CABRAL, op. cit., p. 19.

²³ A despeito do texto expresso da lei, Alexandre Câmara entende incabível negar às partes a possibilidade de provocar a corte. “É que, como cediço, *tudo que pode ser feito de ofício pode ser requerido pelas partes*. Assim, tendo a lei expressamente autorizado a instauração de ofício do procedimento de revisão da tese, torna-se, por conseguinte, possível a qualquer parte, de qualquer processo em que a matéria seja objeto de discussão, requerer ao tribunal que instaure tal incidente de revisão (FPPC, enunciado 473: ‘A possibilidade de o tribunal revisar de ofício a tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas autoriza as partes a requerê-la’).” CÂMARA, op. cit., p. 485.

marcado pela garantia de contraditório²⁴. Não há qualquer prazo preclusivo ou decadencial para tanto, embora não se mostre recomendável fazê-lo em intervalo de tempo muito exíguo, para que se atente a uma certa estabilidade e continuidade da primeira tese²⁵.

O regramento legal, enfim, se resume a um único artigo. Isso, porém, não pode dar a falsa impressão de se tratar de tópico desinteressante ou desimportante ao processo civil. Ao contrário, constitui o mecanismo que possibilita ao Direito dinamizar-se na mesma medida em que as relações sociais se fluidificam e ramificam²⁶.

Muito se pode teorizar a respeito do instituto, notadamente porque o diploma dispensou-lhe tão ínfimo tratamento. Decerto que a sintética previsão legal pode não resultar em significativos desdobramentos, mas, tomando-se por base a considerável fertilidade dos debates jurídicos, há elevada probabilidade de a prática forense despontar em um sem-número de cenários controversos e, por isso mesmo, disformes.

A partir de simples análise do texto, vê-se que a norma não estabelece aspectos procedimentais relevantes da causa que pretenda suscitar o *overruling* de uma tese jurídica. A par das breves considerações tecidas acerca da competência – mesmo tribunal da tese anterior – e da legitimidade – *ex officio* ou quaisquer dos legitimados do art. 977, III (tema já controvertido, como *supra* destacado) –, muitos pontos não foram sequer tangenciados.

Exemplificativamente, cogite-se de pretensão veiculada pelo Ministério Público,

²⁴ Câmara sublinha que a revisão de tese deve “[...] ser precedida de procedimento em que se assegure o amplo e efetivo contraditório típico dos procedimentos destinados à produção de precedentes vinculantes, com intervenção de *amici curiae* e realização de audiência pública [...]” *Ibid.*, p. 484.

²⁵ DANTAS. In: WAMBIER, DIDIER JR., _____ (Coord.), *op. cit.*, p. 2196.

²⁶ Abi-Ramia e Brasil, sobre o assunto, observam a previsão do *overruling* mostra “[...] o que a realidade bem coloca ao Direito como um todo: é preciso, sempre, estar aberto ao dinamismo e à fluidez das relações sociais. Um Direito estático é um Direito, a médio prazo, morto, pois não mais se mostrará capaz de atender aos anseios da sociedade. Engessar, pois, teses jurídicas que, em um momento, se mostram adequadas, mas, em momento futuro, perdem tal qualidade, não seria benéfico a ninguém. Nem ao Judiciário, que estaria cometendo injustiças, em afronta ao seu papel constitucional; nem ao jurisdicionado, que estaria sendo o alvo de tais alvitre.” DUARTE, BRASIL. *O desafio*. *op. cit.*, p. 17.

legitimado categoricamente pelo Código. Que forma deverá tomar? Simples petição, dirigida ao presidente da corte, como na instauração do IRDR? Em procedimento autônomo ou nos autos da primeira causa? Que documentos devem instruir o feito? Como se prova a modificação do pensamento coletivo e a necessidade de revisão de uma tese porventura já cristalizada há anos?

Ainda outros questionamentos descortinam-se possíveis, quiçá prováveis, nestes primeiros momentos da Lei n. 13.105/2015. Pensa-se no órgão designado para o julgamento; na convocação de interessados na demanda; no processo de revogação do entendimento anterior para início da eficácia do novo. Enfim, em uma série de questões das quais, talvez, a melhor prudência recomendasse o detalhamento, de modo a evitar que um instituto voltado à uniformização da jurisprudência acabe por violá-la.

Explica-se: a tratativa da matéria pode restar a cargo dos regimentos internos dos tribunais locais, solução visivelmente prática e, até certo ponto, mais atenta às peculiaridades de cada localidade. Todavia, a conclusão a que se chega é a de que, se cada corte tiver sua própria regra, a ausência de disciplina específica na lei federal acarretará dezenas de processamentos distintos para um mesmo mecanismo revisional.

Consequentemente, se os tribunais dos Estados A e B preveem formas diversas de se proceder ao *overruling*, pode ser que, em A, o jurisdicionado tenha mais chances de fazê-lo, e de maneira mais célere, do que em B. Com isso, enquanto o Estado A se mostrará mais flexível na mudança de posicionamentos jurídicos, o Estado B será mais refratário a transformações, o que, inexoravelmente, acabará deflagrando situações de desigualdade social entre os entes federativos.

Portanto, ainda que não se pretenda, nestas poucas linhas, definir uma resposta para a problemática apresentada, mostra-se imperativo o exame do tema proposto, seja pelas relevantes

consequências jurídicas que implicará, seja pelos ainda mais prementes reflexos sociais que podem advir de um único artigo do novo Código de Processo Civil.

Vale sempre lembrar, enfim, que o Direito, enquanto ciência viva, é construído pela dialeticidade de seus intérpretes, estudiosos, aplicadores e curiosos. Através da reflexão e do debate, será possível chegar a uma solução, seja para a questão do *overruling*, seja para qualquer outro dos intrigantes dilemas normativos. Até que um novo questionamento desponte e, com ele, toda a discussão recomece.

CONCLUSÃO

A sociedade do século XXI, definitivamente, não é a mesma do século passado. Novas tecnologias, novos conceitos e novas visões de mundo revolucionaram e revolucionam todos os dias as relações interpessoais e, como não poderia deixar de ser, a regulamentação jurídica da vida em comum.

Nesse contexto, em que as novas Constituições desbordam valores sobre todos os ramos do Direito, crucial se revela uma análise pragmática da estrutura de Justiça, de modo a se buscar a plena efetivação de todas as garantias inerentes à mais efetiva prestação da atividade jurisdicional. Assim, princípios como o acesso ao Judiciário, o contraditório, a isonomia material e a segurança jurídica devem ser trabalhados de modo a maximizar a proteção conferida aos jurisdicionados.

A presente pesquisa científica, dessa forma, buscou destacar o papel desempenhado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) na concretização de tais ideais,

sobretudo através de seu incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), novidade legal que visa fortalecer o papel dos precedentes judiciais no cenário jurídico brasileiro.

Finalmente, a partir de um breve, porém crítico, enfoque sobre a sistemática do *overruling*, ou revisão de teses, propõe-se ao leitor que reflita sobre os possíveis desdobramentos do tão diminuto tratamento legal do instituto, em cotejo com toda a vasta gama principiológica que deve, em primeiro lugar e sempre, ser o norte dos caminhos a serem seguidos pelo Processo Civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. *O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Código de Processo Civil de 2015: Novos Desafios*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/O-desafio-de-uniformizar-a-jurisprud%C3%Aancia-e-o-novo-cpc-via+final.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. *Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR – por uma busca harmônica dos mesmos objetivos*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/irdr-juizados.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. Judicial rulings with prospective effect: I.B. general legal theory. *Revista de Processo*, vol. 232/2014, p. 275, jun. 2014.



REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. V. 2. São Paulo: RT, 2014, p. 167-188.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredir; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A INSEGURANÇA JURÍDICA GERADA EM DECORRÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONVÊNIO CELEBRADO NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ)

Maria Júlia Knibel Cid

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

Resumo: A Guerra Fiscal de ICMS nasce em virtude da concessão de benefícios fiscais sem amparo em Convênio celebrado no âmbito do Confaz. Trata-se de uma realidade federativa brasileira que levou ao ajuizamento de um grande número de ações judiciais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, visando pacificar o entendimento pela inconstitucionalidade, editou a Proposta de Súmula Vinculante n. 69. No presente trabalho, serão apresentados os efeitos práticos da Guerra Fiscal de ICMS, bem como serão analisados os possíveis impactos da Súmula Vinculante caso venha a ser aprovada e a possibilidade de modulação de efeitos como meio de assegurar a segurança jurídica em face dos contribuintes do imposto. Por fim, também será abordado o Convênio ICMS n. 70/2014 e os obstáculos que impedem o alcance do seu principal objetivo de minimizar os impactos da declaração de inconstitucionalidade dos benefícios de ICMS sem amparo no Confaz.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Tributário. Guerra Fiscal. Precedentes Judiciais. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais. Convênios Confaz. Proposta de Súmula Vinculante. Convênio ICMS n. 70/2014.

Sumário: Introdução. 1. Necessidade de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade de benefícios fiscais: Críticas e Reflexões. 2. Os possíveis efeitos da aprovação da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) n. 69. 3. Obstáculos intransponíveis à segurança jurídica mesmo após a da edição do Convênio ICMS n. 70/2014. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a consequência da Guerra Fiscal no tocante à necessidade de pacificação da jurisprudência, bem como de regulamentação da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade dos benefícios fiscais de ICMS concedidos sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz.

Tais benefícios são concedidos mediante lei por vezes em clara violação aos mecanismos de harmonização previstos na Constituição Federal, em um contexto de Guerra



Fiscal, onde há uma disputa entre os entes federativos pela atração de investimentos para seus territórios.

Em decorrência disso, foram ajuizadas ações declaratórias de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade dessas leis.

A questão ora discutida tem aplicação em face dos contribuintes de ICMS que usufruíram dos benefícios fiscais à época em que estavam amparados por leis em vigor e, portanto, gozavam de presunção de existência, validade e eficácia. Tais regras geraram expectativas legítimas para os contribuintes quanto ao seu cumprimento e os atos praticados durante a sua vigência merecem ser protegidos, principalmente albergados pelas noções intrínsecas ao conceito de segurança jurídica.

O primeiro capítulo do presente trabalho visa argumentar como deveriam ser os efeitos das relações jurídicas já constituídas durante a vigência das leis que concederam benefícios fiscais posteriormente declarados inconstitucionais. Buscar-se-á também explicitar a partir de um estudo de casos que, em prol da segurança jurídica, há sim necessidade modulação de efeitos nessas declarações de inconstitucionalidade.

Ademais, em face de inúmeros precedentes já analisados, o Supremo Tribunal Federal editou a Proposta de Súmula Vinculante n. 69. Nesse sentido, o segundo capítulo busca enfatizar que, não obstante a Proposta de Súmula Vinculante vise a sedimentação da jurisprudência, bem como busque conferir maior segurança jurídica aos contribuintes de ICMS, permanecerá um cenário de incertezas caso as declarações de inconstitucionalidade dos benefícios fiscais de ICMS não venham acompanhadas da respectiva modulação de efeitos.

No mesmo sentido, o Convênio ICMS n. 70/2014 busca minimizar o cenário de insegurança jurídica e garantir previsibilidade nos casos em que há declaração de inconstitucionalidade. Desta forma, o terceiro capítulo visa realizar uma análise do Convênio

ICMS n. 70/2014, bem como abordar os obstáculos para que a tentativa do Convênio se concretize.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e empregará a metodologia bibliográfica e de natureza descritiva. Possui como fontes principais a legislação e a doutrina, notadamente de livros e artigos científicos.

1. DA NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE BENEFÍCIOS FISCAIS: CRÍTICAS E REFLEXÕES

A Constituição Federal prevê ser competência de Lei Complementar a regulamentação da forma pela qual, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, as isenções, os incentivos e os benefícios fiscais serão concedidos e revogados no que concerne ao tributo ICMS. Nesse sentido, a Lei Complementar n. 24/75 estabeleceu que as isenções do referido imposto devem ser concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados por todos os Estados e pelo Distrito Federal no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

É importante ressaltar que no contexto da Guerra Fiscal, alguns Estados deixam de respeitar os preceitos da Constituição Federal e da Lei Complementar n. 24/75 ao exercerem a sua competência legislativa para a concessão de benefícios fiscais. Como consequência, tem-se o ajuizamento de inúmeras ações declaratórias de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade dessas leis, sendo certo que este órgão as tem julgado procedentes para declarar a inconstitucionalidade.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à impossibilidade de concessão de benefícios fiscais de forma unilateral pelos Estados. Por outro lado, é inegável que se estabelecem relações



jurídicas entre o Estado e o contribuinte prévias à declaração de inconstitucionalidade dos benefícios pelo Supremo Tribunal Federal.

Para ilustrar o cenário ora debatido, é preciso explicitar que, quando o contribuinte opta por usufruir de um incentivo fiscal, ele age conforme os ditames prescritos por lei específica, cumprindo com todos os requisitos e condições por ela impostos. Some-se a isso o fato de que o incentivo resta vigente no ordenamento jurídico por anos e anos sem que o seu âmbito de eficácia seja restringido ou questionado, sendo certo que esse período é suficiente para que as relações jurídicas dele decorrentes se consolidem e estabilizem.

Contudo, em decorrência da correta declaração de inconstitucionalidade do incentivo concedido unilateralmente, muitos Estados passam a exigir dos contribuintes o ICMS devido e não recolhido em virtude do aproveitamento do incentivo fiscal, tendo-se em vista que o ICMS é tributo sujeito a lançamento por homologação e, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, a Fazenda Pública goza do prazo de cinco anos para homologar o lançamento.

Em que pese a posterior declaração de inconstitucionalidade do incentivo, não se pode desconsiderar o fato de que se trata da cobrança de valores pela Fazenda Pública que até então foram objeto de incentivo fiscal concedido por ela mesma.

Assim, a cobrança retroativa do incentivo pela própria Fazenda Pública traduz-se em clara violação aos princípios da moralidade administrativa (previsto no art. 37, *caput*, CRFB/88), da segurança jurídica (previsto no art. 5º, *caput*, CRFB/88), da proteção da confiança e da boa-fé objetiva (sendo certo que esse último desdobra-se na proibição ao *venire contra factum proprium*, que veda o agir de modo discrepante).

Em outras palavras, conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, a Fazenda Pública não está autorizada a surpreender os administrados, tampouco subverter-lhes a confiança ao se voltar contra os seus próprios atos, invertendo-se a posição que transpareceu acerca de certa situação, fazendo retroagir esta nova posição em prejuízo dos administrados.

No âmbito do Direito Tributário, a boa-fé do contribuinte também resta protegida pelo art. 146 do Código Tributário Nacional, que dispõe que “*a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*”.

Nesse diapasão, não obstante a declaração de inconstitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos unilateralmente, é certo que a eventual cobrança retroativa dos valores não recolhidos pelos contribuintes em virtude do referido incentivo fiscal deve ser ponderada em face dos princípios constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive prestigiando-se a razoabilidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso² do Eg. Supremo Tribunal Federal trata da questão, conforme se depreende do trecho abaixo colacionado:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

Dessa forma, o entendimento de que tão somente a declaração de inconstitucionalidade da lei concessiva de benefício fiscal de forma unilateral seria suficiente para retirar a lei de

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 93 e 94

² BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 328

imediate e em absoluto do mundo jurídico, extinguindo todos os efeitos produzidos até então, deve ser analisado com cautela.

É preciso atentar-se para o fato de que existia uma lei até então válida e eficaz autorizando o benefício, o que evidenciava a existência de critério jurídico que norteava a aplicação do direito, bem como tornava clara a legítima expectativa de direito dos contribuintes quanto à incidência do ICMS.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal retire corretamente do mundo jurídico uma lei que previa incentivos concedidos de forma irregular, é razoável se esperar que, tão somente a partir daquele momento, os contribuintes não mais pudessem contar com os seus benefícios.

Ressalte-se ainda o posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes³ do Eg. Supremo Tribunal Federal, destacando a necessidade de a declaração de nulidade do ato normativo produzir efeitos prospectivos:

A lei inconstitucional não seria, portanto, *nula ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.

Portanto, quando o Estado exige o ICMS que havia desonerado no passado, acaba por provocar uma evidente mudança do critério jurídico adotado até então, o que não se admite no nosso ordenamento jurídico. Assim, a alteração de critério jurídico relativamente à impossibilidade de utilização do incentivo fiscal somente deveria ser aplicada aos fatos geradores

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 314.

futuros (*ex nunc*). Em outras palavras, não deveria retroagir aos fatos ocorridos anteriormente à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei n. 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal e em seu art. 27 autoriza a modulação de efeitos da declaração como ora se defende, nos seguintes termos:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por todo o exposto no presente capítulo, resta demonstrada a necessidade de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade de benefícios fiscais para que produzam efeitos *ex nunc*, conforme autorizado pelo mencionado art. 27 da Lei n. 9.868/99.

2. OS POSSÍVEIS EFEITOS DA APROVAÇÃO DA PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE (PSV) N. 69

A problemática da Guerra Fiscal não se exaure estritamente em uma análise jurídico-formal visando compatibilizar a edição de normas de competência estadual com o ordenamento constitucional. Além disso, também é necessário viabilizar uma solução que coloque fim à concessão desordenada de benefícios fiscais, sem, contudo, prejudicar aqueles contribuintes que usufruíram de tais atrativos, tendo em vista que em última instância contribuíram para a movimentação da economia regional e para a arrecadação tributária.

No capítulo anterior, foi possível constatar que é uma realidade brasileira a concessão de benefícios fiscais ao arripio da Lei, da Constituição e do Confaz. Nesse sentido, em 2011, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais 23 benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos Estados. Desde então, a jurisprudência tem sido firme nesse sentido.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal possa modular os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, a solução ideal para o problema esbarra necessariamente na competência legislativa do Congresso Nacional, com vistas a compatibilizar os diversos interesses públicos e privados envolvidos.

Nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes elaborou a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 69 sobre o tema, cujo verbete encontra-se abaixo colacionado:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.⁴

Conforme previsto no artigo 103-A da CRFB, o Supremo Tribunal Federal pode aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Dessa forma, caso aprovada a PSV n. 69, a Administração Pública terá o poder-dever de considerar inconstitucional qualquer desoneração do ICMS criada ao arrepio do Confaz, o que poderá ensejar a anulação de ofício dos atos administrativos relacionados, conforme autorizados pelos enunciados das Súmulas n. 346⁵ e n. 473 do STF⁶.

Não obstante o PSV n. 69 ainda se encontre em processo de tramitação, o Procurador-Geral da República já opinou pela aprovação da proposta. A manifestação é no sentido de que o objetivo seja evitar a Guerra Fiscal, bem como evitar a desestruturação do pacto federativo, em face do favorecimento do ente público desonerador, em prejuízo dos demais entes federativos.⁷

⁴ BRASIL. PSV n. 69, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3143828&tipoApp=RTF>> Acesso em: 29 fev. 2016

⁵ Súmula n. 346 do STF: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”

⁶ Súmula n. 473 do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

⁷ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. *Parecer nº 2686/2014 – ASJCIV/SAJ/PGR*. Disponível em: <<http://noticias>>

Ocorre que o parecer opina pela desnecessidade da modulação dos efeitos da decisão, prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Para sustentar esse entendimento, apresenta dois argumentos, quais sejam: (i) a proposta já se encontrada alicerçada em entendimento reiteradamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal e cujos desfechos não mencionam eventual modulação de efeitos; e (ii) caso a súmula vinculante seja aprovada, todos os incentivos fiscais concedidos após a sua vigência em inobservância à regra nela inscrita deverão ser considerados inconstitucionais, de modo que os demais Estados poderão reclamar diretamente perante o Supremo, alegando o descumprimento do enunciado sumulado, o que será um caminho célere para afastar o incentivo inconstitucionalmente concedido, se comparado com o rito das ações de controle concentrado ajuizadas até hoje.⁸

Em decorrência desse entendimento, poderia ser feita a cobrança de ICMS referente aos cinco anos anteriores, não havendo a convalidação dos incentivos fiscais já concedidos.

Além do exposto, do ponto de vista político, também restarão potencializados os riscos de responsabilização pessoal de Governadores e Secretários de Estado pela concessão e manutenção de benefícios fiscais em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Em via de consequência, é possível que os Estados tendam a revogar expressamente esses incentivos, bem como pretendam cobrar das sociedades que cumpriram a legislação o ICMS dispensado no passado de forma retroativa nos últimos cinco anos juntamente com os acréscimos legais (juros e multa), até mesmo como uma possível forma de atenuar a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos.⁹

pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf> Acesso em: 01 mar. 2016.

⁸ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. *Parecer nº 2686/2014 – ASJCIV/SAJ/PGR*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf> Acesso em: 01 mar. 2016.

⁹ FUNARO, Hugo. *Efeitos jurídicos da aprovação da proposta da Súmula Vinculante 69 pelo STF*. Disponível em: <

Em resumo, caso a PSV n. 69 seja aprovada, de um lado, haverá repercussão benéfica na luta contra a Guerra Fiscal, vez que possui efeito vinculante. Assim, qualquer decisão judicial que desrespeitar seu teor poderia ser questionada diretamente em sede de Reclamação Constitucional, o que garante mais celeridade do que a Ação Direta de Constitucionalidade.

Por outro lado, a sua aprovação esbarra necessariamente em alguns malefícios, pois as sociedades que usufruíram do benefício fiscal serão autuadas para a cobrança do imposto não pago nos cinco anos anteriores, além dos encargos legais.

Vale ressaltar que essas sociedades confiaram na legitimidade do benefício que lhes foi concedido e levaram em conta estes custos tributários para eleger o local de seu empreendimento, realizando investimentos e criando oportunidades de emprego. Ainda assim, essas sociedades se vêem surpreendidas com autuação de enorme monta, capaz até mesmo de levar essas sociedades à falência e obrigá-las a encerrar as atividades.

Visando minimizar os danos econômicos e sociais que essa cobrança retroativa pelos últimos cinco anos (juntamente com os acréscimos) pode vir a ocasionar, propõe-se neste trabalho que, caso a PSV n. 69 seja aprovada, o Supremo Tribunal Federal deveria realizar a modulação dos efeitos de forma *ex nunc*, pelos motivos já abordados no Capítulo 1 do presente artigo.

Assim, a única forma de a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes ser garantida caso a Proposta de Súmula Vinculante seja aprovada seria se o STF autorizasse a modulação dos efeitos, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, minimizando, dessa forma, os possíveis danos econômicos e sociais.

3. OBSTÁCULOS INTRANSPONÍVEIS À SEGURANÇA JURÍDICA MESMO APÓS A DA EDIÇÃO DO CONVÊNIO ICMS N. 70/2014.

O Convênio ICMS n. 70/2014, publicado no Diário Oficial da União em 30 de julho de 2014, foi assinado por vinte e um entes federativos estaduais¹⁰, visando agraciar os contribuintes com remissão e anistia dos créditos tributários de ICMS, relativos a benefícios fiscais e financeiros concedidos pelas legislações tributárias estaduais sem aprovação do Confaz, editadas até a data da publicação do Convênio. Os Estados que não aderiram ao Convênio foram Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Rio Grande do Norte e Santa Catarina¹¹.

O Convênio assinala que as regras que venham a conceder remissão e anistia de ICMS, bem como acréscimos devidos e não pagos em razão de benefícios criados sem a prévia aprovação em Convênio deverão observar alguns requisitos previstos em seu Anexo Único.

O Convênio ICMS n. 70/2014 não se confunde com a espécie de Convênio regulamentada pela Lei Complementar n. 24/75, que determina o procedimento para se estabelecer concessões de benefícios fiscais. Isso porque o Convênio ICMS n. 70/2014 possui natureza jurídica de protocolo de intenções, firmado entre os Estados acima referidos para demonstrar qual será a sua posição quando a matéria for efetivamente discutida no âmbito do Confaz¹².

O próprio Convênio estabelece condições à aplicação de suas regras, as quais podem se mostrar verdadeiros empecilhos à sua efetiva implementação. A cláusula décima do Anexo Único

¹⁰ Os seguintes Estados assinaram o Convênio: Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal. Disponível em <<http://abad.com.br/comite/arq/agosto.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2016

¹¹ Convênio ICMS Nº 70/2014 - Fim da Guerra Fiscal. Disponível em <<http://www.contabeis.com.br/noticias/18818/convenio-icms-no-702014-fim-da-guerra-fiscal/>> Acesso em: 15 mar. 2016.

¹² BRIGAGÃO, Gustavo. Será o Convênio 70/14 a efetiva solução para a guerra fiscal? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-15/consultor-tributario-convenio-7014-efetiva-solucao-guerra-fiscal>> Acesso em: 15 mar. 2016.

prevê como condições principais, cumulativamente, que haja (i) edição pelo Senado Federal, com fundamento no art. 155, §2º, IV da CRFB/88, de resolução que estabeleça a redução gradual da alíquota do ICMS, nas operações e prestações interestaduais; (ii) promulgação de uma emenda constitucional que promova a repartição, pelo Estado de origem e de destino, do ICMS incidente sobre as operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto; e (iii) aprovação de lei complementar que disponha sobre a instituição de fundos federativos e que afaste as possíveis restrições decorrentes da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00).

Impende observar que o Convênio representa a busca pela solução da Guerra Fiscal de ICMS. De um lado, afastaria a possibilidade de que as sociedades que usufríssem da redução do imposto por benefício inconstitucional fossem obrigadas ao recolhimento retroativamente, com alíquota cheia e acrescido de juros e demais encargos moratórios. Seria uma forma de proteger a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes que se aproveitaram de tais benefícios.¹³

Por outro lado, o Convênio traz normas que não possuem eficácia imediata, pois demandam que outras normas sejam editadas para que comece a produzir seus efeitos.

Apesar de a iniciativa do Convênio ser relevante para o deslinde da controvérsia relacionada à Guerra Fiscal, por indicar a inclinação do pensamento da maioria dos governos estaduais, tal iniciativa não é suficiente para resolver o problema, tendo em vista as inúmeras condições que estabeleceu para que a remissão e anistia pudessem se concretizar.

Nesse sentido, vale ressaltar as considerações de Gustavo Brigagão sobre o tema:

A imposição dessa condição, que envolve nada mais nada menos do que a aprovação de uma emenda constitucional, duas leis complementares, uma lei ordinária e uma resolução do Senado, além do próprio convênio (para o que, como dito, será necessária unanimidade de votos) inviabiliza, na prática, a aplicação dessas regras de remissão e

¹³ O Convênio ICMS nº 70/2014 e o fim da guerra fiscal. Disponível em: <<http://direitodeconheceroDireito.webnode.com/news/o-conv%C3%AAnio-icms-n%C2%BA-70-2014-e-o-fim-da-guerra-fiscal/>> Acesso em: 01 mar. 2016.

anistia, que são absolutamente essenciais para que o STF possa editar a Súmula Vinculante antes referida. De fato, sem esse perdão fiscal, a edição dessa Súmula promoverá verdadeiro caos econômico e absoluta insegurança jurídica, tamanho é o volume de benefícios fiscais que foram criados pelos mais diversos estados sem a prévia aprovação do Confaz”.¹⁴

Pelo exposto, a relevância prática do Convênio nº 70/2014 se traduz em verdadeira sinalização no sentido de quais Estados pretendem minimizar os impactos gerados pela Guerra Fiscal, restando claro que tais entes não possuem intenções de retirar repentinamente os incentivos fiscais já existentes, ainda que editados aquém dos parâmetros constitucionais.

CONCLUSÃO

Em uma análise específica dos efeitos produzidos pela Guerra Fiscal, é possível concluir que a profusão desordenada de normas pelos entes estaduais, proveniente de uma disputa por mais recursos financeiros, acaba por gerar insegurança jurídica ao contribuinte, que se vê diante da invalidade de leis relacionadas a benefícios fiscais concedidos de maneira absolutamente inconstitucional.

Por outro lado, é inegável a dificuldade dos Estados na obtenção de unanimidade das votações no âmbito do Confaz para que os benefícios de ICMS sejam concedidos de forma regular.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme ao declarar inconstitucionais as normas que versam sobre benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos Estados, sem prévia autorização em Convênio, como determina a Constituição e a Lei Complementar n. 24/75.

¹⁴ BRIGAGÃO, Gustavo. Será o Convênio 70/14 a efetiva solução para a guerra fiscal? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-15/consultor-tributario-convenio-7014-efetiva-solucao-guerra-fiscal>> Acesso em: 15 mar. 2016.

Tendo em vista o grande número de ações judiciais questionando a constitucionalidade dessas normas, foi editada a Proposta de Súmula Vinculante n. 69, que expressamente abraça a jurisprudência já pacificada no Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade.

É importante ressaltar que a aprovação da PSV n. 69 pode vir a trazer benefícios, pois possuirá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, sendo certo que qualquer decisão judicial que desrespeitar o disposto em Súmula Vinculante pode ser questionada diretamente em sede de Reclamação Constitucional, que é mais célere do que a via da ADI.

Contudo, a sua aprovação pode vir a gerar grande insegurança aos contribuintes, não sendo razoável que o contribuinte do ICMS que agiu de boa-fé e colocou em prática os preceitos de normas válidas e em vigor, sejam autuados para a cobrança do imposto não pago nos cinco anos anteriores, além dos encargos legais. Em outras palavras, não é razoável que os contribuintes sejam punidos por violação que não cometeram, pois confiaram em benefícios concedidos pelos Estados.

Assim, o presente trabalho buscou apontar as possíveis soluções como forma de garantia para os contribuintes. Dentre elas, ressaltou-se que a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes somente seriam tuteladas caso a Proposta de Súmula Vinculante n. 69 fosse aprovada com modulação dos efeitos, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, minimizando assim os possíveis impactos econômicos e sociais. Contudo, o Procurador Geral da República se posicionou no sentido de que seria dispensável a referida modulação.

Outra possível solução para os efeitos maléficos trazidos pelas declarações de inconstitucionalidade seria a trazida no bojo do Convênio ICMS n. 70/2014. Isso porque o mesmo estabelece, dentre outras disposições, a remissão e a anistia dos créditos tributários de ICMS, relativos a benefícios fiscais concedidos por legislações editadas até a data de sua

publicação, sem prévia aprovação do Confaz. No entanto, conforme amplamente discorrido ao longo do presente estudo, essa solução encontra grandes obstáculos, tendo em vista que prevê inúmeras condições cumulativas para que o Convênio possa produzir seus regulares efeitos.

Assim, é possível concluir que a problemática da Guerra Fiscal é uma realidade para os contribuintes de ICMS, já que, na prática, muitos representantes dos governos estaduais editaram normas em desacordo com a Constituição para se valer dos incentivos de ICMS como forma de atração de investimentos para seus territórios.

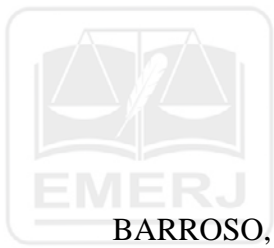
Ademais, a postura pacificada no Supremo Tribunal Federal é no sentido de desmotivar e acabar com a Guerra Fiscal, declarando inconstitucionais todos os benefícios editados em contrariedade ao Confaz.

Contudo, também deveria ser uma preocupação do Judiciário minimizar os impactos da Guerra Fiscal, porque, embora seja de extrema relevância acabar com o fenômeno, não se pode ignorar que é uma realidade brasileira e que inúmeros benefícios inconstitucionais já foram instituídos pelos governos estaduais e estão consolidados no tempo.

Por todo o exposto, o presente trabalho enumera as seguintes possibilidades para solucionar a Guerra Fiscal: (i) elaboração de um Convênio entre os Estados convalidando os benefícios inconstitucionais já concedidos e elencando apenas requisitos viáveis de serem cumpridos na prática; bem como (ii) modulação dos efeitos caso a PSV seja aprovada, de modo que as declarações de inconstitucionalidade apenas possuam efeitos *ex nunc*, para preservar a segurança jurídica, conforme disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

REFERÊNCIAS

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. *Parecer nº 2686/2014 – ASJCIV/SAJ/PGR*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Parecer%20em%20PSV%20n%2069.pdf> Acesso em: 01 mar. 2016.



BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BRASIL. PSV n. 69, de 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/proces/verProcessoTexto.asp?id=3143828&tipoApp=RTF>> Acesso em: 29 fev. 2016.

BRIGAGÃO, Gustavo. *Será o Convênio 70/14 a efetiva solução para a guerra fiscal?* Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-15/consultor-tributario-convenio-7014-efetiva-solucao-guerra-fiscal>> Acesso em: 15 mar. 2016.

Convênio ICMS Nº 70/2014 - Fim da Guerra Fiscal. Disponível em <<http://www.contabeis.com.br/noticias/18818/convenio-icms-no-702014-fim-da-guerra-fiscal/>> Acesso em: 15 mar. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

FUNARO, Hugo. *Efeitos jurídicos da aprovação da proposta da Súmula Vinculante 69 pelo STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-03/hugo-funaro-efeitos-juridicos-aprovacao-sumula-vinculante-69>> Acesso em: 01 mar. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

O Convênio ICMS nº 70/2014 e o fim da guerra fiscal. Disponível em: <<http://direitodeconhecero.direito.webnode.com/news/o-conv%C3%AAnio-icms-n%C2%BA-70-2014-e-o-fim-da-guerra-fiscal/>> Acesso em: 01 mar. 2016.

O Convênio Confaz 70/2014 e a Guerra Fiscal. Disponível em <<http://abad.com.br/comite/arq/agosto.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2016.

PGR se manifesta pela aprovação da Proposta de Súmula Vinculante 69. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/pgr-se-manifesta-pela-aprovacao-da-proposta-da-sumula-vinculante-69> Acesso em: 01 mar. 2016.

O FORTALECIMENTO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Maria Luiza Abreu de Barros Monteiro

Graduada pelo Centro Universitário de Brasília. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: o presente trabalho, realizado por meio de estudo bibliográfico, tem por objetivo analisar a teoria dos precedentes no sistema jurídico da *common law*, com o intuito de explorar a importação da supramencionada teoria para o sistema jurídico brasileiro, levando em consideração a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 –. Para tanto, explicita-se as razões pelas quais os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* são distintos entre si, bem como o motivo pelo qual se discute a necessidade de importação da teoria dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro. O Novo Código de Processo Civil traz de forma expressa a aplicação dos precedentes, deixando explícita a necessidade de fortalecimento da jurisprudência.

Palavras-chave: Precedente. Common Law. Civil Law. *Ratio Decidendi*. *Obter Dictum*. *Distinguishing*. *Overruling*. Novo Código de Processo Civil.

Sumário: Introdução. 1. Sistemas do Common Law e do Civil Law. 2. Teoria dos precedentes judiciais. 3. Os precedentes judiciais e o Novo Código de Processo Civil. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a publicação da Lei 13.105/2015, instituiu-se o Novo Código de Processo Civil, o qual entrará em vigor em março de 2016. Dentre as inovações trazidas pela nova codificação, uma delas é a regulação do sistema dos precedentes judiciais.

Com o intuito de dar ênfase aos precedentes, o referido código traz, dentro de um capítulo próprio, as regras para a adoção dos precedentes judiciais. Tendo em vista que a origem dos precedentes se deu nos países que adotam o sistema de *common law*,



faz-se necessário destacar alguns conceitos básicos para a melhor compreensão do instituto.

A relevância do presente trabalho se dá em virtude da necessidade de se valorizar a cultura dos precedentes judiciais. A teoria dos precedentes judiciais se baseia na fundamentação das decisões e, tendo em vista que tiveram origem em países com tradição *Common Law*, o Novo Código de Processo Civil trouxe a teoria para a realidade jurídica brasileira, que adota o sistema da *Civil Law*.

Assim, o primeiro capítulo desse trabalho apresentará a origem dos precedentes judiciais. Para tanto, serão abordadas as circunstâncias históricas as quais construíram a tradição de respeito às decisões judiciais.

Em seguida, no segundo capítulo, serão abordados os conceitos fundamentais para a compreensão do tema. Desse modo, serão trazidas as definições e limitações do que se compreende por *Ratio Decidendi*, *Obiter Dictum*, *Distinguishing* e *Overruling*.

Levando em consideração as acepções que serão tratadas no capítulo segundo, o terceiro capítulo enfatizará o propósito da teoria dos precedentes no Brasil, mais especificamente no Novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, a conclusão versará sobre a relevância da aplicação dos precedentes e quais as consequências e benefícios/malefícios trazidos pelo referido instituto. Dessa maneira, se fará necessária uma breve discussão sobre sua implicação da teoria dos precedentes judiciais no princípio da duração razoável do processo e o do livre convencimento motivado do magistrado. Por fim, se observará se o instituto será aplicado no Brasil com as mesmas características de como é aplicado nos países de tradição *Common Law*, ou se a aplicação se dará com adaptações.

A pesquisa que se pretende realizar utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1 – SISTEMA DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

Como é cediço, o direito tem como objetivo gerar estabilidade nas relações intersubjetivas e conferir ao cidadão previsibilidade das decisões¹.

A distinção entre o *common law* e o *civil law* é determinada por circunstâncias históricas bem delineadas. O momento mais significativo da história do direito inglês no que diz respeito ao nascimento do *common law* se deu com a “reorganização e a centralização da administração da justiça levada a efeito por Guilherme, o Conquistador”². Guilherme era Duque da Normandia e, em 1066, conquistou a Inglaterra. Lá se deparou com condados, ducados, senhorios feudais e vilas que detinham os seus próprios costumes, bem como suas cortes e seus tribunais, situação que não favoreceu ao novo rei. Assim, Guilherme iniciou a unificação dos costumes e se apropriou aos poucos da jurisdição, que antes estava nas mãos dos senhores feudais³. Destaca-se que Guilherme não foi considerado um soberano absoluto justamente por ter respeitado os costumes anglo-saxões. O referido rei promoveu a unificação do direito, o que veio a ser denominado de “direito comum”, o qual veio em substituição dos direitos individuais que ali vigoravam. Desse modo, a Corte de Guilherme I (*Curia regis*) tomou para si a centralização da vida administrativa e jurídica do reino. Juntamente com essa situação fática, surgiu a classe profissional forense, os quais eram os juizes, que, ao sentenciarem, criaram, de forma gradativa, o *common law*⁴.

¹ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Interpretação da lei de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*. Cidade, n. 893, v. 99, mar. 2010, p. 33-45.

² SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

³ JAUREGUI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

⁴ LOSANO apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.



O reinado de Henrique I, filho de Guilherme I, caracterizou-se pelo fortalecimento das atividades dos juízes itinerantes, que locomoviam-se pelo reino para julgar em nome do rei. Conseqüentemente, reduziu-se o poder dos senhores feudais. Assim, a atividade dos juízes itinerantes consolidou o sistema do *common law*⁵. Conclui-se que o costume, fonte do *common law*, não teve origem no comportamento do povo, mas sim dos juízes itinerantes⁶.

Mantém-se até hoje no sistema *common law* o atributo de que os casos concretos são fonte de direito e que casos idênticos devem ter a mesma solução. Cria-se, portanto, uma estabilidade e consistência na jurisprudência. O que antigamente as decisões eram baseadas nos costumes, atualmente elas se baseiam nelas mesmas. Essas decisões são consideradas precedentes, conferindo valor aos costumes quando esses são abarcados por um precedente⁷. Dessa maneira, a função do precedente é pautar o comportamento dos cidadãos⁸.

Muito embora a fonte de direito principal do *common law* sejam os costumes, e, conseqüentemente os precedentes judiciais, isso não significa que seja a única fonte de direito. Explica-se: o sistema do *common law* também tem como elemento a lei escrita. Contudo, aplica-se os precedentes mesmo quando o juiz fundamenta sua decisão com base na lei. A interpretação dada àquela lei pelo juiz vinculará decisões futuras⁹.

Diferentemente do *common law*, em que houve um *continuum* histórico¹⁰, verifica-se que no *civil law* houve rupturas históricas. No século XI, na Itália, foram

⁵ GIORDANI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011. P. 159-191.

⁶ LOSANO. op. cit, p. 170.

⁷ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o estado de direito. *Civil law e common law. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária*. Cidade, v. 57, n.384, jun. 2009, p. 53-62.

⁸ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. op.cit. p. 57.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, n.893, v.99, p. 33-45, mar.2010.

¹⁰ CAENEGEN apud SANTOS, p. 159-191

descobertos textos jurídicos que haviam sido conservados durante a Idade Média. Os estudiosos analisaram os textos profundamente, com o fito de empregar harmonia, até então inexistente, aos casos concretos. Os juízes romanos procuravam dar a mesma solução aos casos idênticos. Vê-se, desse modo, que o sistema do *civil law* surgiu em decorrência de trabalho intelectual dos estudiosos, em que o direito era pensado sistematicamente, assim como a ciência, a música, a filosofia¹¹. Não há como deixar de citar, como um dos maiores marcos do *civil law*, a Revolução Francesa, que adveio de abusos referentes à privilégios excessivos da nobreza e do clero. Com a Revolução, deu-se ênfase à teoria da separação de poderes de Montesquieu, bem como a tese de Rousseau de que a lei deveria expressar a vontade de uma nação¹². Os juízes deveriam obedecer a lei, havendo conexão entre lei escrita e igualdade. Porém, com a evolução da sociedade, não foi possível garantir a segurança que tanto se almejava. O texto da lei se tornou insuficiente para a resolução de todos os problemas, sendo necessário encontrar um mecanismo que conferisse maior flexibilidade¹³. A imprescindibilidade da interpretação da lei foi uma decorrência lógica. Mas, por não serem os precedentes nesse sistema vinculante, houve a frustração da previsibilidade, segurança jurídica, harmonia e isonomia¹⁴.

A firmeza do sistema *common law* é a presença de precedentes vinculantes. Daí a necessidade de trazer ao sistema *civil law* a vinculatividade das decisões.

2 – TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

¹¹ PINTO, op.cit. p. 57.

¹² CAENEGEN apud SANTOS, p. 159-191

¹³ PINTO, op. cit. p. 58.

¹⁴ WAMBIER, op cit. p. 57.



A teoria do precedente judicial se desenvolveu originariamente na tradição jurídica da *Common Law*, que tem como um dos fundamentos a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. O objetivo da previsibilidade é alcançado em razão da obediência aos precedentes¹⁵. Por esse motivo, não há como estudar o sistema dos precedentes judiciais sem ter conhecimento do funcionamento do *Common Law*. Isso porque, nesse sistema, a decisão possui um valor diferenciado do valor da decisão que se tem no Brasil com o sistema da *Civil Law*. Para aquele sistema, a decisão possui claramente duas missões. A primeira é a definição da controvérsia, isso é, as questões já decididas não podem ser renovadas. Já a segunda é estabelecer o valor do precedente, por meio da doutrina do *stare decisis*¹⁶. Considerando que o sistema do *Common Law* uma decisão é considerada e aplicada para solucionar um caso semelhante no futuro, a doutrina do *stare decisis* é imprescindível nesse sistema.

Desse modo, o primeiro passo é a compreensão da doutrina do *stare decisis*, o qual se fundamenta na máxima de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira similar. Importante destacar que os casos não precisam ser totalmente idênticos, de modo que a identidade não precisa ser substancial¹⁷.

O caso decidido, ou seja, o precedente, é considerado somente como um ponto de partida. O juiz estabelece o começo, o ponto de partida, afirmando a pertinência daquela decisão. Após, o precedente será adaptado, moldado e aplicado para alcançar a realidade do próximo caso concreto¹⁸.

Conforme ensinamento do jurista e filósofo americano Roscoe Pound, “o direito deve ser estável, no entanto, não pode ser estático”. Desse modo, devem ser

¹⁵ WAMBIER, cit.p. 59.

¹⁶ RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

¹⁷ DE ALMEIDA, Caroline Sampaio. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, v. 101, p. 343-385, ago. 2012.

¹⁸ RE, Edward D. op. cit. p. 48.

conciliados os conceitos de estabilidade e mudança¹⁹. Como é cediço, a sociedade é mutável e dinâmica, sendo certo que os valores da sociedade estão em constante movimento. Assim, o direito deve ser capaz de acompanhar a sociedade e o seu aumento de complexidade, sem, contudo, comprometer a estabilidade das decisões. Busca-se, dessa maneira, a segurança jurídica²⁰.

Na mesma decisão haverá a *ratio decidendi* e a *obter dicta*, sendo que esta é o oposto daquela. Ou seja, se na *ratio decidendi* analisa-se o que é juridicamente essencial naquela decisão, a *obter dicta* não configura elemento essencial, mas somente autoridade persuasiva. Literalmente a *obter dicta* significa “para morrer”. Dessa maneira, o que tem caráter vinculativo não são as *obter dicta*, mas o fundamento de direito que caracteriza a *ratio decidendi*²¹. Impende ressaltar que a *ratio decidendi* difere-se da *obter dicta*, pois esta se caracteriza como “uma declaração sobre direito enunciada pelo tribunal meramente como ilustração, argumento, analogia ou sugestão”²². Veja: o *obter dicta* não tem força de precedente, mas, sim, a *ratio decidendi*.

Verifica-se que, ao proferir uma decisão, não há a preocupação de identificar, desde já, qual é a *ratio decidendi*. Isso significa que o órgão subsequente, o qual irá aplicar a decisão a um caso a ele análogo, irá determinar quais são os fundamentos determinantes daquela primeira decisão²³, ou seja, qual a *ratio decidendi*.

¹⁹ POUND, Roscoe apud RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

²⁰ DE ALMEIDA, op. cit. p. 366.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op cit. p. 59.

²² SOLA, Juan Vicente. *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 2016, p.206.

²³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachussets: Havard University Press, 1978 APUD WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. Revista dos Tribunais, n. 99, v. 893, p-33-45, mar. 2010



Faz-se imperativo a aplicação do princípio legal da *ratio decidendi*²⁴. Essa significa a “essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”²⁵. Assim, conclui-se que deve ser levado em consideração apenas o tema essencial daquela decisão no que diz respeito às questões de direito, e não as questões de fato. Assim, o que efetivamente é vinculativo em um precedente judicial é a *ratio decidendi*. Por óbvio, a dificuldade existente é identificar o que imprescindível, essencial, na tese jurídica daquela decisão²⁶.

Levando em consideração que o juiz decide de acordo com o direito e que a lei, pelo princípio da legalidade, admite diversas interpretações, faz-se necessário estabelecer qual é a interpretação mais correta. Assim, estabelecida qual a interpretação mais correta, há a necessidade de que ela seja observada em situações análogas futuras, para que não se comprometa o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Conforme já anteriormente demonstrado, o direito não pode ficar imutável. Há a necessidade de que a vinculação dos precedentes não seja absoluta. Assim, existem instrumentos necessários para que a doutrina do *stare decisis* evolua, e, por via de consequência, sobreviva²⁷.

Uma das técnicas existentes denomina-se *distinguishing*. Trata-se da flexibilização do *stare decisis*. A regra essencial do precedente permanece, no entanto, há certas peculiaridades, no caso concreto, que possibilita que a *ratio decidendi* seja reformulada, com o fim de se amoldar à hipótese agora em análise²⁸. Para melhor visualização do conceito ora narrado, é possível citar um exemplo, qual seja: a *ratio decidendi* é que os contratos são exequíveis. Mas o Poder Judiciário se depara com uma situação sobre a exequibilidade de um contrato contra um incapaz em razão de sua

²⁴ WAMBIER, op. cit. p. 37.

²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: 2004, p. 175.

²⁶ WAMBIER, op. cit. p. 39.

²⁷ DE ALMEIDA, op. cit. p.348.

²⁸ WAMBIER, op. cit. p.41.

menoridade. Verifica-se que a regra continua sendo aplicável, que é o fato de o contrato ser exequível. Assim, não há a necessidade de reformar a regra (alterá-la), bastando reformulá-la. Desse modo, há a criação de uma exceção por meio da utilização do *distinguishing*²⁹⁻³⁰.

Conclui-se que é realizada uma distinção fática, jurídica ou procedimental constante do caso antecedente. Depreende-se que a tradução para o termo “*distinguishing*” é diferenciação.

Com efeito, é com base no *distinguishing* que se sustenta que o sistema de precedentes não acarreta na diminuição da independência do Poder Judiciário. Desde que demonstrado e devidamente fundamentada a diferença fática entre os casos, é possível afastar o efeito vinculante do precedente, mantendo a liberdade de julgar dos juízes³¹.

No que diz respeito à superação de um precedente há a técnica do *overruling*, que nada mais é do que uma total mudança interpretativa³². O precedente pode ser revisto a qualquer tempo. Inclusive, essa característica que o diferencia da coisa julgada, na medida em que quando ocorre o trânsito em julgado de uma decisão, esta não pode ser revista. Frisa-se: a decisão não pode ser revista (a não ser por meio de ação rescisória), mas o precedente pode. É possível fazer uma comparação do *overruling* com a revogação de uma lei por outra³³.

²⁹ EINSENBURG, Melvin A. The principles of legal reasoning in the common law. In: EDLIN, Douglas E (org.). Common Law Theory. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 93, 2007.

³⁰ Cite-se que no Brasil as cortes se utilizam da técnica do *distinguishing*. O STF já utilizou-se desse mecanismo quando editou a Súmula 724 ao entender que a decisão proferida na ADC 4, que diz respeito à constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997 que veda a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, não se aplicaria aos casos de demanda previdenciária.

³¹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Franciso. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 40, v. 241, p. 422, mar. 2015.

³² DE ALMEIDA, op. cit. p. 348.

³³ LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*. Vol.1. n.6. Dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: fev. 2016.



Um aspecto muito relevante no *overruling* é a necessidade de as decisões judiciais serem bem fundamentadas, pois só utilizando-se da fundamentação é que os argumentos poderão ser confrontados para assim poderem ser superados.

Dessa maneira, infere-se que o *distinguishing* e o *overruling* são técnicas de oxigenação do direito, ou seja, impedem a petrificação³⁴, possibilitando a atualização do direito de acordo com a sociedade.

3 – OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De maneira extremamente significativa, o novo Código de Processo Civil inaugura uma regulamentação própria e específica sobre os precedentes judiciais, o que não ocorre no Código de Processo Civil de 1973. Desse modo, indubitável que se trata de um tema atual, chamando atenção da comunidade jurídica.

A convivência em uma sociedade democrática requer atividades em conjunto, de modo a obstar que cada indivíduo atue em conformidade com o seu próprio código de valores³⁵. Um dos fundamentos da adoção da teoria dos precedentes é o princípio da igualdade, o qual impele o legislador a elaborar dispositivos legais sem que se estabeleça diferenças entre os cidadãos sem justificativas³⁶. Ou seja, o princípio da igualdade determina que perante a lei, todos são iguais, sem privilégios. É o que preconiza o art. 5º, *caput*, da CF³⁷. Trata-se da igualdade formal. O dever de igualdade

³⁴ Ibidem.

³⁵ CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 228.

³⁶ CAMBI; HELLMAN. *op.cit.* p.11.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.



também é imposto ao juiz, na medida em que ele não pode proferir decisões que estabeleçam distinções entre os sujeitos³⁸.

Já o princípio da isonomia, necessário ao sistema de precedente, se faz imprescindível pois não se pode conceber que o Judiciário não fique vinculado as suas próprias decisões com o intuito de garantir o mesmo posicionamento jurídico a todos, de onde vem o brocardo *treat like cases alike* – tratar casos iguais de modo semelhante –.

É da natureza dos precedentes que os órgãos judiciais devem segui-los, mesmo que deles discordem. No entanto, confere-se ao julgador ressaltar o seu entendimento pessoal inclusive para que se possa reconstruir o precedente e indicar a necessidade de superação, como no caso de *overruling*, e sinalização, como na hipótese de *signalizing*, para eventual revisão do entendimento³⁹.

Considerando esses princípios, bem como o da previsibilidade, estabilidade, segurança jurídica e duração razoável do processo que o novo Código de Processo Civil incorporou efetivamente a doutrina do *stare decisis*, embora com adaptações, ao prever expressamente o art. 927 do NCPC⁴⁰, inserido dentro do Livro III, Título I, Capítulo I, do NCPC⁴¹.

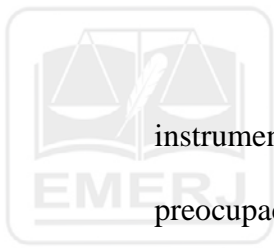
Um dos motivos mais relevantes para a adoção desse sistema é que com a crise do modelo de tripartição dos Poderes, o qual se enquadra a discussão do ativismo judicial, houve uma significativa alteração na atuação dos magistrados, tendo em vista que no *civil law* sua atividade não se limita mais a ser a boca da lei, que aplicava de modo mecânico a legislação escrita. Desse modo, há a necessidade de ser criar

³⁸ CAMBI; HELLMAN. *op.cit.* p.11.

³⁹ *Ibidem*, p. 421.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴¹ REZENDE, Lucas Teixeira de; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Crise no Estado Moderno, separação de Poderes e *stare decisis* – os precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 245, ano 40, p. 15-35.



instrumentos hábeis com o fito de padronizar as decisões judiciais, sendo que essa preocupação sempre foi relacionada com o sistema da *common law*⁴².

Diante desse contexto, o novo Código de Processo Civil estabeleceu no inciso I do art. 927 a obrigatoriedade de observância dos precedentes do STF no controle de constitucionalidade. Verifica-se, portanto, que não houve uma distinção entre juízes e tribunais. Isso significa que a menção genérica de “tribunais” compreende inclusive o próprio STF, que também está vinculado aos precedentes⁴³.

O inciso III, do supramencionado artigo, por sua vez, preconiza que deverão ser observados os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Desse modo, há uma evidência de que os tribunais superiores ocupam posição de vértice⁴⁴. Compreende-se o STF e o STJ, dentro das competências de cada qual, como Cortes supremas, de vértice, uma vez que não há tribunais acima para rever suas decisões.

O inciso II do art. 927 do NCPC versa acerca das súmulas vinculantes e o inciso IV trata das súmulas persuasivas, respectivamente. Tendo em vista que foi expressamente prevista a diferenciação entre precedente e súmula, não se pode admitir a confusão entre os conceitos. Assim, ao aplicar um enunciado sumular, exige-se que o julgador leve em consideração os precedentes utilizados para a formação da súmula⁴⁵. Isso é, devem ser considerados os precedentes que foram empregados para a construção da súmula. Diante de um sistema que se busca o fortalecimento do direito jurisprudencial, deve-se abandonar a prática de interpretar uma súmula dissociada dos precedentes que a originou.

⁴² Ibidem, p. 16.

⁴³ CAMBI; HELLMAN. *op.cit.* p.423.

⁴⁴ Ibidem, p. 422.

⁴⁵ Ibidem, p. 423.

Fechando o *caput* do art. 927 do NCPC há o inciso V⁴⁶, o qual prevê que juízes e tribunais devem respeitar as orientações do órgão especial ou do plenário do tribunal que estão vinculados.

Na hipótese de o julgador não seguir o precedente vinculante, faz-se necessário que a fundamentação para a sua não aplicabilidade seja adequada e específica, nos termos do § 4º do art. 927 do NCPC⁴⁷. Destaca-se que o novo Código de Processo Civil enfatiza a motivação das decisões judiciais com fundamento no princípio do contraditório, em especial por estabelecer no art. 7º do NCPC o princípio da paridade de armas, bem como no art. 9º do mesmo diploma legal o dever de o juiz oportunizar a manifestação da parte antes de proferir uma decisão.

Para que ocorra a superação do precedente, deve se comprovar que o novo posicionamento é mais adequado do que o anterior, por se estar diante de um equívoco deste ou de uma alteração de contexto. Ademais, por meio da fundamentação, o órgão judicante demonstrar que os motivos para se adotar um novo posicionamento é mais forte do que as razões de segurança que atuam para que o precedente seja mantido⁴⁸.

Além disso, o dever de fundamentação das decisões exigido para quando o juiz não aplica o precedente impõe que o magistrado tenha conhecimento do histórico de decisões. Destarte, o sistema de precedentes adquire uma característica democrática, em que o magistrado participa ativamente na construção do ordenamento jurídico. Ademais, o caráter democrático vislumbra-se também no fato de é possível que qualquer órgão jurisdicional afaste o efeito vinculante do precedente, desde que exerça adequadamente o seu dever de fundamentação das decisões⁴⁹. Conclui-se, desse modo, que efetivado

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, ano 39, vol. 237, p. 392, nov./2014.

⁴⁹ CAMBI; HELLMAN. op.cit. p.11.



esse dever, não é relevante se o precedente originou-se de um órgão jurisdicional superior, inferior ou de mesma hierarquia.

Com efeito, o art. 927, § 4º, do NCPC⁵⁰, ao exigir fundamentação adequada, reforça o direito fundamental dos cidadãos previsto no art. art. 93, IX, da Constituição Federal⁵¹ de motivação das decisões judiciais, para afastar o arbítrio do julgador e evitar que o julgamento se limite a sua íntima convicção sem se pautar em conteúdos racionais.

CONCLUSÃO

Depois de identificada a necessidade de o direito ser previsível e a possibilidade de o Direito se adaptar, conclui-se que há a necessidade de criação de mecanismos para que não torne o precedente como mero casuísmo. Esse fato decorre da necessidade de segurança jurídica, que nada mais é do que a confiança do jurisdicionado depositada no Estado de que uma conduta acarreta determinada solução.

Como já asseverado no decorrer desse trabalho, o sistema do *civil law* privilegia as normas. De acordo com a cultura jurídica brasileira, temos a concepção de justiça atrelada à norma escrita. O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema é muito distante do sistema do *common law*. Há pontos de aproximação, mas a cultura do *stare decisis* é de uma configuração completamente diferente, pois, em primeiro lugar, integra uma cultura jurídica. Em segundo lugar, porque a técnica do precedente como é aplicada no *common law* é bem diversa do modo como que é aplicado no sistema brasileiro.

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.



Um dos pontos que mais merece críticas quanto à adoção da teoria dos precedentes no NCPC é no que diz respeito à superação de um precedente. Os métodos de *overruling* foram construídos no *common law* durante séculos. No Brasil vem sendo aplicada a partir da EC 45 e agora consolidada com o NCPC. Contudo, a evolução de um sistema jurídico deve acompanhar a sociedade, sendo certo que uma previsão legal, por si só, não é capaz de alterar toda uma cultura jurídica.

O NCPC traz esperança de que haja maior estímulo ao estudo dos precedentes. Os sistemas de *common law* e *civil law* não são mais vistos de forma estanque. Eles se influenciam. Não há mais sistema de *civil law* baseado apenas em leis. O NCPC servirá como estímulo ao estudo dos precedentes em busca de uma justiça baseada na igualdade, na eficiência e na segurança jurídica. Desse modo, é imprescindível a realização de uma releitura da teoria do precedente para que ela seja incorporada no ordenamento jurídico de forma adequada, já que o direito brasileiro não possui uma cultura do precedente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.> Acesso em: 15 mar. 2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Franciso. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 40, v. 241, mar. 2015.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: 2004.

DE ALMEIDA, Caroline Sampaio. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, v. 101, ago. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachussets: Havard University Press, 1978 APUD WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, n. 99, v. 893, mar. 2010.

EINSENBURG, Melvin A. The principles of legal reasoning in the common law. In: EDLIN, Douglas E (Org.). *Common Law Theory*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

GIORDANI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

JAUREGUI apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

LOSANO apud SANTOS. Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*. vol.1. n.6. Dezembro de 2011.

MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, ano 39, vol. 237, nov./2014.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o estado de direito. *Civil law e common law*. *Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária*. Cidade, v. 57, n.384, jun. 2009.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Interpretação da lei de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*. Cidade, n. 893, v. 99, mar. 2010.

POUND, Roscoe apud RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.

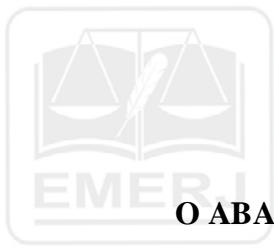
REZENDE, Lucas Teixeira de; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Crise no Estado Moderno, separação de Poderes e stare decisis – os precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 245, ano 40, julho/2015.



SANTOS, Igor Raatz dos. Considerações históricas sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Cidade, n. 199, v.36, set. 2011.

SOLA, Juan Vicente. *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, n.893, v.99, mar.2010



O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA VISÃO DA PSICOLOGIA JURÍDICA

Maria Luisa Portocarrero Castex Arbex

Graduada pela Universidade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a importância de uma figura paterna para o desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente de acordo com a entidade familiar dos dias de hoje. Discute-se ainda a ausência de imposição legal quanto à obrigação de amar e como a obrigatoriedade de convívio entre pai e filho é negativa para ambos. Por fim, uma reflexão no que tange a impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. É um assunto que envolve direito da criança e do adolescente e o direito de família.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito de Família. Abandono Afetivo. Dano Psicológico. Inexistência do dever de amar. Impossibilidade de responsabilização civil.

Sumário: Introdução. 1. O abandono afetivo e a visão da psicologia jurídica. 2. A ausência do vínculo de afeto e da obrigação de amar. 3. A impossibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica enfoca a temática do abandono afetivo nas relações familiares, já que dependendo do ambiente familiar em que vive a criança, o abandono pode trazer sérios prejuízos de ordem imaterial na formação da personalidade da criança e do adolescente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, com o avanço da sociedade, o significado de família também foi modificado, razão pela qual não se tem mais uma entidade familiar baseada apenas na relação genética, mas sim na afetividade, na convivência de maneira que a figura de um dos membros da família possa ser

substituído sem que traga maiores consequências para o desenvolvimento sadio da criança.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo até que ponto o abandono afetivo acarreta prejuízos na formação psicológica da criança e do adolescente.

O segundo capítulo destina-se a examinar a possibilidade de alguém ser obrigado a ter vínculo afetivo ou a amar diante da ausência de previsão legal.

No terceiro capítulo será analisada a impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo, uma vez que ausentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Por conseguinte, a conclusão versará sobre a relevância de uma análise aprofundada na hipótese de abandono afetivo para que seja verificado se houve ou não dano psicológico de maneira a ensejar condenação do genitor ao custeio de tratamento psicológico para a criança.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo explicativa e bibliográfica.

1. O ABANDONO AFETIVO E A VISÃO DA PSICOLOGIA JURÍDICA

O abandono afetivo decorre da omissão de um dos genitores em dar cumprimento aos deveres de ordem moral que decorrem do poder familiar, quais sejam, carinho, afeto, assistência moral, educação e atenção.

Com a ordem constitucional de 1988, a família passa a ser a responsável pelo desenvolvimento dos seus membros, uma vez que o afeto se tornou extremamente relevante às relações familiares. Assim, a relação entre pai e filho não se resume mais a



sua origem biológica, no entanto, que, atualmente são reconhecidas as relações socioafetivas.

Diversos estudos realizados pela psicologia demonstram que a convivência familiar com afeto é essencial para o desenvolvimento e formação da personalidade da criança. Nesse sentido, é importante ressaltar que uma convivência familiar sadia assegura a integridade moral, psicológica e física da criança, de maneira que possibilita a formação da sua personalidade de maneira saudável.

É por meio da família que a vida da criança é influenciada. A relação com os familiares condiciona o seu desenvolvimento, o seu estado emocional, seu desenvolvimento social, bem como as suas expectativas.

Normalmente o abandono afetivo ocorre com a separação dos genitores, quando a guarda do filho é concedida, na maioria das vezes, para a mãe. Assim, o genitor se ausenta, de maneira que não cumpre com seus deveres e obrigações em relação à criança.

Sabe-se que o dever daquele que não ficou com a guarda não se resume apenas em relação aos alimentos, mas sim o de auxiliar na formação da personalidade e desenvolvimento da criança, já que estes têm os pais como referência e exemplo.

A psicologia e a psicanálise explicam que o abandono afetivo, ou seja, a falta de afeto, amor e de cuidado pode desenvolver na criança sintomas de baixa autoestima, rejeição, gerando danos psíquicos, bem como na sua saúde física. Será com a ajuda dos profissionais da saúde e especialistas na área, como psicólogos e psicanalistas que se poderá constatar as consequências geradas na criança pelo abandono afetivo¹.

Cada membro familiar possui o seu papel de maneira a colaborar com a formação da personalidade da criança. Dependendo do ambiente familiar em que viva a

¹ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17.



criança, a ausência de um dos genitores dificulta o seu desenvolvimento sadio, podendo a vir a sofrer traumas emocionais, adquirindo patologias em virtude da ausência de um bom ambiente familiar, equilibrado, com amor e devida atenção necessários para o seu desenvolvimento.

Interessante trazer aqui um estudo de caso, no qual se pode observar como a ausência do pai traz transtornos psicológicos e danos físicos a criança².

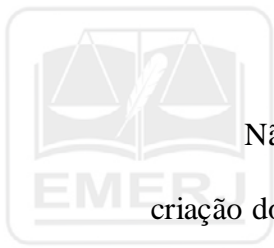
Relata a psicanalista que a menor, de 6 anos, aguarda com a mala pronta por “horas a fio” a visita do pai, que muitas vezes são adiadas ou canceladas sem aviso prévio. Frente à expectativa frustrada de ver o pai, a criança entra num processo de intensa angústia, quando passa a ser coçar compulsivamente, a ponto de provocar feridas em seu corpo.

Dessa forma, restam evidentes os danos psicológicos, emocionais vivenciados pela menor diante da ausência do seu pai. Claramente se constata que esta criança se sente rejeitada pelo genitor e caso não tenha um acompanhamento psicológico será um adulto frustrado, carente.

Por outro lado, cabe destacar algumas situações especiais, nas quais homens e mulheres resolvem assumir sozinhos os filhos, demonstrando excelente desempenho. Isso demonstra que a ausência de um dos genitores não é capaz, por si só, de caracterizar o abandono afetivo, que deve ser analisado casuisticamente, já que nem sempre a ausência de um dos genitores será capaz de gerar dano psicológico a criança. Tudo vai depender do ambiente familiar em que vive a criança. Existem crianças que convivem perfeitamente sem a presença do seu genitor durante o desenvolvimento e nem por isso sofrem abalo psicológico.³

² DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Categoria: Direito e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

³ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Rio de Janeiro, ano 7, n.35, p.53-74, abr/maio. 2006.



Não se pode ver o abandono afetivo como a simples ausência do genitor na criação do filho. É de suma importância analisar caso a caso para constatar se de fato a ausência do genitor foi capaz de trazer prejuízos para o desenvolvimento sadio da criança. Tal fato pode ser constatado nos casos de paternidade socioafetiva^{4,5}, na qual a figura paterna é exercida por outra pessoa diversa do genitor⁶.

Diversos estudos, principalmente da Psicanálise, comprovam que não é obrigatória a presença da carga genética para ser pai, sendo certo que a figura do genitor é mitigada, sendo construída dia a dia. O pai pode ser o próprio genitor, o avô, o namorado da mãe, aquele que cria, ou seja, qualquer pessoa que exerça a função de pai⁷.

Dessa forma, não se pode dizer que pela ausência do pai biológico resta caracterizado o abandono afetivo, uma vez que a figura paterna pode ser substituída por outros personagens sem que isso gere qualquer abalo psíquico na criança de maneira a comprometer o desenvolvimento psicológico, físico e social.

2. A AUSÊNCIA DO VÍNCULO DE AFETO E DA OBRIGAÇÃO DE AMAR

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a entidade familiar passa ser pluralizada, se passa a reconhecer a existência de família em mais de uma união, até mesmo fora do casamento. A família passa a ser democrática, ou seja, todos os

⁴ A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente. Naturalmente, a filiação socioafetiva não decorre da prática de um único ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação entre pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo, daquela relação.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: ed. *JusPodivm*, 2010, p. 612-613.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: ed. *JusPodivm*, 2010, p. 610.

⁷ *Ibidem*. p. 610.

membros podem manifestar a sua vontade e, por isso, hoje a família tem uma característica igualitária.

Observa-se que as relações familiares tem como principal elemento o vínculo afetivo entre seus membros, tornando-se fundamental no direito de família. As pessoas estão unidas por afeto e não para manter um patrimônio. É o afeto que une as pessoas e é a falta de afeto que afasta as pessoas. Por isso que atualmente se reconhece o parentesco tanto pelo lado biológico como pelo reconhecimento do afeto, ou seja, é pai, é mãe aquele que ama que cuida. E hoje, a família tem um caráter instrumental. Isso significa que a família é um instrumento para o nosso desenvolvimento como ser humano.

O ordenamento jurídico brasileiro, deixa claro o dever paterno de cuidar do filho tanto no aspecto físico como também no psíquico. Nesse sentido é a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 7.1⁸, a Constituição Federal no caput do artigo 227⁹, o Estatuto da Criança e do adolescente em seus artigos 19 e 22¹⁰, bem como no Código Civil em seu artigo 1.566, inciso IV¹¹.

Contudo, cabe destacar que o afeto não tem como ser imposto, é um sentimento que decorre de um envolvimento verdadeiro, razão pela qual não tem como ser cobrado de ninguém.

⁸ BRASIL. art.7.1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por ele.

⁹ BRASIL. art.227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁰ BRASIL. art.19 - É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu integral. art.22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹¹ BRASIL. art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos.



É comum os pais abandonarem os seu filhos, principalmente no que tange ao aspecto emocional após a separação conugal. Contribuem financeiramente, arcando com a pensão alimentícia, mas não mantem com o filho qualquer laço de afeto.

A ausência do vínculo afetivo entre pais e filhos pode se dar por vários motivos, seja pelo pai jamais ter mantido vínculo com o filho; seja pelo pai se afastar dos seus filhos após separar da mãe; ou o pai separar-se de seus filhos devido a influências inaceitáveis, o que se dá o nome de alienação parental.

Independentemente de qual seja a situação que se deu o abandono afetivo, é certo que o afeto presente nas relações paterno-filiais não pode ser imposto aos pais como um dever, pois ele só existirá com o tempo.

Daí a importância que deve ser atribuída à convivência, pois é com ela que nascem os verdadeiros sentimentos de amor e carinho, devendo se tratar com absoluta prioridade o direito à convivência familiar entre pais e filhos, uma vez que é no ambiente familiar e na presença dos pais que as crianças se sentem acolhidas e protegidas.

O afeto não é algo que se possa cobrar e tampouco se pode obrigar alguém a tê-lo. É evidente que cabe ao genitor, até por questões biológicas, amar o filho e lhe proteger. Mas nem sempre isso acontece por vários motivos. Afinal, até que ponto seria prejudicial à criança sofrer as consequências deste abandono ou de uma convivência forçada, na qual não se tem a presença do afeto.

Não tem como tornar obrigatório o cumprimento de um dever estritamente moral. Imagine um pai obrigado a visitar um filho que nunca teve contato. Sem dúvida, essa visita não será prazerosa para ambos, mas sim uma obrigação. Neste caso o

menos lesivo para o filho é que não ocorram estes encontros para que o filho não se sinta rejeitado.¹²

Nesse caso, se deve observar o que será menos gravoso para a criança, ou seja, se deve levar em conta o melhor interesse da criança¹³. Na maioria das vezes, não ter contato com o pai é melhor do que passar por situações constrangedoras que só prejudicarão o desenvolvimento psicológico e emocional da criança.

No mesmo sentido, não há obrigação de amar. É pressuposto de qualquer relação familiar que pais e filhos se amem. Mas o que significa amar?

Juridicamente, se pode afirmar que amar é um direito, jamais um dever. É por isso que ninguém é obrigado a amar ou deixar de amar alguém. Assim, quando um filho se socorre do poder judiciário para que sejam reconhecidas as perdas por parte do genitor que deixou de amar, configura-se um conflito entre os princípios da moralidade e da legalidade.¹⁴

A moralidade está ligada com a subjetividade do pai que abandona o seu filho, enquanto que a esfera da legalidade está ligada com o direito, com a objetividade. Dessa forma, para aquele que a abandona o seu filho cabe o seu arrependimento, enquanto que na esfera da legalidade é necessário que haja um comando legal. Assim, não há como obrigar o pai a amar o seu filho ou ter afeto por ele.

No mesmo sentido é o entendimento do STF¹⁵ e do STJ¹⁶ que já decidiu que ninguém é obrigado a amar por absoluta falta de previsão legal. Assim, por mais

¹² SCHUH, op. cit., p. 6

¹³ BRASIL. art. 1º do ECA - *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

¹⁴ SCHUH, op. cit., p. 6.

¹⁵ BRASIL. STF - AI: 845275 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/05/2011, Data de Publicação: DJe-102 DIVULG 27/05/2011 PUBLIC 30/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28845275%20ENUME%2E+O+U+845275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/outllxt>>. Acesso: em 22 mar. 2016.



absurda que pareça a questão, uma Lei pode obrigar que o genitor conceda cuidados a seu filho, assim como a prover alimentos, mas não pode obrigar um pai ausente a dedicar afeto ou dar amor a esse filho.

Não há como um pai que nunca teve contato com seu filho, por exemplo, possuir empatia por ele, assim como tratá-lo da mesma maneira que trata as pessoas pelas quais tem sentimento, sente amor. Assim, não restam dúvidas de que o dever de cuidado está intimamente ligado com o afeto, com o amor, razão pela qual não pode ser objetivado.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A doutrina e a jurisprudência divergem quanto à possibilidade da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo.

O dever de indenizar decorre de uma conduta ilícita. Para a configuração da responsabilidade civil é necessária a existência de conduta, nexo de causalidade e dano. Sem a presença desses elementos, não há o que indenizar. Desse modo, faz-se imprescindível a análise dos supramencionados elementos.

Não se pode confundir a caracterização do dano moral com as consequências, tais quais angústia, dor, sofrimento, vexame, humilhação, ou seja sentimentos negativos experimentados pela vítima. Logo, esses não servem de suporte para caracterizar o dano

¹⁶ BRASIL. STJ – Agravo de Instrumento nº 1.366.885 – MG (2010/0201495-3) – Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – data da publicação: 01.02.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1366885&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso: em 22 mar. 2016.

por abandono afetivo¹⁷. O que de fato configura o dano moral no caso do abandono afetivo é lesionar a integridade psicofísica do infante abandonado¹⁸. Uma das dificuldades encontradas é comprovar a violação dessa integridade. Para tanto, faz-se necessária a atuação de profissionais da área da psicologia para atestar de modo científico de que houve sequelas na formação psíquica da criança.

Com relação ao nexo de causalidade, é de extrema importância que o abandono afetivo seja fator determinante para a caracterização do dano e, conseqüentemente a reparação pecuniária. Mais uma vez é indispensável a realização de perícia psicológica para que se comprove a origem do dano¹⁹.

No que tange ao elemento culpa, por se tratar de responsabilidade subjetiva, a pretensão reparatória decorrerá da existência de culpa. Não resta dúvida de que o elemento culpa é o mais fácil de ser constatado nos casos de abandono afetivo. Isso porque questiona-se qual seria a conduta ilícita: em não demonstrar o afeto ou em não amar o filho.

Ademais, não se pode tratar o dano psíquico como dano moral, na medida em que o primeiro deve ser visto de maneira independente e atrelado à área da saúde, quando presente uma conformação patológica. Assim, nas causas que envolvam o abandono afetivo, é imprescindível a atuação de profissional da área da saúde para agregar conhecimento aos operadores do direito para que se alcance decisões mais justas. Caso essa conduta não seja adotada, as decisões serão baseadas tão somente no

¹⁷ BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN e Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 488-500.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 399-415.

¹⁹ BERNARDO, op. cit., p. 10.



senso comum, carecendo da configuração dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil²⁰.

Diversos fatores devem ser considerados pelo juiz ao analisar o mérito para formar o seu convencimento. Isso significa que o magistrado deve levar em consideração o ambiente familiar no qual viveu a criança para que não haja confusão com uma simples vingança do ex-cônjuge ou interesses com motivações exclusivamente financeiras. Além disso, o que se objetiva com a condenação do genitor é a compensação pelo danos suportados²¹, e não puni-lo pela não convivência com o filho.

O pedido de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo não é a forma de reclamar afeto do genitor, tendo em vista que na maioria das vezes, após paga a quantia definida em sentença, pais e filhos não conseguiriam restabelecer o vínculo perdido²². Após o litígio, uma barreira os afastará, impedindo qualquer possibilidade futura de reconciliação²³.

Assim, para que seja estabelecido ou até mesmo restabelecido o vínculo afetivo, se faz necessário que os pais também se submetam a tratamento psicológico, de maneira a configurar uma paternidade responsável.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se demonstrar as consequências do abandono afetivo na formação psíquico da criança e do adolescente. A psicologia e a psicanálise

²⁰ SCHUH, op. cit., p. 6.

²¹ BRASIL. T/RJ. APELAÇÃO. Processo 0024276-55.2012.8.19.0007. Des. ELISABETE FILIZZOLA. SEGUNDA CÂMARA CÍVEL – Julgamento:26/08/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500151381>>. Acesso: em 20 abr. 2016.

²² PADILHA, Carolina Cavalcanti. Quando pai vira réu por alegação de abandono afetivo..In: BRITO, Leila Maria Torraca de (Org.). *Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: UERJ, 2008. p. 187-215.

²³ CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 46, p.14-21, fev/mar. 2008.



explicam que o abandono afetivo, ou seja, a falta de amor e de cuidado pode desenvolver na criança sintomas de baixa autoestima, rejeição, gerando danos na sua psique, bem como na sua saúde física. Assim, faz-se necessária tanto a presença como a convivência com os genitores para que o desenvolvimento do filho seja o menos traumático possível.

Ainda que haja inúmeras decisões no sentido de condenar os genitores negligentes, a questão da condenação pelo abandono afetivo paterno é um tema delicado. Cada caso levado ao poder judiciário deve ser analisado com prudência e cautela, pois não há na legislação qualquer imposição no sentido de obrigar um pai a amar o seu filho. Consta-se que a indenização, a reparação pecuniária, não é a melhor maneira para compensar todo o sofrimento causado a criança ou adolescente abandonado no momento da sua formação psicológica.

Conclui-se, portanto, que a condenação por abandono afetivo é efetiva quando utilizada para amenizar os danos causados a criança abandonada no momento mais importante da sua vida, sem transformar as relações afetivas em relações monetárias.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN e Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil* – Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 488-500.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de mar. 2016.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso: em 09 mar. 2016.

_____. Lei Federal nº 8069, de 13 jul. 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso: em 09 mar. 2016.



_____. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: em 09 mar. 2016.

_____. STF. AI: 845275 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/05/2011, Data de Publicação: DJe-102 DIVULG 27/05/2011 PUBLIC 30/05/2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28845275%2E%2E+OU+845275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/outllxt>>. Acesso: em 22 mar. 2016.

_____. STJ – Agravo de Instrumento nº 1.366.885 – MG (2010/0201495-3) – Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – data da publicação: 01.02.2011. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1366885&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso: em 22 mar. 2016.

_____. TJ/RJ. APELAÇÃO. Processo 0024276-55.2012.8.19.0007. Des. ELISABETE FILIZZOLA. SEGUNDA CÂMARA CÍVEL – Julgamento:26/08/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500151381>>. Acesso: em 20 abr. 2016.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, ano 9, n. 46, p.14-21, fev/mar. 2008.

DE BRITO, Leila Maria Torraca. *Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2008.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara; O direito à integridade psíquica. *Boletim IBDFAM*, v. 33, p. 5. 2005.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono Afetivo: valorização jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos Morais e Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 399-415.

PADILHA, C. C. Quando pai vira réu por alegação de abandono afetivo. In: BRITO, L. M. T. (Org.). *Famílias e separações: perspectivas da psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2008, p. 187-215.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 29, p. 5-19, ago/set. 2012.



PEREIRA, Rodrigo Cunha. Decisão comentada – Indenização por Abandono Afetivo e Material. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, ano 13, n. 25, p. 99-117, dez/jan. 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, João Gaspar. Direito de família e afetividade no século XXI. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 16, n.378, p.42-43, out. 2012.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Rio de Janeiro, ano 7, n.35, p.53-74, abr/maio. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil – volume II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CONTEXTO DA “PRISÃO CAPTURA”

Mariana de Faria Almeida

Graduada pela Universidade Cândido Mendes
Advogada e Cientista Social.

Resumo: O sistema carcerário brasileiro sempre se apresentou como uma adversidade a ser solucionada tanto por estudiosos como por governantes. A atual política do não encarceramento traz consigo a efetivação das garantias constitucionais que se consubstanciam com os novos horizontes legislativos. Com o advento da Lei n. 12.403/11 que objetivou conferir um caráter subsidiário à prisão a análise ora exposta visa verificar em que contexto as audiências de custódia se apresentam, como se deu sua implementação e sua efetivação no país e principalmente no estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Princípio da Presunção de Inocência; Prisões Cautelares; Audiência de Custódia.

Sumário: Introdução. 1. O princípio constitucional da presunção de inocência e a privação de liberdade antes da condenação. 2. A audiência de custódia. 3. A audiência de custódia no Rio de Janeiro e a necessidade de sua implementação a todas as prisões em flagrante – Prisão captura. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a abordar o aspecto da audiência de custódia no contexto da prisão captura uma vez que aquela se destina à análise, por um juiz, da legalidade, necessidade e adequação da prisão em flagrante.

Trata-se de uma instrumentalidade prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual toda pessoa presa, detida ou retida será conduzida à presença de um juiz sem demora.

Dessa maneira, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) lançou um projeto para implementar as audiências de custódia nos Estados incentivando que os próprios Tribunais,



por meio de atos internos, a regulassem diante da ausência legal estabelecendo procedimento a ser adotado para a realização dessa audiência.

O trabalho enfoca a reestruturação do modelo prisional. Tendo, na audiência de custódia uma forma de implementação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

O primeiro capítulo demonstrará que a privação de liberdade antes da condenação viola o princípio da presunção de inocência, bem como da proporcionalidade e, por conta disso a modificação trazida pela Lei n. 12.403/2011.

O segundo capítulo busca evidenciar como se deu a implementação das audiências de custódia, seu fundamento legal e os objetivos iniciais do CNJ. Além de demonstrar sua consonância com os princípios constitucionais e com o Código de Processo Penal.

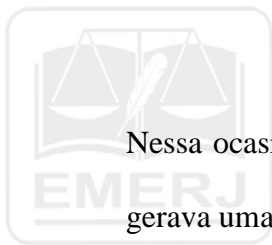
O terceiro capítulo abordará como se deu a implementação das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, qual a sua real efetividade e quais as atitudes necessárias para que a meta inicial do CNJ seja alcançada.

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

1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE ANTES DA CONDENAÇÃO

Segundo Lopes Jr¹ a presunção de inocência já existia no Direito Romano, mas foi invertida na Idade Média situação na qual era, na verdade, uma presunção de culpabilidade.

¹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 215.



Nessa ocasião, a dúvida diante de uma insuficiência de provas equivalia a uma semiprova e gerava uma semiculpabilidade com uma conseqüente semicondenação.

Em 1764, Beccaria² apontava que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe fora outorgada”.

Em 1789 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o direito à presunção de inocência foi reconhecido. Mais tarde, em 1948 também foi acolhido na Declaração Universal de Direitos Humanos. Em seguida foi aposta no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e em 1992 na Convenção Americana de Direitos Civis e Políticos.

Conforme preconiza Lima³ antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse princípio somente existia implicitamente. Com sua promulgação, estabeleceu o art. 5º, LVII⁴ que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio da presunção de inocência traz consigo consectários que, consoante Oliveira⁵, deverá, o Poder Público, observar duas regras em relação ao acusado: Regra de tratamento e regra probatória. Na primeira, o réu não poderá sofrer restrições pessoais fundadas na possibilidade de condenação, ou seja, a prisão somente se justifica em hipóteses específicas, sendo a regra responder ao processo penal em liberdade. Na segunda, a existência do fato e a autoria devem ser exclusivamente comprovados pela acusação, isto é, recai sobre a acusação o ônus da prova.

² BECCARIA, apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Bahia: Jus Podium, 2014, p.49.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Bahia: Jus Podium, 2014, p.49.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

Para Lopes Jr⁶ o referido princípio abarca, além da carga probatória e da vedação ao uso abusivo das prisões cautelares, a limitação à publicidade abusiva. Tratando-se, portanto, se um dever de tratamento que possui duas dimensões: interna que se refere justamente à carga probatória e a externa que protege o indivíduo contra a já referida publicidade abusiva.

Tal princípio se aplica notoriamente às prisões em flagrante que estão previstas nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal⁷ e tem as seguintes funções conforme assevera Lima⁸: evitar a fuga do infrator; auxiliar na colheita de elementos informativos; impedir a consumação do delito nas hipóteses em que a infração está sendo praticada e preservar a integridade física do preso diante de um possível linchamento.

A doutrina a classifica como uma medida cautelar. No entanto, Lopes Jr⁹ a entende como uma medida pré-cautelar de mera detenção que visa assegurar o resultado final do processo, uma vez que essa prisão em flagrante é o instrumento do instrumento, ou seja, a prisão em flagrante é um instrumento da prisão preventiva.

Para o autor¹⁰:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente será justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

O argumento de Lopes Jr¹¹ se fundamenta na determinação prevista no art. 306 do CPP¹² que prescreve o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente no prazo de 24 horas, após a realização da prisão.

Dessa maneira, resta caracterizado o caráter instrumental dessa prisão que, conforme o art. 310 do CPP¹³, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, ao receber o auto de prisão em

⁶ LOPES JR, op. cit., p. 220.

⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

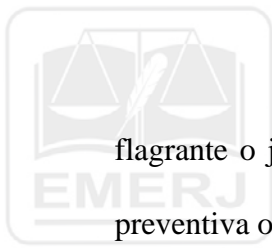
⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Bahia: Jus Podium: 2014, p.859.

⁹ Ibid., p. 822 a 823.

¹⁰ Ibid., p. 824.

¹¹ Ibid., p. 822 a 823.

¹² BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.



flagrante o juiz tem três opções: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Em vista disso, conclui Lopes Jr¹⁴:

[...] ninguém pode permanecer preso sob o fundamento “prisão em flagrante”, pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306, §1º do CPP).

Insta salientar que, o CJN (Conselho Nacional de Justiça) já previa em sua Resolução 66 de 27 de janeiro de 2009 em seu art. 1º as três hipóteses hoje previstas no art. 310 do CPP. O que corrobora a evolução legal do Sistema Penal brasileiro.

Por conseguinte, com o advento da Lei n. 12.403/11, a prisão, que só poderia ser decretada em caráter excepcional, hoje somente poderá ser decretada em caráter excepcionalíssimo sendo a regra, portanto, a liberdade do acusado, salvo se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Isso conduz, conforme observa Lima¹⁵ a uma redução de custos tanto familiar, já que ela arca com a manutenção desse preso, bem como Estatal, uma vez que este poupa tanto recursos humanos como materiais que são indispensáveis à manutenção do cárcere além de reduzir, inclusive, riscos e malefícios trazidos pelo encarceramento tais como a estigmatização, a criminalização do preso, dentre outros.

2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em fevereiro de 2015 foi lançado o projeto audiência de custódia decorrente de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo. Tal projeto consiste na apresentação do preso, na hipótese de prisão em flagrante, a um juiz. Sendo

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁴ LOPES JR, op. cit., p. 220

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Bahia: Jus Podium, 2014, p.775.

ouvidos, no mesmo momento, o Ministério Público e a Defensoria Pública ou Advogado do preso.¹⁶

Serão analisadas, durante a audiência, a legalidade, a necessidade, a adequação da continuidade da prisão e a eventual concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de medidas cautelares.¹⁷

Há ainda, a previsão da reestruturação de centrais, tais como monitoramento eletrônico, assistência social e câmaras de mediação penal que se tornarão opcionais ao encarceramento.¹⁸

Prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁹ e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu art. 7º, item 5:

Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Apesar de decorrente de um tratado, à época em que foi aprovada a norma, o art. 5º, §3º da CRFB/88 não existia. Trata-se então, de norma jurídica supra legal, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 349.703/RS.

Não há lei estabelecendo o procedimento a ser adotado para a realização dessa audiência. Por esse motivo, o CNJ incentivou que os próprios Tribunais, por meio de atos internos, regulamentassem a audiência de custódia.²⁰ Apesar de já existir um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional²¹.

¹⁶ AUDIENCIA de custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 29 fev. 2016.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Ibidem

¹⁹ BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 13 abr. 2016.

²⁰ AUDIENCIA de custódia. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

²¹ BRASIL. PLS nº 554, de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 02. mar. 2016.



Em 22 de janeiro de 2015, através do Provimento Conjunto nº 03/2015 o TJSP foi o primeiro a regulamentar a referida audiência no âmbito de seu Tribunal. Segundo o CNJ, ao longo de 2015 o programa foi implantado nas 27 unidades da Federação²².

O objetivo principal é atingir aqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, que têm residência fixa, uma profissão ou atividade fixa, que possuem famílias. Não havendo necessidade de prendê-los durante a instrução criminal, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski.²³

Para o Ministro, vive-se, no Brasil, a “cultura do encarceramento” pois hoje o país tem 600 mil presos sendo o quarto país que mais prende no mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia.²⁴

Do total de presos, 40% deles são provisórios que nunca tiveram contato algum com o juiz. Na cadeia sofrem maus tratos, violência sexual e são aliciados pelo crime organizado. Diante disso, o propósito é combater esse mal.²⁵

O ponto chave da audiência de custódia está no prazo de 24 horas para que os juízes ouçam as pessoas que foram presas em flagrante, avaliando a necessidade de mantê-las presas. Confere, portanto, ao cidadão detido, o direito de ter seu caso analisado por um juiz que irá averiguar a legalidade de sua prisão em tempo não maior ao acima referido. Tendo em vista que atualmente leva-se cerca de 6 meses para que o preso provisório desfrute do seu direito de presença e do direito de audiência, constitucionalmente previstos cuida-se de um notório avanço.

²² BRASIL. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

²³ STOCHERO, Tahiane. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda*: em audiência após flagrante, juiz libera preso para responder em liberdade. Combatem-se ‘males da cultura do encarceramento’, diz Lewandowski ao G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem

Deve-se destacar que o termo “audiência de custódia” não está expressamente previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH)²⁶, tratando-se portanto de uma criação doutrinária.

Foi ajuizada ADI 5240/SP²⁷ contra o provimento conjunto nº3/2015, do TJSP que foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal. Nela foi confirmado o caráter supralegal da CADH entendendo que o TJSP não inovou na ordem jurídica, apenas explicitando o conteúdo normativo já existente na Convenção e no CPP.

Foi destacado ainda, no julgamento, que a apresentação do preso está intimamente ligada à idéia de liberdade, ou seja, o habeas corpus.

Durante o julgamento o Ministro Luiz Fux²⁸ defendeu que essa audiência passe a se chamar “audiência de apresentação”. Dessa maneira, por não haver expressa previsão na CADH e o termo audiência de custódia se tratar de uma criação doutrinária, ainda não há certeza quanto à sua nomenclatura.

A audiência de custódia vem corroborar a visão constitucional das prisões cautelares que devem obedecer aos requisitos do *fumus comissi delicti e o periculum libertatis*. Uma vez que no Processo Penal brasileiro a prisão é excepcional, devendo, o réu, responder ao processo em liberdade.

Segundo o Ministro Lewandowski²⁹:

Quase metade (49,61%) das pessoas detidas em flagrante que passaram pelas audiências de custódia não tiveram suas prisões preventivas decretadas. O juiz compreendeu, olhando olho no olho, examinando a circunstância pessoal da pessoa que lhe foi apresentada, que ela não representava perigo para a sociedade. Se tem residência fixa, emprego lícito, família, pode ser ressocializado, por que vamos enviá-lo a uma cadeia insalubre, infecta, superlotada?

²⁶ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. 19. ed.São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ BRASIL. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

²⁸ BRASIL. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

²⁹ CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>. Acesso em: 29 fev. 2016.



Dessa maneira, as audiências de custódia vêm reafirmar o disposto no art. 306 e no art. 310 do Código de Processo Penal, ou seja, a legalidade da prisão será analisada por um juiz no prazo de 24 horas após a realização da prisão, devendo este primordialmente relaxar a prisão ilegal.

3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO RIO DE JANEIRO E A NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO A TODAS AS PRISÕES EM FLAGRANTE - PRISÃO CAPTURA

No Rio de Janeiro, a implementação do programa com a Resolução TJ/OE/RJ 29/15 se deu a partir do dia 18 de setembro de 2015 e contou, na assinatura do termo de adesão dos poderes locais e da audiência inaugural, com a participação do Ministro do Supremo Tribunal Federal e presidente do Conselho Nacional de Justiça Ricardo Lewandowski³⁰.

O diferencial do Estado está no envio, pelo delegado de polícia, ao juiz que irá comandar a audiência, da ficha técnica criminal daquele que foi preso em flagrante. Essa troca de dados irá permitir que o serventário busque os antecedentes criminais desse indivíduo. Dessa maneira, o sistema integrado irá permitir que a informação chegue antes do preso.

O preso irá passar ainda, por um atendimento médico em casos de abuso por parte da polícia ou da própria população. O principal objetivo é retirar o indivíduo das ruas evitando sua reincidência no crime. Haverá uma rede de proteção e assistência social do estado e do município, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro está buscando convênios para atender a essa demanda.

³⁰ AUDIÊNCIA de custódia chega ao Rio de Janeiro nesta sexta-feira. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80459-audiencia-de-custodia-chega-ao-rio-de-janeiro-nesta-sexta-feira>>. Acesso em: 31 mar. 2016.



Em entrevista disponibilizada pelo site do TJRJ a juíza auxiliar da presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Maria Tereza Donatti³¹, aponta os diferenciais da audiência de custódia, o tempo que o preso fica na delegacia, a estrutura do TJ para atender a demanda e o processo após a audiência.

Para a juíza, o preso terá contato com o juiz sem demora, o que se discute ainda é se o prazo de apresentação será de 24 horas ou de 48 horas. Haverá a análise, pelo magistrado, da legalidade da prisão, única e exclusivamente, levando-se em consideração as condições pessoais do preso atendo-se ao fato. Destaca que os flagrantes que acontecerem a partir das 18h serão apresentados logo no expediente da Central às 9h da manhã, havendo a utilização do sistema integrado.

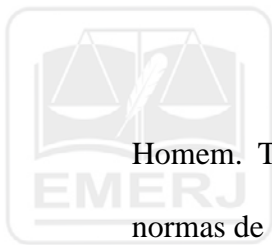
Quanto à estrutura do TJRJ para atender à demanda sublinha ela que as dependências do Plantão Judiciário serão utilizadas e que foram construídas salas de audiência, de equipe médica e de equipe psicossocial, sendo designados seis juízes. As audiências acontecerão de segunda a sexta das 11h às 18h pretendendo-se expandir para os fins de semana e para o interior. No que tange ao “pós” audiência de custódia, prevê o projeto do CNJ centrais de alternativas penais, monitoramento eletrônico e centrais de mediação.

No entanto, a Resolução TJ/OE/RJ 29/15, segundo Badaró³², apresenta aspectos preocupantes, tais como ausência de prazo definido para apresentação do preso, possibilidade de dispensa da audiência por condições pessoais e facultatividade da presença do Ministério Público.

O Rio de Janeiro foi o único Estado a aderir o projeto que não estabeleceu um prazo específico, se limitou apenas a repetir o art. 7º item 5 da Convenção Americana de Direitos do

³¹ AUDIÊNCIA de custódia: *presos poderão ser encaminhados para assistência social e médica*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23109>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Audiência de custódia no rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 01 mar. 2016



Homem. Tal opção compreende certa discricionariedade que não pode estar presente em normas de cunho penal diante do princípio da legalidade.

A previsão de dispensa também é criticada pelo autor diante da obrigatoriedade trazida pela CADH. Podendo haver causas de dispensabilidade, mas jamais de sua não realização.

A previsão de facultatividade da presença do Ministério Público é inadequada, uma vez que a presença do órgão do MP e do defensor é obrigatória. É o que garantirá que os direitos do preso estão sendo assegurados, tais como o direito ao silêncio, e a legalidade da audiência.

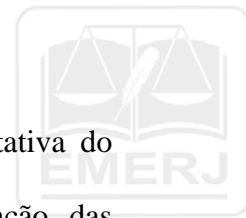
Apesar de tecer duras críticas ao sistema adotado no Rio de Janeiro, o autor destaca que sua implementação e criação é motivo de celebração, já que asseguram ao preso o direito de ter a legalidade daquela prisão analisada por um juiz.³³

Nesse contexto, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro divulgou pesquisa segundo a qual no período compreendido entre 18 de setembro e 13 de outubro de 2015 39,7% dos presos atendidos pelos defensores foram liberados. Foi traçado também um perfil racial, bem como analisado o grau de escolaridade e se possuíam algum tipo de vínculo empregatício. Sendo que somente 0,5% tinham nível superior e 82,42% disseram que trabalhavam antes da prisão.³⁴

Os dados apenas corroboram que o objetivo inicial do CNJ vem sendo alcançado, não só no Rio de Janeiro, mas também em todos os estados do país. Tal fato consubstancia verdadeira vitória, uma vez que a audiência de custódia apenas implementa os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

³³ Ibidem

³⁴ AUDIÊNCIA de custódia libera quase 40% da prisão no Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://portalnoar.com/305924-2/>>. Acesso em: 01 mar. 2016.



A Organização não governamental Human Rights Watch reconhece a tentativa do Brasil para combater violações a direitos humanos consolidada pela implantação das audiências de custódia em todo o país.³⁵

As estatísticas confirmam que a quase metade dos presos apreendidos em flagrante delito foi concedido relaxamento do flagrante ou liberdade provisória. Dos 28,8 mil presos que foram apresentados a um magistrado no país 13,9 mil sofreram relaxamento ou liberdade provisória.³⁶

Dessa maneira, diante da atual política brasileira do não encarceramento a audiência de custódia se mostra como um instrumento para efetivação das garantias constitucionais.

Para Aury Lopes Jr³⁷ “o objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito do processo”.

Dessa maneira, por ser a prisão a medida mais drástica a ser imposta ao indivíduo, que deve ser decretada apenas excepcionalmente, a regra é que se responda ao processo penal em liberdade.

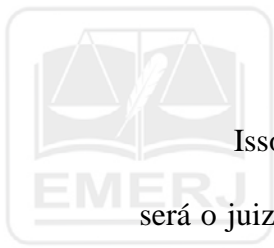
É nesse contexto que as audiências de custódia vêm sendo implementadas em todo o país. A partir do momento em que o delegado lavra o auto de prisão em flagrante o prazo para a apresentação desse preso a um juiz é, em regra, de 24 horas. Exceto a Regulamentação estadual que deixou tal prazo em aberto.

Nessa audiência de apresentação, ou audiência de custódia, deverá o juiz analisar pura e simplesmente as questões de direito, isto é, a legalidade daquela prisão. Não devendo se imiscuir no mérito da questão.

³⁵ MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Audiência de custódia é esforço contra violação de direitos* <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contra-violacao-de-direitos-humanos-diz-ong>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

³⁶ Ibidem

³⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo:Saraiva, 2014, p. 46.



Isso ocorre porque nesse momento esse juiz não ficará vinculado ao processo, ele não será o juiz natural da causa, sua função é, conforme já mencionado anteriormente, analisar a legalidade daquela prisão podendo relaxá-la, conceder liberdade provisória, aplicar medidas diversas da prisão ou manter a prisão.

Nesse contexto, a audiência de custódia, apesar de embrionária- apenas um ano de funcionamento no Estado de São Paulo e 6 meses no Estado do Rio de Janeiro-, vem demonstrando que cumpriu com seu principal objetivo que é desinchar o sistema carcerário de presos provisórios que representam quase 40% da população carcerária.³⁸

No entanto, resta evidente que esse não é o único problema a ser solucionado através das audiências de custódia, uma vez que o projeto inicial do CNJ prevê, inclusive, serviços de assistência social com a finalidade de evitar que esse sujeito volte a delinquir.

Além do propósito da ressocialização, também deve-se destacar o custo de um preso para o Estado. Em âmbito estadual gasta-se cercar de 21 mil reais com um preso anualmente, enquanto que em âmbito federal o valor pode chegar a até 40 mil reais.³⁹

Esse custo é pago com os valores dos impostos recolhidos. Portanto, a conta é paga por todos os cidadãos brasileiros. Diante desse cenário catastrófico as audiências de custódia vem tentar diminuir a população carcerária, bem como implementar medidas que ensejem a real ressocialização desse delinqüente. Trata-se apenas de um início.

É necessário o aumento de políticas de segurança que possibilitem a real prevenção e redução de crimes, uma política criminal de acesso à justiça, assistência a presos internos, o

³⁸ STOCHEIRO, Tahiane. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda*: em audiência após flagrante, juiz libera preso para responder em liberdade. Combatem-se ‘males da cultura do encarceramento’, diz Lewandowski ao G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

³⁹ BRASIL gasta com presos quase o triplo do custo por aluno. Disponível em: <<http://www.douradosagora.com.br/noticias/brasil/brasil-gasta-com-presos-quase-o-triplo-do-custo-por-aluno>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

fortalecimento institucional de órgãos de controle interno e externo e órgãos participativos, alterações legislativas e a produção de dados com transparência.⁴⁰

Essas são as atitudes necessárias para que a meta do CNJ seja alcançada e que com ela a sociedade se transforme oferecendo políticas de acesso a todos os cidadãos sejam eles de maior ou menor instrução, sejam eles de qualquer classe social, sejam eles de qualquer raça ou etnia. Esse é o Brasil que se quer, um país igualitário em que se ofereçam as mesmas oportunidades a partir do mesmo ponto de partida para todos aqueles que ali residem.

CONCLUSÃO

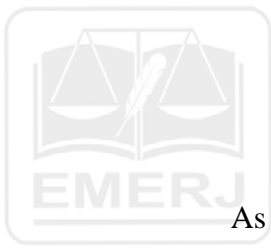
Diante dos dados apresentados, conclui-se que as audiências de custódia surgiram em um momento, de certa forma, caótico vivido pelo sistema carcerário brasileiro. No entanto, sua implementação vem demonstrando que em um curto prazo, um percentual bastante válido de presos, capturados em flagrante delito, estão sendo liberados.

Os dados apenas corroboram que nem todos aqueles indivíduos que são levados imediatamente à prisão deveriam lá estar. Essa política do encarceramento, que perdurou durante um longo tempo no país, vem sendo rechaçada hodiernamente por conta da prevalência da dignidade da pessoa humana.

É do conhecimento de todos que os presídios brasileiros não conferem ao apenado a real possibilidade de ressocialização. A conjuntura carcerária apresentada, conseqüentemente, demonstra uma verdadeira aliciação ao crime.

É nesse contexto que as audiências de custódia surgiram no Brasil. Seu objetivo primordial é evitar o encarceramento com o conseqüente ‘desinchaço’ da população carcerária, bem como evitar esse aliciamento pelo crime e possibilitar a real ressocialização desse indivíduo.

⁴⁰ SINHORETTO, Jacqueline. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.



As audiências de custódia se apresentam como uma saída efetiva a alguns dos problemas atuais. Sua implementação é digna de aplausos. A crítica que deve ser feita se limita, nesse momento, ao Estado do Rio de Janeiro que não estabeleceu prazo específico para sua realização, estabeleceu hipóteses de dispensa e também facultou a presença do Ministério Público e do defensor que, em regra, são obrigatórias conforme o ordenamento jurídico pátrio.

Por se tratar de um sistema embrionário que vem sendo adotado, ainda surgirão questionamentos acerca do tema, tais como a sua obrigatoriedade ou não e principalmente quais as conseqüências processuais da sua não realização. São questionamentos futuros que irão permear o âmbito das audiências de custódia.

REFERÊNCIAS

AUDIENCIA de custódia. Disponível em:

<<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. De custódia libera quase 40% da prisão no Rio de Janeiro. Disponível em:

<<https://portalnoar.com/305924-2/>>. Acesso em 01 mar. 2016.

_____. De custódia: presos poderão ser encaminhados para assistência social e médica.

Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23109>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Audiência de custódia no rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-tj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 29 fev. 2016.

_____. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Gasta com presos quase o triplo do custo por aluno. Disponível em:

<<http://www.douradosagora.com.br/noticias/brasil/brasil-gasta-com-presos-quase-o-triplo-do-custo-por-aluno>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. PLS nº 554, de 2011. Disponível em:
<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em:02>. mar.
2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Bahia: Jus Podium: 2014.

_____. Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*.
Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo:Saraiva: 2014.

_____. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3, ed. Rio de
Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Audiência de custódia é esforço contra violação de
direitos*<[http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contra-
violacao-de-direitos-humanos-diz-ong](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81419-audiencia-de-custodia-e-esforco-contra-violacao-de-direitos-humanos-diz-ong)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

NICOLIT, André Luís. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris:
2010.

SINHORETTO, Jacqueline. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Disponível em:
<http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

STOCHERO, Tahiane. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios;
entenda: Em audiência após flagrante, juiz libera preso para responder em liberdade.
Combatem-se ‘males da cultura do encarceramento’, diz Lewandowski ao G1*. Disponível em:
<[http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-
nos-presidios-entenda.html](http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html)>. Acesso em: 29 fev. 2016.



IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES SOB A PERSPECTIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

Mariana Várzea Ribeiro Pereira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito
- UFRJ. Advogada.

Resumo: A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) operou profunda transformação na Teoria das Incapacidades. Por ser muito recente, o tema carece de análises doutrinárias mais profundas, o que torna a abordagem desafiadora. O presente trabalho se destina a traçar um panorama geral acerca dessa transformação e o impacto no tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência mental submetida à curatela. Para isso, foi traçado um breve histórico sobre a Teoria das Incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro, partindo do Código Civil de 1916. Em seguida, foi destacada a origem do Estatuto, sua natureza jurídica e as alterações promovidas nos artigos 3º e 4º do atual Código Civil. Por fim, foi analisada a situação jurídica da pessoa com deficiência mental e as alterações em relação ao instituto da Curatela.

Palavras-chave: Direito civil. Capacidade. Incapacidade. Deficiência. Dignidade. Curatela. Curatela compartilhada

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico sobre a Teoria das Incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Origem do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2.1 Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a perspectiva da deficiência mental. 3. Curatela. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina a elaborar um panorama geral acerca da transformação concretizada pelo Estatuto da Pessoa com deficiência (Lei 13.146/15) na Teoria das Incapacidades, com enfoque na situação jurídica da pessoa com deficiência mental, outrora tão marginalizada.

"Loucos de todo o gênero". Era sob tal expressão que o Código Civil de 1916 fazia referência às pessoas que apresentavam transtornos de ordem mental, englobando-as juridicamente em um mesmo quadro de incapacidade civil absoluta. A nomenclatura escolhida revela a forma pejorativa e desconfortante do tratamento conferido àquele que apresentasse qualquer tipo transtorno mental, o qual perpetuou durante anos na legislação brasileira.

A Lei 13.146/15 instituiu uma verdadeira lei de inclusão da pessoa com deficiência e afastou por completo a possibilidade de enquadramento da pessoa com deficiência mental em uma situação de incapacidade civil absoluta.

Com o objetivo de viabilizar essa visão geral, inicialmente foi elaborado um breve histórico acerca da Teoria das Incapacidades, partindo da definição de alguns conceitos jurídicos que servem como pressupostos de imersão no tema, até a abordagem de sua regulamentação legal.

Em um segundo momento, foi pontuada a origem do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a consequência de sua entrada em vigor na Teoria das Incapacidades, com enfoque na situação jurídica da pessoa com deficiência mental submetida à curatela. Em seguida, foram expostas noções básicas sobre o instituto da curatela e o impacto do estatuto tanto em seu regramento quanto em sua aplicação prática.



O objetivo central do texto é viabilizar uma visão geral e atual do regime jurídico que contempla as pessoas com deficiência mental, marcando as alterações no que diz respeito à Teoria das Incapacidades e a atualização quanto ao modelo da Curatela, de modo a atingir a conclusão de que o Direito se presta, sobretudo, à realização da pessoa humana.

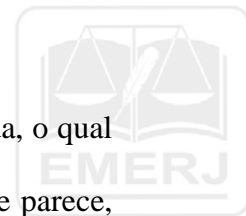
A pesquisa utilizará a metodologia do tipo pesquisa e bibliografia, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A TEORIA DAS INCAPACIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A abordagem da incapacidade civil pressupõe a consolidação de alguns conceitos relevantes, como a noção de personalidade e de capacidade. A personalidade, ora analisada em relação à pessoa natural, pode ser conceituada como um valor, uma qualidade atribuída ao ser humano, que corresponde à aptidão genérica para a titularidade de direitos e deveres na ordem jurídica. Pode-se afirmar, então, que a personalidade atribuída ao ser humano a condição de sujeito de direitos, centro de toda proteção do ordenamento jurídico. Em outras palavras, pessoa é o ser humano dotado de personalidade¹.

Quanto ao início da personalidade, algumas teorias se prestam a tratar do tema, dentre elas duas merecem destaque, a Teoria Natalista e a Teoria Concepcionista, as quais se propõem a responder as seguintes indagações: Qual é o início da personalidade? A partir de que momento o ordenamento jurídico reconhece a condição de pessoa humana?

¹AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 252.



Para a Teoria Natalista, a personalidade inicia a partir do nascimento com vida, o qual ocorre com a primeira troca ox carbônica com o meio ambiente. Essa Teoria, ao que parece, foi adotada no art. 2º do Código Civil, ressalvando-se a proteção dos direitos do nascituro desde a concepção.²

Já a Teoria Concepcionista, prevalente entre os doutrinadores contemporâneos, defende o momento da concepção como o início da personalidade. Isso significa que para essa teoria, o nascituro é considerado pessoa humana, sujeito de direitos. De qualquer modo, independente da controvérsia sobre o tema, há forte tendência jurisprudencial em se resguardar direitos ao nascituro, atribuindo-o a condição de pessoa humana.³

O conceito de capacidade encontra-se intimamente ligado à noção de personalidade e pode ser desmembrado em duas espécies: capacidade de direito e a capacidade de fato.

A capacidade de direito, ou capacidade de gozo, consiste na aptidão para a titularidade de direitos e deveres na ordem civil, enquanto a capacidade de fato, ou capacidade de exercício, se revela como a viabilidade de exercício desses direitos de forma autônoma. Note-se que a capacidade de fato é a medida ou extensão da personalidade.

Dessa forma, pode-se dizer que todo ser humano é detentor de personalidade, e todo aquele que detém personalidade possui capacidade de direito, contudo, nem todos possuem capacidade de fato, ou seja, há situações em que os direitos na vida civil não poderão ser exercidos de forma autônoma e independente pelo seu titular. É nesse ponto que reside a noção de incapacidade.

A incapacidade revela-se por uma restrição da capacidade de fato, o que significa que a pessoa incapaz possui capacidade de direito, mas em virtude de alguma situação limitadora, não está apta ao exercício da capacidade plena de forma autônoma.

² GUSTAVO, Tepedino. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 4.

³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método. 2015, p.71.



A incapacidade pode ser dividida em incapacidade relativa e incapacidade absoluta. A incapacidade relativa limita o exercício da capacidade de fato, enquanto a incapacidade absoluta esvazia por completo o exercício autônomo dos direitos civis.

O tema da incapacidade sempre foi tratado pelo Código Civil e pelo fato da restrição ser rigorosamente excepcional, as hipóteses de incapacidade decorrem única e exclusivamente da lei.

O Código Civil de 1916 destacava, no artigo 6º, como causas de incapacidade civil absoluta: "Menores de dezesseis anos"; "Loucos de todo gênero"; "Surdos, mudos, que não puderem exprimir sua vontade"; e os "ausentes, declarados tais por ato do juiz", e como causas de incapacidade civil relativa: "Maiores de 16 anos e menores de 21 anos"; "Mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal"; "Pródigos"; e "Silvícolas".⁴

Posteriormente, o Código Civil de 2002, em seu artigo 3º, alterou esse quadro e previu como hipóteses de incapacidade absoluta: "Menores de dezesseis anos"; "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos"; e "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade", restando, no artigo 4º, como hipóteses de incapacidade civil relativa: "os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos"; "os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido"; "os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo"; e os "pródigos".

Note-se que o Código Civil de 2002 não operou profunda transformação no que diz respeito à pessoa com deficiência mental, houve sim uma mudança de nomenclatura, a fim de afastar o tratamento pejorativo estampado no Código Civil de 1916. A alteração mais

⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016

relevante e dotada de forte caráter constitucional foi mérito do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2. ORIGEM DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei 13.146/15, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi criada para materializar o compromisso internacional assumido pelo Brasil quando ratificou, em 1º de agosto de 2008, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembleia Geral nº 61/106.⁵

Sem adentrar no conteúdo profundo da Convenção, sua finalidade foi promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, cabendo aos Estados signatários a tomada de medidas para a implementação dos direitos nela previstos.⁶

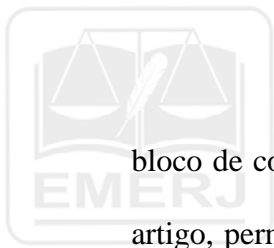
Importante ressaltar que esse tratado internacional de direitos humanos foi o primeiro a ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro na forma do Art. 5º, §3º, da Constituição Federal, por meio do Decreto Legislativo 186, de 2008.⁷ Isso significa que, indiscutivelmente, possui natureza constitucional.

Sobre esse tema é importante pontuar relevante entendimento esposado por Flávia Piovesan, ao realizar interpretação do art. 5º, §2º, da carta constitucional de 1988, no sentido de que todo tratado internacional de direitos humanos incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, independente do *quorum* de aprovação, é materialmente constitucional e compõe o

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

⁶ *Ibid.*, p. 304.

⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm> Acesso em: 03 mar. 2016



bloco de constitucionalidade. Para a autora, o *quorum* qualificado previsto no §3º do mesmo artigo, permite apenas a alteração formal do tratado no âmbito jurídico interno, ou seja, se o tratado for incorporado com *quorum* qualificado, será, além de materialmente constitucional, formalmente constitucional, e passará a ter natureza de emenda constitucional.⁸

O grande objetivo desse diploma legal foi promover a inclusão civil e social da pessoa com deficiência, de modo a criar um terreno fértil ao desenvolvimento pleno e irrestrito de sua cidadania.

Dessa maneira, o Estatuto surgiu para dar maior concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor constitucional primeiro, no momento em que define, em seu artigo 84º, a pessoa com deficiência, a priori, como apta a exercer plenamente sua existência em igualdade de condições com as demais.⁹

Assim, uma série de alterações foram promovidas na busca pela concretização dessas garantias, e nessa linha de raciocínio foram alterados os artigos 3º e 4º do Código Civil, a fim de deixar incontestes a capacidade plena da pessoa com deficiência e sua excepcional restrição. Aqui não se discute os resultados práticos dessa transformação e a possibilidade de eventuais prejuízos dela advindos, o objetivo é extrair a essência do Estatuto e seu caráter inclusivo, sobretudo quanto à pessoa com deficiência mental.

2.1 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 464.

⁹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016.

Durante muitos anos, os transtornos de ordem mental, independente das peculiaridades do caso, levavam a um quadro de incapacidade civil absoluta. Nas palavras do Ilmo. Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar as ordens de causa da incapacidade absoluta na redação antiga: "A enfermidade e a deficiência mentais importam em incapacidade absoluta, estando genericamente abrangido pelo Código Civil qualquer estado de insanidade."¹⁰

O Código Civil de 1916, em seu artigo 5º, II, utilizando nomenclatura bastante infeliz, previa que os "loucos de todo gênero" eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente atos da vida civil. O Código Civil de 2002, inicialmente, afastou o uso da expressão, mas manteve, em seu artigo 3º, II, como hipótese de incapacidade absoluta: "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos". Assim, tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002, a deficiência mental permaneceu como causa de incapacidade civil absoluta.

Foi então com o advento da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que se operou significativa transformação jurídica no tratamento da pessoa com deficiência mental, afastando-se a expressão "deficiência mental" do rol de causas geradoras de incapacidade.

A definição da deficiência mental foi abarcada pela definição ampla e inovadora de deficiência apresentada no texto, compreendida como o "impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".¹¹

A alteração mais significativa no que diz respeito à Teoria das Incapacidades foi dos artigos 3º e 4º do Código Civil, alterados pelo artigo 114º do Estatuto, passaram a preservar como única hipótese de incapacidade absoluta a dos menores de 16 anos, determinada por

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 234.

¹¹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016.



critério meramente biológico¹². Retirou-se do elenco das causas resultantes de incapacidade absoluta a situação da pessoa com deficiência mental sem o necessário discernimento para a prática de atos civis, e passou-se a prever como hipótese de incapacidade relativa: "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade". Note-se que a expressão "deficiência mental" foi afastada do regramento.

Atualmente, portanto, a única hipótese de incapacidade civil absoluta é a do menor de 16 anos e as hipóteses de incapacidade civil relativa se restringem às seguintes: "maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos", "os ébrios habituais e os viciados em tóxico", "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade", e "os pródigos".

A alteração é extremamente relevante e traduz a preocupação do Estatuto em resguardar ao máximo o exercício do direito fundamental à capacidade e, conseqüentemente, à liberdade, valores tão caros a dignidade humana. Nessa linha, o legislador, no artigo 84º da referida Lei¹³, entendeu por bem deixar expreso o direito da pessoa com deficiência ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais.

A regra passou a ser a da capacidade civil plena, o que ficou assentado em seu artigo 6º ao dispor que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa", inclusive para, por exemplo, "casar-se e constituir união estável".

O Estatuto afastou a expressão "deficiência mental" do regramento da incapacidade e transportou a ausência de autodeterminação como hipótese passível de ensejar um quadro de incapacidade relativa. Em termos práticos, isso significa que não basta a constatação sobre uma situação fática de transtorno mental para legitimar a restrição da capacidade, sendo

¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016.

¹³ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016.

necessário verificar se a deficiência mental compromete ou não a manifestação de vontade, a capacidade de autodeterminação.

A padronização do ser humano tido por apto e a segregação daqueles ditos inaptos nunca foi benéfica à coletividade. Oprimiu ambos os grupos com discursos falaciosos de limpeza e segurança, e impediu que a riqueza do convívio fosse explorada e o afeto pelo outro florescesse.

Na busca pelo fim dessa organização, uma série de alterações significativas ocorreram no direito civil, a exemplo do art. 1.550 do Código Civil. Ao dispositivo foi acrescido um segundo parágrafo que prevê: “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Mudança de extrema importância, pois concede às pessoas com deficiência uma autonomia nunca antes tida.

Dessa forma, o instituto da Curatela também sentiu as transformações, sobretudo com o fim da dicotomia entre a declaração de incapacidade civil relativa e a declaração de incapacidade civil absoluta.

3. CURATELA

Diante das situações incapacitantes que eventualmente assolam pessoas maiores de idade, o ordenamento jurídico criou institutos que suprissem a impossibilidade de exercício autônomo de atos civis. Daí o surgimento da chamada Curatela, que nada mais é do que um instituto jurídico de natureza assistencial, cujo escopo é a defesa dos interesses de pessoas maiores que necessitem de maior proteção no exercício de atos civis.



Antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o ordenamento jurídico previa a deficiência mental como causa restritiva da capacidade, possibilitando tanto o reconhecimento da incapacidade civil absoluta quanto da incapacidade civil relativa, tendo em vista a redação antiga dos artigos 3º e 4º do Código Civil, já expostas.¹⁴

Nessa linha, quando o magistrado era provocado a analisar o cabimento ou não da Curatela no caso concreto, verificava, partindo da percepção pessoal do interditando e dos laudos técnicos de avaliação, se a situação se enquadrava em hipótese de incapacidade absoluta ou de incapacidade relativa, a depender do grau incapacitante do curatelado.

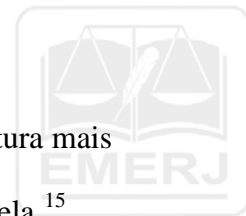
Essa dicotomia não é mais possível a partir do advento da Lei 13.146/15, pois foi suprimida a deficiência mental como hipótese de incapacidade absoluta. Isso significa que nas situações em que for necessária a nomeação de curador para proteção da pessoa com deficiência mental, a restrição à capacidade civil será, obrigatoriamente, relativa.

Nessa linha, o art. 1.767 do Código Civil, corroborando esse entendimento, passou a prever como sujeitos à curatela "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade", restando claro que a deficiência mental não é mais causa da incapacidade, mas sim a impossibilidade de autodeterminação.

A restrição à capacidade plena da pessoa maior de idade demanda procedimento próprio, comumente denominado processo de interdição, no qual é analisada a necessidade da restrição, tendo sempre em mente a excepcionalidade da medida imposta pelo Estatuto. Se o caso concreto demonstrar a real impossibilidade de autogoverno, ou seja, a situação justificadora da medida, será reconhecida a incapacidade relativa e, conseqüentemente, nomeado curador.

Cumprido o adendo em relação ao termo "interdição", criticado por muitos. Interdição no dicionário significa "privação de direitos", o que denota um caráter quase

¹⁴BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016.



sancionatório, por isso muitos doutrinadores orientam que se opte por uma nomenclatura mais comprometida com os valores protetivos do instituto, tal como procedimento de curatela.¹⁵

O Estatuto, ao operar tais transformações, busca claramente resguardar o exercício da capacidade civil plena e promover a realização da pessoa humana, atribuindo caráter excepcional à curatela. Em seu artigo 84º, §1º, reconhece a possibilidade de submissão da pessoa com deficiência à curatela, contudo, no artigo 84º, §3, afirma tratar-se de medida protetiva extraordinária, que deverá ser proporcional às circunstâncias do caso e durar o menor tempo possível.¹⁶

Além disso, o artigo 85º, §1º, do mesmo diploma, demonstra a intenção do legislador em preservar o exercício de atos de natureza existencial: "A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto", contemplando, dessa forma, o exercício de uma vida plena e digna.

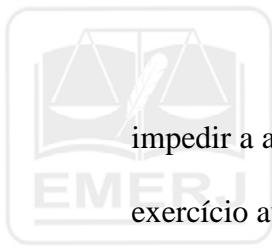
A nova conformação da Teoria das Incapacidades, portanto, não impede a restrição da capacidade civil, pelo contrário, a admite sempre que se mostrar necessária à proteção do curatelado. O que o Estatuto fez foi trazer regras e aspectos norteadores dessa restrição, impondo ao magistrado um olhar ainda mais detalhista e sensível, já que deverá analisar as necessidades concretas do caso, a fim de especificar na sentença, de modo minucioso, os limites da curatela. Nesse sentido, o Estatuto impõe que a sentença demonstre as razões e motivações da medida, preservando-se os interesses do curatelado.¹⁷

Toda construção do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi norteada pelo fundamento do Estado Democrático de Direito. Ao que parece, o objetivo do legislador em retirar a possibilidade de declaração de incapacidade absoluta da pessoa com deficiência mental, foi

¹⁵ Dicionário. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/interdicao/>> Acessado em: 03 mar. de 2016.

¹⁶ BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016

¹⁷ BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016



impedir a aniquilação do exercício da personalidade, notadamente pelo viés da preservação do exercício autônomo dos direitos de caráter existencial.

Afastar por completo a autonomia da pessoa significava marginalizá-la da ordem civil, o que não se coaduna com o próprio valor da dignidade da pessoa humana. Estar acometido por transtornos mentais não significa, necessariamente, impossibilidade de exercício de atos civis e, ainda que temporariamente isso ocorra, essa limitação deve ser excepcional e abranger apenas os atos estritamente necessários. Por isso, o Estatuto é categórico ao afirmar que a curatela afetará tão somente os atos de natureza patrimonial e negocial e não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.¹⁸

Mas não se deve pensar que a curatela impõe encargo meramente patrimonial, o instituto é destinado à proteção da autonomia, do que se conclui que o curador tem o dever também de promover a realização existencial do curatelado.

Apenas para não deixar passar em branco, a curatela compartilhada foi uma das novidades trazidas pelo Estatuto, prevista no art. 1.775-A, do Código Civil¹⁹. A nova modalidade permite ao magistrado a nomeação de mais de um curador para dividirem a tarefa de preservar os interesses do curatelado. Por certo, essa divisão proporciona uma maior eficiência à proteção ansiada pelo legislador, além de viabilizar efetiva fiscalização do encargo, já que caberá a mais de uma pessoa resguardar os interesses e promover a realização da pessoa com deficiência submetida à curatela.

Toda essa transformação denota o comprometimento em filtrar o código civil a partir da Constituição da República, uma vez que é dever do legislador adequar as normas infraconstitucionais aos ditames da Carta Magna.

¹⁸BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016

¹⁹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 03 mar. de 2016.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência possui viés nitidamente constitucional e assinala uma mudança de panorama no tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência, a fim de resguardar ao máximo o exercício pleno da capacidade e, em decorrência, concretizar o dever de proteção da dignidade da pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Denominada "Constituição Cidadã" por Ulysses Guimarães, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marco jurídico da transição ao regime democrático, não mediu esforços na previsão de direitos e garantias fundamentais, adotando a realização da pessoa humana como fim primordial da nova ordem jurídica.

Como concretização dos ditames constitucionais, igualmente dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi promulgado em 6 de julho de 2015, tendo entrado em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua promulgação, em uma clara reafirmação da busca pela igualdade.

Nesse esforço contínuo pela promoção da isonomia, o novel diploma foi responsável pela transformação da Teoria das Incapacidades no Código Civil, passando a permitir a limitação da capacidade das pessoas com deficiência, independente da natureza, apenas em caráter extraordinário, quando a deficiência, seja ela qual for, comprometer a manifestação de vontade, exigindo-se, assim, maior proteção.

Dessa forma, a deficiência mental não figura mais como causa de incapacidade absoluta, o que o ordenamento jurídico permite é o reconhecimento da incapacidade relativa, por decisão judicial motivada, quando decorrer situação de comprometimento da manifestação da vontade. A eventual nomeação de curador terá como escopo único a



proteção e realização do curatelado, sendo sua atuação limitada, pelo menos em um primeiro momento, a fins patrimoniais, preservando-se ao máximo o exercício de direitos existenciais.

Por ser um diploma normativo recente, a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência pode causar certo desconforto ou desconfiança, mas pode ser também o início de uma mudança de paradigma, com consequências sociais, a princípio, positivas, cujos benefícios concretos e eventuais prejuízos poderão ser analisados a partir das futuras aplicações práticas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mai. 2012

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 03 mar. de 2016

_____. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUSTAVO, Tepedino. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.



TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.



LIMITAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO FRENTE A EXISTÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Marina Murucci Monteiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

Resumo: Os direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de imprensa são primordiais em um Estado Democrático de Direito. Apesar de sua extrema importância, não podem ser considerados direitos absolutos. O presente trabalho visa demonstrar que o direito ao esquecimento, decorrente dos direitos fundamentais à privacidade, honra e imagem são direitos tão importantes quanto os direitos ligados às liberdades, de forma que não há prevalência, a priori, de um sobre o outro. Deve-se analisar, em cada caso concreto, qual a melhor solução, visando a garantir ao máximo os direitos fundamentais envolvidos no conflito, com o mínimo de restrição possível.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Colisão entre Direitos Fundamentais. Ponderação. Liberdade de Imprensa. Direito à Informação. Privacidade. Dignidade da Pessoa Humana. Direito ao Esquecimento.

Sumário: Introdução. 1. Liberdade de Imprensa e Direito à Informação. 2. Privacidade e Direito ao Esquecimento. 3. Colisão entre Direitos Fundamentais: ponderação e limitação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a limitação dos direitos fundamentais à liberdade de expressão, liberdade de imprensa e direito à informação quando colidirem com os direitos de personalidade como o direito a imagem, direito a privacidade, direito a honra e principalmente o chamado direito ao esquecimento.

Para tanto, serão abordadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a colisão e ponderação de tais direitos fundamentais.

Não se pode negar que a internet trouxe grandes benefícios à sociedade atual, como a inclusão, cada vez maior, da população em discussões e debates da atualidade. No entanto, toda essa facilidade proporcionada não só pela internet, mas também pelas mídias televisivas,

trouxe consigo uma extrema exposição da vida privada.

Cidadãos falam o que querem em nome da chamada liberdade de expressão, demonstram preconceitos, condenam pessoas sem qualquer prova, noticiam boatos, inverdades ou até mesmo verdades que já tinham sido “esquecidas”.

Dentro desse cenário, questões pessoais relacionadas à vida e ao passado de certas pessoas são veiculadas sem autorização e sem a menor preocupação com o direito a imagem, privacidade, honra e com o direito ao esquecimento destas.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta a discussão sobre a possível prevalência do direito fundamental à informação frente a outros direitos fundamentais, tendo em vista que a Constituição Federal determinou que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Objetiva-se demonstrar a inexistência de direitos fundamentais absolutos e até mesmo a inexistência de prevalências, a priori, de um direito fundamental sobre outro.

Em um segundo momento, demonstra-se o surgimento do direito ao esquecimento como decorrência lógica do direito à ressocialização assegurado aos ex-detentos condenados por delitos criminais e, portanto, intrinsecamente ligado à garantia fundamental da dignidade da pessoa humana. Dentro de tal contexto, poderia o direito ao esquecimento ser considerado direito fundamental mesmo não estando expressamente previsto na Constituição Federal?

Por fim o terceiro capítulo destina-se a solucionar a colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de imprensa/direito de informação e os direitos ao esquecimento/privacidade através da utilização da técnica da ponderação. Para tal fim, apresenta-se a abrangências e os limites aplicáveis a cada direito, estabelecendo qual deverá prevalecer.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente descritiva e qualitativa.



1. LIBERDADE DE IMPRESA E DIREITO À INFORMAÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal de 1988¹ constituem uma das formas de concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CRFB)².

Dentre tais previsões está o direito amplo à liberdade, o qual engloba várias “subespécies”, como: liberdade de locomoção, liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade religiosa, liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de direito conexos e liberdade de ação profissional.

O direito à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX da CRFB³, consiste na garantia conferida aos cidadãos para expressarem suas opiniões, pensamentos ou ideias de forma livre e com o fim de evitar com que o Estado exerça censura prévia sobre tais declarações.

Por outro lado, o chamado direito à informação, previsto no art. 5º, XIV da CRFB⁴, possui duas facetas: a primeira relacionada ao direito individual de divulgar fatos ou conhecimentos; e a segunda relacionada ao direito coletivo de ser informado.

Com o grande desenvolvimento dos meios de comunicação e a facilidade cada vez maior de se divulgar notícias, surgiu o chamado direito à liberdade de imprensa consagrado especialmente no art. 220 da CRFB⁵. Tal direito pode ser definido como a liberdade conferida aos meios de comunicação, como televisão, rádio e internet, de propagarem fatos e notícias, englobando, assim, o direito a liberdade de informação e liberdade de expressão.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

A proteção conferida a esse conjunto de direitos relacionados à liberdade constitui valor fundante do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, da República Federativa do Brasil. Isso porque, Estado Democrático de Direito é aquele que traz, em sua essência, a proteção aos direitos fundamentais e direitos humanos, tendo como princípios básicos a liberdade e a igualdade.

Como leciona José Afonso da Silva⁶:

Assim, a democracia – o governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realiza-los, com o que estará concretizado a justiça social.

Como consequência da constatação de que o direito fundamental à liberdade constitui valor fundante e de extrema importância ao Estado Democrático de Direito, autores como Luís Roberto Barroso⁷ defendem sua prevalência sobre os demais:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.

No entanto, uma das principais características de todos os direitos fundamentais é exatamente sua relatividade, ou seja, não há direitos fundamentais absolutos que irão sempre prevalecer quando em conflito com outros direitos fundamentais. Não só são relativos, como não se pode estabelecer uma prevalência *a priori*, sem analisar as características específicas de cada conflito em cada caso concreto.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

Por conseguinte, os artigos 5º, IX e 220, §§ 1º e 2º da CRFB⁸ ao estabelecem que os direitos à liberdade de expressão e de informação não podem ser submetidos a qualquer tipo de censura, apenas impedem que o poder legislativo estabeleça restrições ao exercício de tais direitos, de forma genérica e *a priori*. No entanto, não negam a existência de limites iminentes a tais direitos fundamentais, de limites previstos na própria CRFB, ou ainda a possibilidade de serem limitados pelo Poder Judiciário quando da análise do caso concreto.

Esse é o entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco⁹ que afirma: “a liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo status”.

Como exemplo de limitação aos direitos à liberdade de informação, expressão e imprensa, prevista na própria CRFB, tem-se o citado art. 220, §1º deste diploma¹⁰, o qual prevê que nenhuma lei poderá conter limitações à plena liberdade de informação jornalística, observado sempre a vedação ao anonimato, o direito de resposta e indenização devidas ao ofendido, preservando-se, ainda, os direitos fundamentais a honra, imagem, intimidade e vida privada de todo ser humano.

Assim como as limitações expressas da própria CRFB, os direitos fundamentais à liberdade possuem ainda limites implícitos ou até mesmo iminentes. Paulo Gustavo Gonet Branco¹¹ discute sobre a possibilidade da verdade se apresentar como limitadora de tais direitos. De acordo com o autor, os meios de comunicação possuem o dever de retratar a verdade das notícias a serem divulgadas, sob pena de responsabilização civil ou até mesmo penal. No entanto, o simples fato da notícia se apresentar como verdadeira, não a legitima em

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

¹¹ *Ibid.*, p. 257-258.



qualquer situação. Por esta razão, além de verdadeira deve-se analisar no caso concreto a possível violação aos direitos de personalidade da pessoa envolvida com a notícia.

É inegável, portanto, que as liberdades de expressão, informação e de imprensa são instrumentos fundamentais para concretização e garantia da democracia. Tratam-se de direitos cuja efetivação proporcionam a seus titulares a possibilidade de expressar suas opiniões e ideias, além de assegurar um conhecimento mais amplo sobre os acontecimentos mundiais, informações técnicas, entre outros.

No entanto, apesar de toda relevância, os direitos às liberdades em geral não podem ser considerados direitos fundamentais absolutos, ou ainda direitos que possuem certa prevalência sobre os demais, sem se analisar as características específicas de cada caso concreto. Isso porque a ordem constitucional apresenta outros direitos fundamentais, de igual importância, que deverão ser analisados caso a caso, de forma a evitar maiores prejuízos individuais e coletivos.

Além disso, não há falar em uma simples limitação *a posteriori*, consistente no direito à reparação dos danos sofridos pelo prejudicado, em razão do exercício dos direitos à liberdade de expressão e informação efetivados por outro cidadão. Se assim fosse, estaria esvaziada a regra constitucional a qual prevê que será assegurado a todos o acesso à justiça, diante de uma ameaça ou lesão de direitos. Ou seja, o acesso ao judiciário é garantido mesmo não havendo uma efetiva lesão. Basta, para tanto, a ameaça a direitos. Por esta razão, admite-se limitações não só expressas na CRFB, mas limitações verificadas pelo Poder Judiciário de acordo com o conflito de direitos fundamentais apresentado no caso concreto.



2. PRIVACIDADE E DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito à privacidade, previsto pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X¹², abrange os chamados direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Trata-se de direito fundamental, o qual assegura aos seus titulares o sigilo acerca de suas informações pessoais. Sendo assim, o objetivo do direito à privacidade é preservar os dados pessoais de cada indivíduo, para que tais informações não caiam na esfera de conhecimento de terceiros ou do público em geral, contra sua própria vontade.

Como consequência dos direitos à privacidade, intimidade, vida privada e à honra, surgiu, há muitos anos, o chamado direito ao esquecimento, tratado pelo direito americano como “*the right to be alone*”. Também denominado de “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”, o direito ao esquecimento consagra a garantia dada as pessoas de não serem lembradas eternamente sobre fatos do seu passado. Dessa forma, os titulares de tal direito podem proibir a divulgação de fatos e informações pessoais que não são de interesse público e cuja publicação podem lhe causar constrangimento e sofrimento.

A discussão sobre a existência do direito ao esquecimento não é nova. Luíz Roberto Barroso¹³ assinala um dos casos mais famosos em que se discutiu tal direito, o chamado “caso Lebach”. Em 1969, quatro soldados alemães foram assassinados na cidade de Lebach. Os autores dos crimes foram devidamente processados, sendo que dois deles foram condenados à prisão perpétua e um condenado à pena de reclusão de seis anos. Esse, após cumprir integralmente sua pena, descobriu que uma emissora de TV alemã iria apresentar um programa sobre o crime, no qual seriam divulgados os nomes e as fotos dos condenados. Por

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2015.

¹³ BARROSO, Luíz Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 04 dez. 2015.



entender que tal divulgação violava seus direitos individuais, o condenado ingressou com uma ação visando impedir a exibição do programa. O caso chegou ao Tribunal Constitucional Alemão que proibiu a sua exibição, por entender que a imprensa não poderia explorar, por tempo indeterminado, os fatos que ocorreram na vida de um criminoso, sob pena de violação aos direitos de personalidade.

Apesar de ser um direito garantido há vários anos, em vários países, a discussão sobre o direito ao esquecimento ganhou força com o desenvolvimento das tecnologias e, principalmente com a internet. No Brasil referida discussão tornou-se ainda mais relevante com a edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal¹⁴, em 2013: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Atualmente, a internet é um dos principais meios de comunicação entre as pessoas, no qual informações são disponibilizadas e acessadas com muita velocidade. No entanto, os dados e informações divulgados na internet são captados e guardados por tempo indeterminado, fato esse que traz sérios problemas no que tange aos direitos de privacidade, especialmente ao direito ao esquecimento.

A grande questão da internet é que, uma vez divulgados dados e fatos sobre a vida de alguém, tais informações serão copiadas e publicadas diversas vezes por outras pessoas. É por essa razão que o controle sobre tais divulgações torna-se cada vez mais difícil.

Nos dizeres de Mayer Schonberger¹⁵, “na era digital, com a facilidade de armazenamento, fácil recuperação e acesso global, esquecer tornou-se mais caro e difícil, enquanto lembrar é barato e fácil”.

¹⁴ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 04 de dez.2015

¹⁵ SCHONBERGER apud LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao Esquecimento. Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de dez. 2015.



Impor ao sujeito a lembrança de fatos, positivos ou negativos, sobre sua vida pregressa, e que já tenham sido superados há muito tempo, significa submetê-lo a tratamento degradante, em violação à dignidade da pessoa humana.

É por essa razão que o direito ao esquecimento deve ser tratado como um dos vários aspectos relacionados ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto nos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso X da CRFB¹⁶ e artigos 93 e 748 do CPP¹⁷, ou seja, o direito ao esquecimento nada mais é que um direito fundamental implícito (art. 5, §2º da CRFB).

Garantir o direito ao esquecimento significa preservar a intimidade e privacidade de cada pessoa de forma a oportunizar novas chances àqueles que erraram e fazer com que fatos sobre sua vida pessoal sejam deixados no passado, evitando-se, assim, o preconceito, a desigualdade, o tratamento degradante, etc.

O direito ao esquecimento não confere a ninguém o direito de apagar completamente fatos de sua vida ou o direito de reescrever por completo sua história. Apenas assegura aos seus titulares que não sejam lembrados e punidos eternamente por erros cometidos no passado.

Desse modo, o direito ao esquecimento possibilita a discussão acerca do modo e da finalidade com que dados do passado de alguém são utilizados nos diversos meios de comunicação, principalmente, a internet.

Pelo exposto, o direito ao esquecimento, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal, não só pode como deve ser tratado como direito fundamental. Direito fundamental este que decorre da própria proteção constitucional à intimidade, vida privada e, principalmente, proteção à dignidade da pessoa humana.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2015.

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2015.

3. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PONDERAÇÃO E LIMITAÇÃO

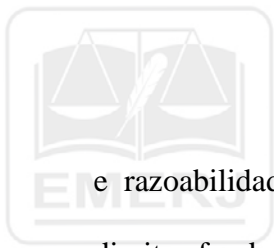
Os direitos fundamentais podem ser entendidos como bens e vantagens garantidos constitucionalmente e que possuem o objetivo primordial de assegurar a dignidade da pessoa humana. Diferem-se das chamadas garantias constitucionais, que são instrumentos previstos pela Constituição Federal com o fim de viabilizar e implementar os direitos fundamentais.

De acordo com a Teoria sobre os Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, tais direitos possuem o caráter de princípios. E por serem considerados princípios, tais direitos apresentam uma característica fundamental: a relatividade.

Considerando que os direitos fundamentais são relativos, e não absolutos, se dois os mais direitos entram em conflito deve-se aplicar a técnica da ponderação para solução de cada caso concreto. Não existe uma solução única, como no caso de conflitos entre regras, cuja solução segue a técnica do “tudo ou nada” (aplica-se uma regra ou outra). No caso dos princípios e, portanto, dos direitos fundamentais, deve-se avaliar cada caso concreto com o objetivo de se chegar a uma solução que observe ao máximo os direitos fundamentais envolvidos, com o mínimo de restrição possível.

De acordo com Luíz Roberto Barroso¹⁸, a técnica da ponderação divide-se em três etapas distintas. Na primeira etapa o interprete e aplicador do direito deverá analisar quais as normas aplicáveis ao caso concreto, identificando, ainda, possíveis conflitos entre estas normas. Já na segunda etapa o interprete deverá avaliar os fatos do caso concreto e suas relações com aquelas normas. Por fim, na terceira etapa o interprete irá realizar o sopesamento entre os fatos e normas, aplicando para tanto aos princípios da proporcionalidade

¹⁸ BARROSO, Luíz Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.



e razoabilidade. Dessa forma, ao final da ponderação o interprete irá verificar qual dos direitos fundamentais deverá ser aplicado em maior ou menor grau naquele caso concreto.

Do mesmo modo, deve-se aplicar referida técnica nos casos de solução de conflitos entre os direitos à liberdade de expressão e informação frente aos direitos de privacidade, principalmente o direito ao esquecimento.

Como mencionado no primeiro capítulo do presente trabalho, assim como não existem direitos fundamentais absolutos, também não existe uma preponderância a priori de uns sobre os outros. Deve-se analisar cada caso concreto, com suas especificidades e características.

Diante do exposto, e considerando o conflito existente entre o direito de informar e o direito de ser deixado em paz, surgem as seguintes indagações: quais informações são consideradas de interesse público, conseqüentemente, aptas a serem divulgadas? Por quanto tempo um fato, dado ou informação relacionada a determinada pessoa pode ficar disponível para acesso de todos?

Luíz Roberto Barroso¹⁹ traça alguns parâmetros constitucionais que podem ser seguidos para solucionar referidos conflitos, tais como: veracidade do fato; licitude do meio empregado para obtenção da informação; personalidade pública ou exclusivamente privada da pessoa objeto da notícia; local do fato; natureza do fato; existência de interesse público na divulgação; preferência por sanções posteriores que não envolvam a proibição da divulgação da notícia, entre outros.

Ressalta-se que estes parâmetros devem ser analisados conjuntamente. Sendo assim, a simples veracidade da notícia divulgada não é o suficiente para justificá-la. Deve-se analisar se há algum interesse público, ou seja, alguma relevância social na notícia para que seja divulgada. Se a pessoa sobre a qual se fala na notícia, trata-se de pessoa pública ou não. E

¹⁹Ibid.

assim em diante.

Como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco²⁰:

A publicação, pelos meios de comunicação, de fato prejudicial a outrem pode gerar direito de indenização por danos sofridos, mas a prova da verdade pode constituir fator excludente de responsabilidade, a ser ponderada com pretensões de privacidade e intimidade. A publicação da verdade é a conduta que a liberdade proclamada constitucionalmente protege, mas daí não se deduz que a só verdade da notícia seja suficiente para legitimá-la em qualquer circunstância.(..) Vale acentuar que não é qualquer assunto de interesse do público que justifica a divulgação jornalística de um fato. A liberdade de imprensa estará configurada nos casos em que houver alguma relevância social nos acontecimentos noticiados.

Aplicando as premissas apresentadas neste trabalho, passa-se a análise de um exemplo comum e de fácil entendimento, relacionado ao direito penal: um homem comum comete um crime de homicídio, contra a própria filha, fato este que ganha grande repercussão social. Este sujeito foi processado, julgado, condenado e cumpriu integralmente sua pena. Tal fato pode ser divulgado? Por quanto tempo?

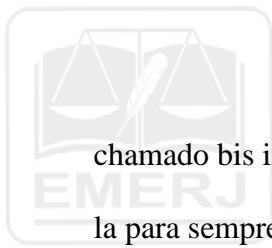
A divulgação de tais fatos, no momento em que ocorreram, é sim de interesse público, tendo em vista que a sociedade tem o direito de ser informada sobre o que está acontecendo no mundo, especialmente no local onde vivem. Trata-se de informação que possui grande relevância social, já que sociedade necessita conhecer os perigos que a rondam.

No entanto, a referida divulgação não deve ocorrer por tempo ilimitado e indeterminado. A partir do momento em que o condenado tenha cumprido integralmente sua pena, pagando por todos os crimes que cometeu, terá o direito de se ressocializar, tentar melhorar e voltar a ter uma convivência social normal.

Caso os fatos relacionados ao crime cometido por este sujeito continuem a ser divulgados, ele não conseguirá retomar sua vida, estabelecer relações sociais e principalmente, tentar se tornar uma pessoa melhor.

Por mais que esta pessoa tenha praticado fatos horríveis, ela não poderá ser condenada mais de uma vez pelo mesmo crime, já que nosso ordenamento jurídico veda o

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257 e 258.



chamado bis in idem. E submete-la eternamente a divulgação de tais fatos equivale a penalizá-la para sempre pelo mesmo fato.

Além disso, o autor do crime de homicídio, no exemplo supracitado, não é pessoa pública, o que diminui o interesse da comunidade na divulgação desta notícia muito tempo após o cometimento do crime e, principalmente, quando o acusado já tenha cumprido integralmente sua pena. Importante salientar, que o simples fato da pessoa noticiada ser pessoa pública, também não legitima a notícia. Deve-se sempre analisar todos os fatos do caso concreto.

Corroborando com o exposto, transcreve-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que, aplicando a técnica da ponderação, reconheceu o direito ao esquecimento de um indivíduo que participou da conhecida “Chacina da Candelária”:

[...]. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. [...]

No referido julgado²¹ o STJ reconheceu o direito ao esquecimento de certo participante da Chacina da Candelária, tendo em vista que não havia contemporaneidade da notícia veiculada. Essa notícia reabriu feridas já cicatrizadas pelo autor dos fatos, que inclusive já havia cumprido toda sua pena, reascendendo a desconfiança de toda sociedade quanto ao seu caráter e índole.

Com intuito de fazer prevalecer os direitos fundamentais básicos do acusado, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando a técnica da ponderação, entendeu que naquele caso deveria prevalecer o direito daquele homem de não ser lembrado como participante da

²¹ BRASIL. Recurso Especial 1335153. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=3> > Acesso em: 04 dez. 2015



Chacina da Candelária, em publicação nacional, tendo em vista que estava tentando se ressocializar, arrumar um emprego e possuir uma vida digna.

Além disso, foi consignado no julgado supracitado que, apesar Chacina da Candelária ter se tornado um fato histórico, de conhecimento mundial, expondo a falta de proteção do Estado em relação às crianças e adolescentes, essa triste história poderia ter sido contada perfeitamente e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nesse caso, não haveria supressão de quaisquer direitos, pois o direito a liberdade de expressão e liberdade de imprensa seriam manifestados plenamente, e o direito a honra, a imagem, a privacidade e ao esquecimento do acusado seriam também preservados.

Pelo exposto, o direito ao esquecimento deve ser reconhecido como direito fundamental implícito, decorrente dos direitos a intimidade, honra, e vida privada, direitos estes expressos da CRFB.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais podem ser definidos como aqueles essenciais à garantia de uma vida digna a qualquer ser humano, independentemente de suas diferenças pessoais. São direitos previstos constitucionalmente e que visam a garantia da dignidade da pessoa humana, considerada esta como fundamento na República Federativa do Brasil, na forma do art. 1º, III da CRFB.

Tais direitos podem ser divididos em dois grandes grupos: aqueles previstos expressamente na Constituição Federal, a exemplo dos direitos contidos nos artigos 5º a 17 da CRFB; e aqueles implicitamente previstos e positivados pela CRFB, na forma do seu art. 5º, §2º.



Os direitos fundamentais implícitos são aqueles que não estão previstos de forma expressa, mas que podem ser retirados ou deduzidos de outros direitos ou princípios expressamente consagrados no texto constitucional. Como exemplo de tais direitos fundamentais implícitos tem-se o chamado direito ao esquecimento, que decorre da proteção constitucional conferida à privacidade, honra e imagem.

O direito ao esquecimento confere a possibilidade de que fatos relativos à vida passada de um indivíduo sejam esquecidos. Esse “esquecimento” assegura um “recomeço de vida” para àqueles que cometeram erros no passado. Caso não se reconhecesse o direito ao esquecimento tais pessoas seriam punidas eternamente por erros do passado, sendo a cada novo dia condenados pela própria sociedade.

Estes direitos previstos expressamente e implicitamente pela CRFB são relativos, ou seja, apresentam tanto limitações fáticas como jurídicas para sua efetiva aplicação. Isso porque em um sistema complexo, no qual há a previsão de diversos direitos, nenhum deles poderá ser absoluto.

Sendo assim, em eventual conflito de direitos fundamentais nenhum deles poderá ser protegido em detrimento do esvaziamento do outro, nem haverá preferência *a priori* de um direito fundamental sobre outro.

Nos casos de conflito entre os direitos à liberdade de informação/expressão e a direito ao esquecimento deve-se fazer uma ponderação no caso concreto na tentativa de se garantir ambos os direitos, limitando-os minimamente. Isso porque como demonstrado ao longo do presente trabalho não há direitos fundamentais absolutos, ou que sejam, *a priori*, considerados “mais importantes” que os outros.

Pelo exposto, aplicando-se a técnica da ponderação, deve-se analisar de acordo com os fatos do caso concreto e com a evolução do direito naquele momento histórico, qual o direito preponderante. O interprete e aplicador do direito deve tentar garantir, ao máximo,

ambos os direitos em conflito, além de observar e garantir de forma integral a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2015.

_____. STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez. Disponível em: <<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 12 abr. 2015

CAMARGO, Coriolano Almeida; CRESPO, Marcelo. *Reflexões sobre o direito ao esquecimento na internet*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Direito_Digital/105,MI221750,21048-Reflexoes+sobre+o+direito+ao+esquecimento+na+internet>. Acesso em: 07 dem. 2015.

CASADO, Ubirajara. *Entenda o que é o Direito ao Esquecimento nos termos da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/entenda-o-que-e-o-direito-ao-esquecimento-nos-termos-da-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

CASTILHO, Ricardo. *O Direito ao Esquecimento como garantia da Dignidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-direito-ao-esquecimento-como-garantia-da-dignidade/12376>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

DIREITO ao esquecimento x direito de informar: Processos contra a Globo evocam direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI180031,11049-Processos+contra+a+Globo+evocam+direito+ao+esquecimento>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

FERREIRA, Adriano de Assis; SILVA, Larissa Franco da. *Direito ao esquecimento: informações, casos, jurisprudência*. Disponível em: <<http://direitoaoesquecimento.com.br/esquecimentowp/?p=9>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao Esquecimento. Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio. *Direito ao Esquecimento e o Superinformacionismo: Apontamentos no Direito Brasileiro dentro do Contexto de Sociedade da Informação*. Disponível em: <https://wwa.tjto.jus.br/esmat/images/stories/esmat/publicacoes/revista/edicao_6_2014_1.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

SCHONBERGER apud LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao Esquecimento. Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 de dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



SUBCAPITALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO DOS CREDORES

Mário Luiz de Souza Filho

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar a subcapitalização e suas implicações em face da proteção dos credores. A subcapitalização é o fenômeno que demonstra que a sociedade empresária não possui capital social suficiente para atingir seu objeto social. Tal acontecimento afeta o princípio da intangibilidade do capital social e compromete os credores da sociedade que tem no capital a garantia da satisfação do seu crédito. Os principais efeitos da subcapitalização são dissolução da sociedade, a desconsideração da personalidade jurídica e a possível falta de garantia aos credores. Apesar de sua relevância, o legislador brasileiro não adotou regras sobre o capital mínimo. Dessa forma, é relevante analisar o fenômeno da subcapitalização e seus efeitos. Nesse interim, pretende-se demonstrar que não é no capital social que repousa a garantia dos credores, mas no patrimônio líquido da sociedade. Ademais, não há um dever de capitalizar por parte dos acionistas.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Capital Social. Subcapitalização.

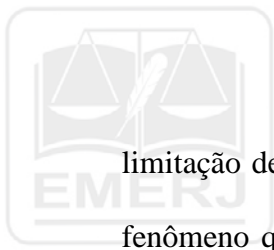
Sumário: Introdução. 1. Da utilidade do capital social e a subcapitalização. 2. Subcapitalização e seus efeitos. 3. Da condição do dever de capitalizar: direito ou obrigação? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a subcapitalização das sociedades empresárias e suas implicações face à proteção dos credores. Procura-se demonstrar se o fenômeno da subcapitalização afeta o princípio da intangibilidade do capital social, comprometendo os credores da sociedade, que têm no capital social a garantia da satisfação de seus créditos.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é necessariamente o capital social que garante as dívidas da sociedade junto aos credores e se há um dever de capitalizar por parte dos sócios.

O capital social é a cifra correspondente ao valor dos bens que os sócios transferiram ou se obrigam a transferir à sociedade. Além de certificar a solidez financeira de uma sociedade, o capital tem suma importância no estabelecimento do regime de poder societário, na



limitação de responsabilidade dos sócios e na proteção dos credores. A subcapitalização é o fenômeno que representa a insuficiência do capital social para que a sociedade alcance seu objeto social.

A subcapitalização possui diversas implicações em diferentes âmbitos do direito. No direito societário a subcapitalização pode ocasionar a dissolução judicial da companhia, a desconsideração da personalidade jurídica e a falta de garantia dos credores.

Apesar dessas importantes implicações, o Código Civil de 2002 e a Lei das Sociedades Anônimas não disciplinaram o tema. Dessa forma, faz-se mister uma construção doutrinária.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de subcapitalização. Pretende-se, ainda, despertar a atenção pelo fato de que não é o capital social que garante os credores, mas o patrimônio líquido.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a utilidade do capital social e demonstrando indícios configuradores da subcapitalização.

O segundo capítulo destina-se a examinar as implicações decorrentes do fenômeno da subcapitalização, tal como a dissolução da companhia, desconsideração da personalidade jurídica e a suposta falta de garantia dos credores.

O terceiro capítulo destina-se a examinar que não há um dever da sociedade em se capitalizar, nem um direito dos credores em requerer a capitalização, demonstrando que o patrimônio líquido é a principal garantia dos credores e não o capital social. Por fim, revela-se a desnecessidade de um sistema normativo que disponha sobre o assunto, bem como a impossibilidade de se estabelecer um capital mínimo.

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

1. DA UTILIDADE DO CAPITAL SOCIAL E A SUBCAPITALIZAÇÃO

O capital social é a soma das contribuições dos acionistas que a companhia possuirá para alcançar seu objeto social, sendo fator essencial para que a sociedade dê início às suas atividades. Segundo Tavares Borba¹, o capital social é a cifra correspondente ao valor dos bens que os sócios transferiram ou se obrigaram a transferir à sociedade. Como bem ressalta Fábio Ulhoa², o capital social é uma medida da contribuição dos sócios, e não necessariamente a medida, pois a contribuição dos sócios coincide com o capital social apenas se o preço de emissão das ações é igual ao valor nominal. Caso as ações sejam subscritas a preço superior ao seu valor nominal, o ágio deverá ser contabilizado pela companhia como reserva de capital, não como capital social.

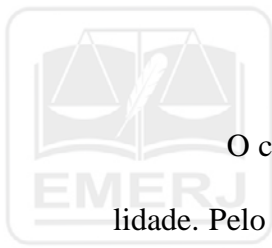
Conforme o art. 7º, da Lei 6.404³, o capital social poderá ser formado com contribuição em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, sendo vedada a contribuição dos sócios em serviços, pois o serviço não pode ser incorporado definitivamente no capital social de uma sociedade. Em um primeiro momento, o acionista subscreve ações para depois integralizá-las. A subscrição é a promessa feita pelo acionista que se obriga a contribuir para a formação do capital da sociedade. Já a integralização é efetiva contribuição para a constituição do capital social. Caso o acionista subscreva, porém não integraliza, será considerado remisso. Acionista remisso é aquele que está em mora com a companhia. Nessa situação, o art. 107, I e II, da Lei 6.404⁴ preceitua que a companhia poderá executar judicialmente o acionista ou mandar vender as ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista.

¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário* 14.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

³ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁴ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.



O capital social é norteado pelo Princípio da Intangibilidade e pelo Princípio da Realidade. Pelo Princípio da Intangibilidade, o capital social não pode ser inferior ao previsto no estatuto. Dessa forma, conforme preceitua Fábio Ulhoa Coelho⁵, é vedado que a sociedade anônima faça qualquer pagamento a seus acionistas, a título de dividendo ou juros, com recursos que figuram em suas demonstrações financeiras como capital social. Pelo Princípio da Realidade, o capital social estipulado no estatuto deve corresponder efetivamente o que os acionistas subscreveram. Assim, deve haver conformidade entre o capital subscrito e o valor real das prestações que os sócios assumiram

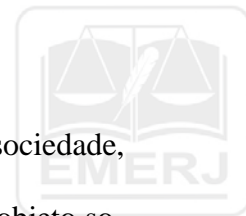
As principais funções do capital social são possibilitar que a sociedade cumpra seu objeto social, servir como um instrumento para a fixação de poder dentro da companhia e limitar a responsabilidade dos acionistas. Uma companhia com elevado capital social demonstra grande aporte de recursos, simbolizando que a companhia possui solidez financeira. Como instrumento de fixação de poder, representa mecanismo de atribuição de direitos e medida de deveres de cada sócio, portanto influência na deliberação social e na distribuição dos lucros⁶. Por fim, o capital social limita a responsabilidade dos acionistas, uma vez que cada acionista só está obrigado pelo preço das ações que subscrever ou adquiridas (art. 1º, da Lei 6.404/76⁷).

A subcapitalização é o fenômeno que representa a insuficiência do capital social para que a sociedade alcance seu objeto social. Dessa forma, ocorrerá a subcapitalização quando o capital social for incapaz de promover as atividades objeto da companhia. Pelo princípio da congruência, o capital deve ser suficiente para atingir seu objetivo social. A subcapitalização poderá ser nominal ou material.

⁵ Ibid.

⁶ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.102.

⁷ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.



Subcapitalização nominal ocorre quando os sócios se tornam credores da sociedade, através da transferência de recursos por empréstimos que permitem a realização do objeto social⁸

A subcapitalização material é o desequilíbrio efetivo de capital próprio para o financiamento de atividade da sociedade com limitação de responsabilidade, transferindo para os credores os riscos próprios dos sócios⁹. A mencionada subcapitalização poderá ser originária ou superveniente. Na subcapitalização originária o capital previsto no estatuto social é desde o início insuficiente para a realização do objeto social, já a superveniente ocorre quando originariamente o capital social era adequado, porém torna-se insuficiente devido o crescimento da atividade.

A subcapitalização acarreta diversas consequências em diferentes ramos do direito. Iremos nos restringir às consequências da subcapitalização no direito societário. Nesse ramo do direito a subcapitalização pode ocasionar a dissolução judicial da companhia, a desconsideração da personalidade jurídica e a falta de garantia dos credores. Todas essas consequências serão melhor examinadas no capítulo 2.

Apesar dessas importantes implicações, o Código Civil de 2002¹⁰ e a Lei das Sociedades Anônimas não disciplinaram o tema. Dessa forma, faz-se mister uma construção doutrinária sobre o tema.

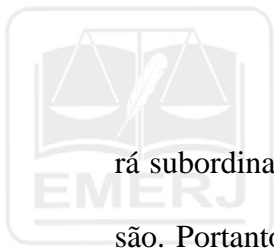
Como foi dito, a subcapitalização representa um capital social incapaz de realizar o objeto social da companhia. Tal fenômeno só poderá ser reconhecido no caso concreto, pois o legislador brasileiro, ao contrário do legislador europeu, não estabeleceu regras sobre o capital mínimo que cada tipo societário poderá ter. O art. 19, §6º da lei 6.385¹¹ diz que a CVM pode-

⁸ Ibid., p. 161.

⁹ Ibid., p. 182.

¹⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

¹¹ BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.



rá subordinar o registro a capital mínimo da companhia emissora e a valor mínimo da emissão. Portanto, dá poderes à CVM para, caso a caso, estabelecer regras sobre capital mínimo para companhias que pretendem abrir o capital à emissão pública. Porém, CVM nunca editou norma a esse respeito. Neste ponto, agiu bem o legislador pátrio, pois seria muito difícil estabelecer capital mínimo devido as diferenças entre as empresas e os objetos sociais por elas perseguidos.

Devido a importância dos efeitos decorrentes da subcapitalização do capital social e da falta de previsão legal sobre capital mínimo, é necessário determinar quando uma empresa está subcapitalizadas ou não. A avaliação do equilíbrio do capital social e da sua suficiência para alcançar o objeto social alvo da sociedade deve ser feita casuisticamente. Poderá ser detectado indícios de subcapitalização quando os recursos que a sociedade dispõe decorrem de posições passivas contratadas de terceiro sobre a forma de empréstimo ou quando a sociedade não consegue cumprir com suas obrigações, quedando-se insolvente. Cumpre ressaltar que são apenas indícios que deverão ser analisados caso a caso.

Uma vez constada a subcapitalização do capital social, deverão ser analisadas as suas consequências, principalmente no que tange à garantia dos credores, a desconsideração da personalidade jurídica e a possibilidade de dissolução judicial da companhia.

2. SUBCAPITALIZAÇÃO E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS NA SOCIEDADE ANÔNIMA

Traçada as primeiras linhas sobre a subcapitalização, sendo que tal fenômeno representa a insuficiência do capital social para cumprir as obrigações assumidas pela sociedade empresária, passamos a analisar seus principais efeitos, quais sejam, a dissolução judicial da companhia, a desconsideração da personalidade jurídica e a falta de garantia dos credores.



O primeiro efeito a ser analisado decorrente da subcapitalização é dissolução judicial da companhia. Desde 1.850 o art. 336, I do Código Comercial¹² já estabelecia a possibilidade de dissolução judicial da sociedade, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer um dos sócios quando, mostrando-se a impossibilidade de continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e o fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente.

A Lei 6.404 de 1976¹³ mantém o mesmo posicionamento do Código Comercial e traz a irrealizabilidade do objeto social como causa da dissolução judicial da companhia. O art. 206, II, b, da Lei 6.404¹⁴ prevê a possibilidade de dissolução da companhia por decisão judicial quando provado que não pode preencher seu fim, em ação proposta por acionista que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social.

A inviabilidade do objeto social poderá decorrer da falta de mercado para consumo do bem ou serviço oferecido pela sociedade empresária ou pelo capital social insatisfatório que não é suficiente para atingir o fim social da sociedade. Segundo Fábio Ulho¹⁵, a falta de distribuição de dividendos por diversos exercícios é um dos indicativos que a companhia não está exercendo o seu fim. Portanto, a subcapitalização que é a insuficiência de capital social apto à realizar o objeto social é um dos motivos que viabilizam a dissolução da sociedade pelo judiciário.

O segundo efeito a ser investigado da subcapitalização é a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. O desembargador Joaquim Antônio de Vizeu Penalva Santos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro arrola como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica a subcapitalização da sociedade. De acordo com o desembargador, caberá

¹² BRASIL. Lei 556, de 25 de junho de 1.850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

¹³ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em: 14 mar. 2016.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em: 14 mar. 2016.

¹⁵ COELHO, op. cit., p. 492.



a desconsideração da personalidade jurídica quando o capital for manifestadamente insuficiente para o exercício da atividade empresarial, observada a tendência para configurar o abuso de personificação jurídica e do crédito e constituição ou fundamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para os seus negócios e com grau evidentemente temerário¹⁶.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica surgiu na Inglaterra e teve como *leading case* *Salomon v. Saloman & Co. Ltd.* em 1897.

Em regra, adotamos o princípio da separação do patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio dos seus membros. A separação patrimonial se fundamenta no princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, previsto no art. 1.024 do Código Civil¹⁷. A separação entre patrimônios tem como objetivo o fomento da atividade econômica e o incentivo ao empreendedorismo, na medida em que diminui o risco da atividade empresarial ao prever a limitação da responsabilidade.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica visa impedir que o princípio da separação patrimonial seja utilizado como mecanismo para fraudar ou permitir que o sócio deixe de cumprir obrigação legal ou contratual, usando a personalidade jurídica como escudo para ocultar o sócio.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é expressamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no art. 50 do Código Civil que preceitua que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

¹⁶ SANTOS, Joaquim Antônio de Vizeu Penalva. Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima. *Revista da EMERJ*, n.14/2001. v. 4. 1998. P.74.

¹⁷ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.



A referida teoria também é adotada pelo art. 28 do CDC¹⁸, art. 18 da Lei 8.884/94¹⁹ e pelo art. 4º da Lei 9.605²⁰. De acordo com o art. 28 do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. O §5º, do art. 28 do CDC²¹ também permite a desconsideração em todos os casos em que a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.

O art. 50 do Código Civil será aplicado obrigatoriamente a todos os casos de desconsideração da personalidade jurídica, salvo os casos que possuem previsão própria, como os casos relacionados ao direito do consumidor e aos crimes ambientais.

Nota-se que o art. 50 do Código Civil²², adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, pois a personalidade somente poderá ser afastada se houver provocação da parte, abuso da personalidade (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo para possibilitar a suspensão de personalidade jurídica. Ademais, deve-se apurar a má-fé do gestor. Portanto, a subcapitalização somente ensejará a desconsideração da personalidade jurídica se a parte interessada provar o abuso de personalidade, o dano e o dolo do gestor.

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria menor, bastando o simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

¹⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

²⁰ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

²¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

²² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.



Segundo Gustavo Saad Diniz²³, apesar de não estar expressamente positivado, o tipo jurídico de subcapitalização material pode ser concretamente obtido a partir do art. 50 do Código Civil, pois a subcapitalização poderia ser enquadrada como abuso da personalidade jurídica.

A regra do art. 50 do Código Civil é uma regra geral e aberta. Sendo uma cláusula geral, é possível enquadrar a subcapitalização como forma de abuso da personalidade jurídica.

Segundo José Luiz Bulhões²⁴:

[...] em sistemas jurídicos estrangeiros observa-se a tendência para configurar como abuso da personificação jurídica e do crédito a constituição ou funcionamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para seus negócios ou com grau de endividamento temerário. Essa insuficiência de capital próprio é invocado como justificativa para excluir a responsabilidade dos acionistas pelas dívidas da sociedade.

Percebe-se que o autor corrobora com o posicionamento no sentido de configuração abuso de personalidade jurídica a companhia que opera com capital inferior ao necessário para atingir seu fim social. Dessa forma, a subcapitalização ajusta-se perfeitamente ao conceito de abuso de personalidade jurídica previsto no art. 50 do Código Civil,

Solidificando esse posicionamento, Fábio Konder Comparato²⁵ traz a posição das cortes americanas:

Nos Estados Unidos, os tribunais fixaram o princípio de que, quando o capital de uma companhia é manifestadamente insuficiente para o exercício de sua atividade empresarial, o controlador (active shareholder) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens, no caso de insolvabilidade da companhia. A manutenção da exploração empresarial, nessas condições, representa risco criado, deliberadamente perante terceiros.

Por fim, deve-se analisar a subcapitalização como falta de garantia aos credores. Deve-se examinar se é no capital social que repousa a garantia dos credores ou se a garantia dos credores recai sobre o patrimônio líquido da sociedade.

²³ DINIZ, op.cit., p.207.

²⁴ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Noções de Economia e Finanças para Advogados. In: *Instituto de estudos de Direito da Economia* - IEDE. Rio de Janeiro: IEDE, 1983. p. 598.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 451.



Como dito acima, capital social é a cifra que corresponde ao valor dos bens que foram transferidos pelos acionistas à sociedade ou que se comprometeram a transferir. Já o patrimônio líquido é o valor residual dos ativos da entidade depois de deduzidos os seus passivos. Ativo é um recurso controlado pela entidade como resultado de eventos passados e do qual se espera que resultem futuros benefícios econômicos para a entidade. O passivo é a obrigação presente da entidade, derivado de eventos já ocorridos cuja liquidação se espera que resulte em saída de recursos capazes de gerar benefícios econômicos. Portanto, a diferença entre ativo e passivo é chamado de patrimônio líquido.

Segundo Tavares Borba²⁶, o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia a dia da empresa, pois trata-se de uma cifra contável. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo a medida em que esta realiza operações lucrativas, e deduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando.

Há divergência doutrinária sobre onde repousa a garantia dos credores. Tavares Borba²⁷ defende que a garantia dos credores está no capital social. Para o autor, a única garantia dos credores é o capital social, pois o patrimônio líquido pode ser distribuído entre os sócios a qualquer momento, já o capital social é inviolável, pois pelo princípio da intangibilidade de capital social, não será possível realizar qualquer distribuição que não apoie em excesso patrimonial. Ou seja, é vedado que a sociedade anônima realize qualquer pagamento aos seus acionistas com recursos integrantes do capital social. Portanto, quando há subcapitalização os credores estarão desprotegidos. Assim, o capital insuficiente não é capaz de dar aos credores garantia e nem é capaz de limitar a responsabilidade dos sócios.

²⁶ BORBA, op. cit., p. 72-73

²⁷ Ibid., p. 72.



Fábio Ulhôa Coelho²⁸ afirma que a garantia dos credores é dada pelo patrimônio da sociedade e não pelo capital social. Na hipótese de a sociedade não cumprir com uma obrigação, o credor poderá executar os seus bens, sendo irrelevante o valor do capital social. Prossegue dizendo que ao se avaliar uma sociedade anônima, os analistas não atribuem absoluta importância ao capital social constante nas demonstrações financeiras, prestando maior atenção a outros indicadores, como resultados, ativos, passivos e liquidez.

A par das divergências doutrinárias, cabe indagar se há por parte dos acionistas o dever de capitalizar e se os credores têm o direito de requerer a capitalização da sociedade. Tema que será tratado no próximo capítulo.

3. DA CONDIÇÃO DO DEVER DE CAPITALIZAR: DIREITO OU OBRIGAÇÃO?

Ultrapassado o exame da utilidade do capital social e após termos analisado as implicações decorrentes da subcapitalização nas sociedades anônimas, deve-se investigar se há necessidade de um sistema normativo que disponha sobre capital social. Por fim, é imprescindível verificar se há, por parte da sociedade, um dever de capitalizar.

O legislador brasileiro fez a opção por não adotar normas que estabeleçam capital social mínimo para as sociedades. Entretanto, há algumas exceções decorrentes do tipo de sociedade. As instituições financeiras têm seu capital mínimo fixado pelo Conselho Monetário Nacional. Segundo o art. 4º, XIII da Lei 4.595/64²⁹, compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos o capital mínimo das instituições financeiras privadas, levando em conta sua natureza, bem como a localização de suas sedes e agências ou filiais. O art. 32,

²⁸ COELHO, op. cit., p. 183.

²⁹ BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

VI do Decreto-Lei nº 73/66³⁰ vaticina que as sociedades seguradoras e resseguradoras têm capital determinado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados. O art. 19, §6º da Lei 6.835/76³¹ faculta à CVM estabelecer capital social mínima para que a sociedade possa realizar emissão pública. Porém, a CVM nunca editou norma a esse respeito. Por fim, pode-se mencionar o art. 980-A do Código Civil³² que exige no mínimo 100 salários mínimos para a constituição da EIRELI.

Os exemplos dados acima não afastam a regra geral do direito brasileiro que é a não adoção de normas que estabeleçam capital social mínimo. Em outros países, optou-se por estabelecer regras sobre o capital mínimo que as sociedades devem apresentar para que possam realizar seu objeto social.

Itália e Alemanha são exemplos de países que adotaram valores mínimos para a constituição do capital social. A fixação de capital mínimo segue a regra do art. 6º da Segunda Diretiva 77/91/CEE³³, de 13 de dezembro de 1976, da Comunidade Econômica Europeia. O referido artigo da diretiva objetiva estabelecer capital social mínimo com o intuito de proteger acionistas e credores.

O art. 2327 do *Codice Civile*³⁴ italiano impõe que a sociedade por ações deve constituir-se com um capital não inferior a cento e vinte mil euros. Na Alemanha, o capital social mínimo para a constituição de uma *Aktiengesellschaft* (sociedade anônima) é de cinquenta mil

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

³¹ BRASIL. Lei n. 6.835, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

³² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

³³ EUROPA. Segunda Directiva 77/91/CEE. Disponível em : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ESTXT/HTML/?uri=CELEX:31977L0091&from=ES>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

³⁴ ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capov/sezione-i/art2327.html>> Acesso em: 16 mar. 2016.



euros, conforme o §7 da AktG³⁵. Já nos Estados Unidos não há regras estabelecendo capital mínimo.

Entretanto, a adoção do capital mínimo sofre diversas críticas. Saad Diniz³⁶ elucida as principais críticas aos sistema de adoção de capital social mínimo:

A crítica ao sistema de capital mínimo pode ser pontuada: (a) pela depreciação do valor em processos inflacionários; (b) tendência de subcapitalização das sociedades e também do esvaziamento do capital social mínimo com o início das atividades; (c) inexistência de uma cifra adequada ou suficiente para cada empresa. Em outros termos, o capital nominal pode se exaurir rapidamente dependendo do objeto e com riscos variáveis e dependentes das proporções da atividade. Ademais, não se pode dizer que exista uma cifra que efetivamente atribua segurança, muito menos uma espécie de “caução qualifica” que pudesse servir de margem de segurança de operações financeiras da empresa

Pelas críticas elencadas pelo autor é possível perceber que em países nos quais o índice de inflação é alto, como o Brasil, não há como adotar uma cifra que estabeleça capital mínimo. A inflação, por desvalorizar a moeda do país, faria com que o capital mínimo estabelecido pela legislação estivesse sempre desatualizado.

Ademais, é muito difícil estabelecer uma cifra de capital mínimo para que cada sociedade possa operar. Ao determinar um capital mínimo para que a sociedade possa ser constituída, o legislador não leva em conta as peculiaridades inerentes de cada sociedade. Muitas vezes o objeto social explorado pelas sociedades é o mesmo, porém cada sociedade poderá alcançá-lo de uma forma e dependendo da forma que irá alcançá-lo precisará de mais ou menos capital social. Dessa forma, cabe ao estatuto de cada sociedade estabelecer o quantum de capital social necessário e adequado para a sociedade atingir seu objeto social.

Coso fosse imposto um capital social mínimo pelo legislador haveria um desestímulo à criação de novas sociedades. Muitos investidores, mesmos unidos, não teriam condições financeiras para alcançar o capital mínimo exigido. Isso seria um desfavor à economia local, prejudicando a criação de empregos e a circulação de bens e riquezas.

³⁵ ALEMANHA. AktienGesetz. Disponível em: <http://gesetze-im-internet.de/aktg/__.html>. Acesso em: 16 mar. 2016.

³⁶ DINIZ, op.cit., p. 115-116.



Fez bem o legislador em não adotar o capital social mínimo, pois haveria grande ingerência do Estado na constituição das sociedades. Os interessados em constituir uma sociedade anônima devem ter autonomia para estabelecer seu objeto social e seu capital social. O estatuto social da sociedade é que deve determinar o capital da sociedade e não leis genéricas e abstratas que não correspondem à realidade do mundo empresarial.

Cabe ressaltar que a sociedade empresária pode operar com capital social inferior ao necessário para atingir seu objeto social. Essa é uma decisão que pode ser adotada pela administração. O administrador da sociedade tem essa liberdade para atuar no melhor interesse da sociedade. Assim, o fato de a sociedade estar subcapitalizada, por si só, não é capaz de responsabilizar seu administrador.

Um dos deveres do administrador é o dever de diligência. Tal dever não é desrespeitado pelo fato de o administrador operar uma sociedade subcapitalizada. Com o intuito de limitar a responsabilidade do administrador em casos que tratam do dever de diligência, deve-se aplicar a regra do *business judgment rule*, construída pelo sistema da *common law*.

Segundo Larissa Teixeira Quattrini³⁷, de acordo com a regra do *business judgment rule* os administradores não serão responsáveis por perdas e danos causados à companhia quando as ações forem feitas com boa-fé e nos limites dos poderes conferidos pelo estatuto social. Em tais casos, os tribunais não analisam o mérito da decisão negocial, mas se limitam a averiguar se a tomada de decisão foi resultado de processo razoável e bem fundamentado na informação disponível ao administrador.

Muitas vezes o administrador deve tomar decisões que envolvam risco. Os administradores precisam correr riscos para criar e aumentar os ganhos. Operar com capital social insuficiente para a realização das atividades sociais é um risco que pode ser tomado pelos ad-

³⁷ QUATTINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades abertas: estudo de casos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.



ministrados. A regra do *business judgment rule* deve ser aplicada como forma de investigação da conduta do administrador, objetivando ao cumprimento do seu dever de diligência.

Assim, se o administrador opera uma sociedade subcapitalizada, porém atua de boa-fé, nos limites do estatuto e não visa o seu interesse pessoal, mas o melhor interesse da companhia, não poderá ser responsabilizado por violação ao dever de diligência.

Como dito acima, os administradores não se responsabilizam pelo simples fato de operarem uma sociedade subcapitalizada. Porém, e os acionistas? Eles têm o dever capitalizar a sociedade?

Segundo Fábio Ulhoa Coelho³⁸, os acionistas não respondem pela subcapitalização. Na sociedade anônima a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, conforme o art. 1º da Lei das Sociedades Anônimas³⁹, sendo que a subcapitalização não representa uma exceção a essa regra.

Assim, os acionistas não estão obrigados a capitalizar, uma vez que não há no direito societários regras que definam capital mínimo. Os acionistas têm sua responsabilidade limitada pelo preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Portanto, a responsabilidade dos acionistas é limitada, respondendo apenas pela integralização de parte do capital social. Tal dever é cumprido com o pagamento integral do preço de emissão de suas ações. Ordenar que o acionista capitalize a sociedade seria exigir um comportamento não previsto em lei.

Portanto, a falta de previsão legal expressa impede que os acionistas sejam obrigados a capitalizar a sociedade que não apresenta capital social suficiente para atingir seu fim. Não se pode impor uma conduta não prevista em lei, uma vez que pelo princípio da legalidade, es-

³⁸ COELHO, op. cit., p. 201-202.

³⁹ BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em: 14 mar. 2016.



culpido no art. 5º, II, da Constituição Federal⁴⁰, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

CONCLUSÃO

O capital social é o valor expresso em moeda nacional que representa o somatório dos bens conferidos pelos sócios, objetivando a realização da atividade social. Dessa forma, uma das principais funções do capital social é possibilitar que a companhia atinja sua finalidade. Nesse contexto, a subcapitalização adquire suma importância na medida em que representa um fenômeno que demonstra que o capital social da companhia não é suficiente para alcançar os objetivos por ela almejados.

Compreender o fenômeno da subcapitalização é de especial relevância, pois a subcapitalização gera diversos efeitos, sendo que os efeitos mais relevantes são a dissolução judicial da companhia, a desconsideração da personalidade jurídica e a suposta falta de garantia dos credores.

A subcapitalização demonstra que a companhia não possui capital social suficiente para alcançar seu fim. Dessa forma, a irrealizabilidade do objeto social é uma das causas que possibilitam a dissolução judicial da companhia, conforme o art. 206, II, b, da Lei 6.404/76.

A desconsideração da personalidade jurídica encontra guarida no art. 50 do Código Civil que permite ao magistrado levantar o véu da pessoa jurídica para que o credor busque no patrimônio do sócio a satisfação de sua obrigação quando houver abuso de personalidade jurídica. Sendo a subcapitalização uma forma de abuso da personalidade jurídica, poderá o cre-

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.



dor pleitear em juízo a desconsideração da personalidade jurídica da companhia quando essa se encontra subcapitalizada.

O último efeito da subcapitalização analisado foi a suposta falta de garantia aos credores. Há divergência se a garantia dos credores repousa no capital social ou se tal garantia recai sobre o patrimônio líquido da companhia. Para a doutrina que defende ser o capital social a verdadeira garantia dos credores, a subcapitalização demonstra que o capital insuficiente não é hábil à proteção dos credores, deixando-os desprotegidos. Porém, para a doutrina que alega ser o patrimônio líquido a verdadeira garantia dos credores, o que realmente importa não é saber se a sociedade está capitalizada ou não, mas conhecer indicadores da companhia, como seu ativo, seu passivo e sua liquidez.

Não obstante a relevância do estudo da subcapitalização, o legislador brasileiro não editou normas específicas que determinam o capital social mínimo que cada companhia poderá estabelecer para atingir seu objeto social.

Andou bem o legislador pátrio ao optar por não adotar um capital mínimo para cada tipo de sociedade. Ao estabelecer um capital mínima para a constituição de uma sociedade, o legislador não leva em consideração as especificidades de cada sociedade, inibindo o surgimento de novas companhias.

Por fim, não há um dever de capitalizar por parte dos acionistas, pois não há previsão no ordenamento jurídico nesse sentido. A responsabilidade do acionista é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Assim, impor o dever de capitalizar aos acionista viola o princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. AktienGesetz. Disponível em: <http://gesetze-im-internet.de/aktg/__.html>. Acesso em: 16 mar. 2016.



BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei 556, de 25 de junho de 1.850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 6.835, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário* 14.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

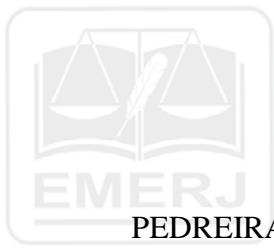
COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2: direito de empresa. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2012.

EUROPA. Segunda Directiva 77/91/CEE. Disponível em : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ESTXT/HTML/?uri=CELEX:31977L0091&from=ES>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-v/sezione-i/art2327.html>> Acesso em: 16 mar. 2016.



PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Noções de Economia e Finanças para Advogados. In: *Instituto de estudos de Direito da Economia* - IEDE. Rio de Janeiro: IEDE, 1983.

QUATTINI, Larissa Teixeira. *Os deveres dos administradores de sociedades abertas: estudo de casos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Joaquim Antônio de Vizeu Penalva. Sociedade anônima, subcapitalização, descon-sideração da personalidade jurídica da sociedade anônima. *Revista da EMERJ*, n.14/2001. v. 4. 1998.

ESTADO REGULADOR E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A PROBLEMÁTICA DO UBER

Meline Magalhães de Mendonça Siqueira Sales

PósGraduada em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Graduada pela Universidade Gama Filho. Advogada.

Resumo: O Uber fornece serviço de transporte individual de passageiros por meio de plataforma tecnológica disponibilizada em smartphones, de forma que estabelece uma conexão entre os motoristas e passageiros para a prestação do serviço, retratando como a dinâmica tecnológica influencia e modifica o mercado. O presente trabalho visa a analisar a inconstitucionalidade da proibição do aplicativo Uber, sob o prisma dos princípios gerais da atividade econômica.; ainda, abordando sua natureza jurídica e a competência para legislar sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Constitucional. Estado Regulador. Regulação pública da economia. Livre Concorrência. Uber.

Sumário:Introdução. 1. A divergência acerca da natureza jurídica do Uber e a ausência de previsão legal.2. Competência do município para legislar sobre o tema e o entendimento do STF. 3. A inconstitucionalidade da proibição do Uber à luz da defesa da concorrência.Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a discutir a legalidade do serviço prestado pelo Uber, bem como a divergência existente sobre sua natureza jurídica, sob o enfoque da regulação econômica exercida pelo Estado, da defesa da concorrência e dos princípios constitucionais.

A dinâmica e a evolução social no campo econômico, bem como a volatilidade das inovações tecnológicas, que oferecem aos consumidores os mais diversos tipos de serviços, trazem novos desafios aos estudiosos no que tange à legalidade dos serviços oferecidos no âmbito da regulação estatal e da defesa da concorrência. A semelhança dos serviços oferecidos pelo Uber com os serviços



oferecidos por táxis enseja a ampla discussão da legalidade do serviço prestado em concorrência com os taxistas.

O Uber é uma empresa multinacional que disponibiliza o serviço de transporte individual por meio de um aplicativo, isto é, uma plataforma destinada a colocar em contato motoristas particulares e potenciais clientes interessados em se deslocarem pelas cidades de forma mais confortável e segura em serviço com semelhanças aos dos táxis; o que ensejou a ampla discussão da legalidade do serviço prestado em concorrência com os taxistas.

O tema vem sendo amplamente discutido pela doutrina e pela jurisprudência, em virtude dos projetos de leis criados para impedir o funcionamento do Uber, mas também de futuras empresas que podem chegar no Brasil trazendo inovações tecnológicas no que se refere ao sistema de transporte individual; apresentando posicionamentos contrários à legalidade da prestação do serviço, sob a ótica da regulação estatal e da defesa da concorrência.

Desta forma, a problemática do Uber vem se tornando assunto central, tanto no cenário do direito administrativo, quanto no cenário social decorrente da ausência de legislação sobre o tema, tendo em vista que a legislação não acompanha as recentes inovações tecnológicas; bem como em razão do debate sobre o tema ser ainda embrionário, fomentando-se no cenário jurídico recentemente face à disponibilidade no Brasil dos serviços prestados pelo Uber.

Inaugura-se o trabalho com a discussão sobre até que ponto, dado o hiato legislativo, ou seja, a ausência de previsão legal para o serviço de transporte de passageiros fornecido pelo Uber, é possível classificar sua natureza jurídica como serviço de transporte público ou serviço de transporte privado.

Em seguida, é abordada a competência do Município para legislar sobre o serviço em análise, sob o enfoque da Constituição Federal e das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

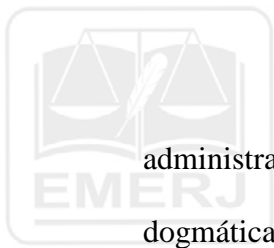
Por fim, demonstra-se no último capítulo que não há elementos econômicos nem jurídicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual e que tal proibição restringe o exercício do trabalho, ferindo os princípios da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência.

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

1. A DIVERGÊNCIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO UBER E A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A noção de serviço público e a essencialidade de sua prestação teve origem a partir da segunda geração de direitos fundamentais, estando os direitos sociais incluídos. Tais direitos possuem como cerne prestação positiva a ser implementada pelo Estado efetivando a ideia de isonomia, garantindo condições mínimas e dignas de vida a todos os integrantes da sociedade.

O neoconstitucionalismo que consiste no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação, culminou na verticalização constitucional do direito abarcando todos os ramos da ciência jurídica e na sua aplicação direta às relações jurídicas. Esse fato modificou a relação existente entre a Administração Pública e seus



administrados, impondo deveres positivos e negativos a ambos; além de remodelar a dogmática administrativista.

Dessa forma, a Administração Pública passou a implementar os direitos sociais por meio da prestação positiva dos serviços públicos de forma vinculada ao estabelecido pela Constituição Federal.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello¹ delimita o conceito do instituto entendendo por serviço público toda atividade material de titularidade do Estado, que pode ser executada pelo próprio Estado ou por alguém que aja em seu nome, destinada à satisfação do interesse da coletividade e implementação de forma positiva de direitos fundamentais.

Todavia, há que se destacar que nem toda atividade de interesse público poderá ser considerada como serviço público, tendo em vista que deverá haver previsão expressa no texto constitucional ou infralegal para a caracterização do serviço como serviço público, ou seja, serviços somente detêm referida natureza jurídica se esta for atribuída por lei; bem como este deverá atender os princípios da generalidade, essencialidade, continuidade do serviço público e modicidade.

O serviço de transporte individual de passageiros fornecido pelo Uber, apesar de sua relevância social, não possui as características necessárias para a sua configuração como um serviço público. Tal serviço apresenta-se como serviço complementar de transporte direcionado ao público, além de ser desprovido de essencialidade, já que sua paralisação não afeta o sistema de transporte; assim não há se falar em atividade de interesse geral.

¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 671.

Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho² quanto à distinção dos serviços públicos e os serviços de relevante interesse público:

Como exposto, existem serviços que não são públicos, mas, que atendem a relevantes interesses. Costuma-se utilizar a expressão serviços públicos virtuais e se propôs, acima, a expressão serviços de interesse coletivo. A hipótese abrange os casos de transporte por meio de táxi, profissões regulamentadas, atividades de hotéis, bancos, seguros etc.

Ainda não incidem os princípios da modicidade, pois não é um serviço acessível a todas as classes sociais e da continuidade do serviço, já que não se exige regularidade na prestação desse em relação a horários e locais, de forma que a sua interrupção não causará colapso no sistema de transporte. .

Por fim, o serviço não atende o requisito da generalidade, visto que não há uma disponibilidade genérica do serviço que venha a beneficiar o maior número de pessoas e ser prestado de forma isonômica ao passo que o serviço é disponibilizado por meio de um aplicativo de celular conectado através da internet.

É latente que a internet não é uma realidade no país, quiçá a utilização de serviços por intermédio de aplicativos de aparelho telefônico celular. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou na ADP 46³ destacando a importância social da Empresa Pública de Correios e Telégrafos na prestação do serviço postal, em que pese à utilização do e-mail como forma de comunicação, ao passo que a internet não é algo acessível a toda população.

Cabe ressaltar que a prestação do serviço de transporte individual não é dever inescusável do Estado, tendo em vista que a Constituição Federal não lhes confere a

²JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.792.

³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+46%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+46%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b98yep7> >. Acesso em: 06 mar. 2016.



titularidade da prestação do serviço, bem como não há previsão legal neste sentido, como por exemplo, na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

Dessa forma, impõe-se a conclusão pela natureza de atividade privada dos serviços de transporte individual de passageiros prestado pelo Uber, mais precisamente de serviço de interesse econômico geral, seja por não se coadunar com características essenciais dos serviços públicos de interesse geral, seja pelo fato da constituição e lei orgânica não atribuir a tais serviços, no Rio de Janeiro, tal condição.

Insta salientar que ainda que a legislação reconhecesse a atividade prestada pelo taxista como serviço público, essa não exclui a do motorista autônomo, proprietário ou não de veículo, que exerce seu trabalho de forma lícita, assim como da de locação de veículos com motorista, sendo esses contratos típicos regulados pelo direito privado, mais especificamente pelo Código Civil, no capítulo XIV, seções I e II⁴.

Ademais, os Tribunais Superiores já firmaram o entendimento no sentido de que a exploração do serviço de transporte de passageiros em táxi é serviço privado e está condicionada a licença e não a permissão, ao passo que o referido ato administrativo unilateral é editado no exercício de competência vinculada, por meio do qual a Administração Pública formalmente declara terem sido preenchidos os requisitos legais e regulamentares exigidos e constitui o direito de um particular ao exercício de uma profissão ou atividade privada determinadas, observando o Art. 170, § único, Art. 173. Art. 174 e Art. 178, todos da Carta Magna⁵.

O referido entendimento pode ser aplicado analogicamente ao serviço de transporte individual fornecido pelo aplicativo Uber, em razão da essência e da natureza

⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.



do serviço prestado comuns, não havendo o que se falar na configuração de serviço público conforme entendimento da melhor doutrina e dos Tribunais Superiores.

Analogicamente, esse é o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, *verbis*:

RE 359444 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO. Relator (a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 24/03/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Os serviços de táxi, além de não preencherem os requisitos de classificação como serviços de interesse geral e, no Município do Rio de Janeiro, ter sido tratado como privado pela própria Lei Orgânica, refletem o exercício de uma profissão regulamentada pela Lei 12.468/11⁶.

Assim, o Supremo Tribunal Federal ressalta que o serviço de transporte individual de táxi somente é uma profissão regulamentada por lei, o que por si só não a enquadra como serviço público, devendo tal entendimento ser aplicado ao serviço oferecido pelo aplicativo Uber. Segue a Corte Constitucional no mesmo sentido:

RE 349.686 / PE – PERNAMBUCO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento em 14-6-2005. Órgão Julgado: Segunda Turma, DJ de 5-8-2005.

Entendemos que neste ponto a Constituição adotou o termo autorização em sentido de licenciamento prévio, relativizando os princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência em razão dos impactos de atividades econômicas privas na vida social. Está é a melhor leitura que se pode adotar tendo em conta a sistemática do artigo que vem tratando da liberdade de iniciativa, livre concorrência, subsidiariedade e abstenção da atuação estatal na econômica. Não podemos confundir a necessidade de ordenamento com a possibilidade de apropriação, pelo poder público, de atividade originariamente privada. Nesse sentido já houve manifestação do STF "O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor."

Portanto, o serviço de transporte individual de passageiros, como o fornecido pelo aplicativo Uber, apesar de sua relevância social, não possui as características necessárias para a sua configuração como um serviço público. Valendo ressaltar que a

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+359444%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+359444%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cacw4y4>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

ausência de previsão legal do serviço, por si só, não impede o seu exercício por força do Art. 5º, XIII da Constituição Federal.

2. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA E O ENTENDIMENTO DO STF.

A Constituição Federal dispõe expressamente sobre a competência para instituir, regulamentar e fiscalizar determinados serviços públicos, de modo que distribui a competência entre a União, os Estados e os Municípios, respectivamente, em seus artigos 21, 25 e 30.

Ainda no artigo 23 da Carta Magna estão relacionadas as competências comuns, que devem ser analisada sob o prisma da teoria da predominância de interesses, de forma que se o interesse for local caberá a atuação do município, se for regional será competente o Estado terá a competência para e sendo nacional a União será competente o Estado para atuar.

No que se refere à competência, a Constituição Federal preceitua ser competência privativa da União legislar sobre trânsito e transportes, assim como sobre as diretrizes da política nacional de transportes.

Neste sentido, a União possui competência para regular os requisitos gerais que funcionam como parâmetro para as leis municipais, de acordo com o princípio da simetria e da hierarquia das normas.

Nesse condão foi promulgada pela União a Lei federal 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, a fim de gerenciar a crise de mobilidade urbana enfrentada pelas cidades brasileiras, bem como estabelecer conceitos, diretrizes e objetivos para a formulação e normas e políticas públicas sobre o tema.

O artigo 22 da Constituição Federal disciplina a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes, de modo que exerceu sua competência ao promulgar a lei federal 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. A lei federal em questão regulamenta o inciso IX do referido artigo da CRFB/88 e estabelece balizas, tanto para os Estados quanto para os Municípios, sobre a disciplina dos transportes.

O referido diploma legal define, em seu artigo 4º, transporte urbano como "conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana"⁷.

A lei continua no mesmo artigo definindo as diferentes modalidades de transporte urbano. Entre as quais destacar as seguintes:

VI - transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público

VII - transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda

VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizada

X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares;⁸

Com efeito, o diploma legal não define os serviços de transporte privado individual. Quando esse define "transporte motorizado individual" não se refere a um serviço, mas apenas a um tipo de transporte; isto é, os serviços de transporte oferecidos de forma privativa não são, atualmente, regulados, e por sua vez, justamente por serem privados, não podem ser considerados ilícitos uma vez ausente regulação específica.

⁷BRASIL. Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁸ Ibidem.



Sendo assim, não havendo definição do conceito de serviços de transporte privado particular em qualquer norma no ordenamento jurídico brasileiro e tendo a Lei Nacional de Mobilidade Urbana somente estabelecido o conceito de serviços de transporte público individual, resta clara a distinção entre ambos.

Em que pese a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local e organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; há que se destacar que os motoristas particulares privados que utilizam a plataforma da Uber para oferecer seus serviços se encontram como modalidade de transporte privado individual.

No que concerne aos Municípios a norma legal federal determinou sobre a competência do Município:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas⁹.

Ainda complementou, no art. 12-A, que o serviço de táxi poderá “ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local”. Dessa forma, a competência para legislar sobre transporte privado individual de passageiros não foi conferida aos Municípios.

O Supremo Tribunal Federal já teve, inclusive, a oportunidade de se pronunciar sobre tema similar, afirmando que cabe ao Município legislar sobre transporte público, mas não sobre modalidades de transporte privado individual:

RE 634911 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 28/08/2015
[...]A partir do exame do diploma impugnado, nota-se que ele institui e regulamenta o transporte alternativo de passageiros por meio de mototáxi, serviço que poderá ser explorado diretamente pelo Poder Público ou mediante permissão. Ocorre que a jurisprudência deste Supremo Tribunal

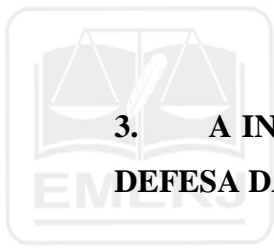
⁹ Ibidem.

Federal assentou, em casos análogos ao presente, que é inconstitucional norma ordinária estadual que disponha sobre serviço de mototáxi, por ser competência da União dispor sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa dispor sobre tais matérias (CF, artigo 22, inciso XI, e parágrafo único). A questão foi elucidada pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI 2.606. Confira-se: “4. No mérito, a norma impugnada acaba por autorizar, de forma oficial, a exploração dos serviços de “transporte remunerado de passageiros” realizado por motocicletas, mais conhecido como “mototáxi”. Nesse contexto, a lei ordinária do Estado de Santa Catarina está em descompasso com as previsões contidas nos artigos 21, XX, e 22, IX, da Carta Federal. 5. Vigora no sistema constitucional instituído em 1988, para fins de repartição de competência, o que a doutrina denomina “predominância do interesse”, cabendo à União as matérias e questões em que prevalecem os interesses gerais da federação com o todo, reservando-se aos Estados assuntos regionais e aos Municípios temas locais. Nessa linha, o inciso XI do artigo 22 da Carta da República reservou privativamente à União o poder de legislar sobre trânsito e transporte, bem como para fixar as diretrizes dos transportes urbanos. 6. A possibilidade excepcional de norma estadual vir a disciplinar originariamente a matéria viabiliza-se apenas mediante lei complementar, conforme expressamente dispõe o parágrafo único do artigo 22, instrumento normativo inexistente quanto às hipóteses de transporte remunerado de passageiros. 7. É relevante observar que o emprego de motocicletas como meio de transporte público de passageiros é matéria afeta tanto ao trânsito - na parte relativa à segurança, natureza e classificação do veículo -, quanto ao transporte, situação específica relacionada ao próprio objeto a ser transportado - no caso o cidadão -, suas formas e condições.”¹⁰

A Lei Complementar 159 promulgada em 29 de setembro de 2015 do Município do Rio de Janeiro que regulamenta o serviço de transporte individual de passageiros em veículo automotor contradiz o disposto na Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU ao estabelecer que o único tipo de transporte individual permitido na cidade do Rio de Janeiro é o taxi, assim impedindo o livre exercício da prestação do serviço de transporte privado individual oferecido pelo Uber.

Sendo assim, a referida lei municipal incorre em invasão de competência, tendo em vista que somente lei federal poderia tratar sobre o tema, além de ir de encontro ao que está previsto na lei federal que dispõe sobre as diretrizes da política nacional de transportes.

¹⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+634911%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q3n8d72>>. Acesso em: 15 mar. 2016.



3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DO UBER À LUZ DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

As políticas de defesa da concorrência no Brasil ganharam relevância a partir da mudança da postura do Estado na intervenção do domínio econômico na década de noventa, em que deixou de ser um estado patrimonialista e burocrático para adotar o status de estado gerencial, isto é, o Estado afasta-se da sua função de empresário e muda o foco de sua atuação para atuar primordialmente na função regulatória.

Nesse sentido, a Constituição Federal em seu Art. 174¹¹ atribuiu ao Estado à função regulatória e normativa da atividade econômica como nova forma de intervenção do Estado na economia, disciplinando 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.

O princípio da livre concorrência é um dos princípios gerais da atividade econômica, insculpido no Art. 170, inciso IV da CRFB/88¹² e é desdobramento do princípio da livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o Art. 1, IV¹³ do referido diploma legal.

De acordo com o princípio da livre iniciativa, há a preservação do ideal de liberdade econômica no qual, em regra, os indivíduos são livres para escolher as atividades que irão desenvolver, ressalvadas as hipóteses de interesse público que importem ao Estado o monopólio ou exercício de atividades específicas, bem como funciona como regulação natural do mercado com vistas ao bem social.

¹¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

¹²Ibidem.

¹³Ibidem.

Coadunando com o entendimento esposado segue Daniel Sarmiento¹⁴:

Ademais, o funcionamento regular de um mercado competitivo tende a ser instrumento mais eficiente para a captação e satisfação das necessidades e preferências de um universo amplo e plural de pessoas do que a atuação de qualquer autoridade pública. Por isso, o bem-estar coletivo é promovido quando as instituições asseguram a livre iniciativa e preservam as “regras do jogo” em que ela se desenvolve de modo saudável – o que não exclui, é claro, a intervenção estatal na economia voltada à promoção de outros objetivos legítimos que o mercado não atende bem, como a distribuição de riqueza.

Já o princípio da livre concorrência assegura a competição de mercado de forma igualitária; o que incentiva a disputa entre as empresas de forma a aprimorar o serviço prestado, bem como a investir em qualidade, inovação e oferecimento de preços competitivos para atrair o consumidor.

No que tange à defesa da concorrência como forma de regulação do setor privado a Carta Magna em seu Título VIII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, especificamente em seu Art. 173, § 4^o¹⁵ preceitua que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O combate ao abuso do poder econômico e a defesa da concorrência visa, primordialmente, à busca da proteção do consumidor, que é o principal atingido pelas políticas de concentração com o fim alcance de maior poderio econômico, bem como resguardar o bem-estar social.

A concentração do mercado altera o nível de competição, ainda que não inviabilize a concorrência, prejudicando em última análise o consumidor, de forma que a regulação da economia por meio da defesa da concorrência tem como finalidade evitar eventuais falhas do mercado e garantir um ambiente concorrencial a todas as empresas.

¹⁴ Sarmiento, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*. Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015, pg 09.

¹⁵ Ibidem.

Nesse sentido, o foi criada o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, uma autarquia federal, por meio da promulgação da Lei nº. 8.884/94¹⁶ com atribuições definidas na Lei nº 12.529/2011¹⁷, com o intuito de zelar pela livre concorrência no mercado, com poderes para investigar e decidir em última instância, sobre a matéria concorrencial a fim de assegurar a livre concorrência.

A proibição do fornecimento de serviço pelo Uber por meio de leis municipais, além de ser formalmente inconstitucional, é materialmente inconstitucional por afronta aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

O serviço de transporte individual de passageiros já é exercido de forma privada em concorrência com o serviço de transporte oferecido por táxis, o que não sugere qualquer inovação dos serviços oferecidos no mercado, senão pela inovação tecnológica do oferecimento do serviço por meio de aplicativo de aparelho celular.

Cabe ressaltar que, a ausência de regulamentação do serviço não constitui impedimento para o seu exercício em virtude do princípio da livre iniciativa consagrado pelo ordenamento jurídico vigente.

Com efeito, é cediço que a inserção no mercado de mais um meio de oferecimento do serviço de transporte individual de passageiros somente tem a dinamizá-lo, estimulando a concorrência, o que culmina no aprimoramento do serviço para fins de adequação e manutenção desse no mercado.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade¹⁸ - em estudo recente sobre mercados de táxi e de caronas pagas, concluiu, que “não existem elementos

¹⁶BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁷BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁸BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Documentos de Trabalho 001/2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2016.

econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviço de transporte individual, pelo contrário, a concorrência é positiva para o consumidor, que poderá se beneficiar das melhorias no sistema de transporte”.

Dessa forma, há que se reconhecer que a proibição do fornecimento do serviço por meio do aplicativo Uber constitui afronta aos princípios que gerem a ordem econômica.

CONCLUSÃO

Em que pese a existência de leis municipais que regulamentam o serviço de transporte individual de passageiros em veículo automotor e proibem o oferecimento desse serviço pelo aplicativo Uber, a inconstitucionalidade da proibição é expressa tanto em razão da natureza jurídica do serviço fornecido, que possui relevante interesse social, mas não pode ser considerado serviço público diante da ausência de preenchimentos dos requisitos básicos para tal configuração; quanto em face da interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 12.587/2012 e das competências legislativas sobre o tema. Ademais, há que se destacar que a proibição ainda viola pressupostos constitucionais fundamentais como os princípios que regulam o direito econômico.

Sendo assim, resta patente a inconstitucionalidade das leis municipais que proibem a circulação do Uber e criam exclusividade da prestação do serviço de transporte individual de passageiros por taxis, tendo em vista a afronta aos princípios fundamentais da República, aos direitos fundamentais, às regras de competência legiferante distribuídas entre os entes federativos e aos princípios da ordem econômica e financeira preceituados na Constituição Federal.



REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*. Editora Almedina, 2004.

BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro. *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

_____. LEI N. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+46%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+46%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b98yep7>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Documentos de Trabalho 001/2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Forum, 2012.



MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulado no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael de Carvalho Rezende de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*. Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



A RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS O MÍNIMO EXISTENCIAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE

Michel Arnoso

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo delinear o dever do Estado em garantir um mínimo de efetividade aos direitos fundamentais, principalmente ao direito à saúde, apresentando como fator limitador desses direitos o princípio da reserva do possível. É demonstrada a origem dos direitos fundamentais, a limitação de recursos da máquina Estatal e a correta aplicação desses direitos no Estado brasileiro. Além do dever do Poder Judiciário em agir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais na omissão do Estado.

Palavras-chave: Direitos Constitucionais. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Ativismo Judicial. Direito à Saúde.

Sumário: Introdução. 1. A origem do princípio da reserva do possível. 2. Os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 e a ideia de mínimo existencial. 3. O confronto entre o princípio da reserva do possível versus o mínimo existencial e os limites do ativismo judicial no direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática dos direitos fundamentais de caráter social, a importância desses direitos e a necessidade de ser garantida uma efetividade mínima ao núcleo intangível dos direitos humanos. Nesse contexto, enfrenta-se o conflito entre o princípio da reserva do possível versus o princípio do mínimo existencial, traçando de forma sucinta, o papel do judiciário em garantir a efetividade mínima ao direito à saúde quando o Estado viola seu núcleo essencial.

O Estado tem recursos limitados e a demanda por serviços de caráter social é crescente. A constituição de 1988 é uma constituição neoliberal que traz um extenso rol

de direitos garantidos pelo próprio Estado. O princípio da reserva do possível surge como fator limitador para atuação do Estado e consiste, basicamente, na disponibilidade orçamentária que o Estado tem para realizar os seus serviços.

Por sua vez, a Carta Magna traz, logo em seu art. 1º, como um dos pilares da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana. O art. 5º, § 1º expressa que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e o art. 6º apresenta o direito à saúde como um direito fundamental social. Por conta disso, surgiu a ideia de mínimo existencial, ou seja, apesar das limitações de recursos do estado, este deveria garantir um mínimo, o núcleo essencial desses direitos sociais em respeito à dignidade da pessoa humana, principalmente o direito à saúde.

Delimitar essa fronteira entre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial é tarefa difícil e, por vezes, o Estado adota posturas omissas em garantir a efetividade a esses direitos sociais. Cabe ao judiciário intervir, combatendo posturas omissas do Executivo e do Legislativo, mas respeitando a harmonia entre os três poderes.

No primeiro capítulo, é apresentado o princípio da reserva do possível, sua origem histórica e justificativas, com o objetivo de definir a aplicabilidade deste princípio dentro da realidade financeira do Estado brasileiro.

Em seguida, no segundo capítulo, são abordados os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, suas origens e o conceito de mínimo existencial. Pretende-se com isso demonstrar a evolução e a importância dos direitos fundamentais, principalmente do direito à saúde, por meio da ideia de existência de um núcleo duro, intangível, dentro dos direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, diante do antagonismo existente entre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, é traçado o ponto de equilíbrio entre os referidos princípios, além do papel fundamental do judiciário em



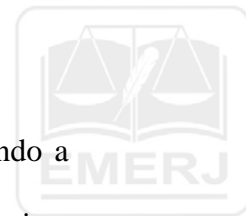
garantir a efetividade ao direito à saúde na omissão do Estado. Nesse contexto, é analisado até que ponto o poder judiciário poderia intervir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, especificamente do direito à saúde, respeitando a separação dos poderes.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, por meio do estudo de livros, artigos, dissertações e teses sobre a temática dos direitos fundamentais sociais presentes no ordenamento brasileiro.

1. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos fundamentais sociais, são direitos prestacionais do Estado, positivados na Constituição Federal de 1988 e que, sem dúvida, geram custos elevados para máquina estatal. O Estado assistencialista tem por objetivos amparar a população, de modo geral. Fato é que a necessidade por serviços básicos é tamanha que o Estado brasileiro acaba por assumir uma tarefa maior do que a sua própria capacidade financeira em atender a essa demanda. As obrigações prestacionais que o estado açambarca são obrigações de fazer, muito diferentes das obrigações assumidas com a implementação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que correspondiam à ideia de abstenção do Estado, um “não fazer”.

Diante da crescente demanda criada pela incorporação de direitos sociais na Constituição, direitos positivos que exigem uma atuação direta do Estado, surgiu a necessidade de criar limites na realização desses direitos, pois caso contrário o Estado entraria em um colapso pela insuficiência financeira em concretizar plenamente todos os direitos fundamentais sociais que a Constituição de 1988 positivou. Nasce a ideia da



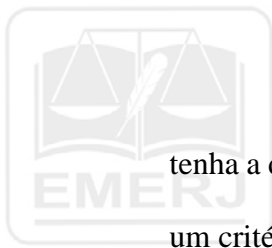
reserva do possível, mecanismo que serviria como espécie de balança, equilibrando a capacidade econômica do Estado versus a necessidade de concretizar os direitos fundamentais sociais, positivados na Magna Carta. É a adequação da realidade financeira do Estado com a crescente demanda pela concretização de direitos fundamentais sociais.

Assim, o Estado quando não tivesse recursos para concretizar determinados direitos fundamentais sociais, alegaria, de forma legítima, o princípio da reserva do possível para não dar efetividade, no caso concreto, a determinado direito fundamental social.

A reserva do possível, conhecida no direito comparado de forma ampla, originou-se de um *leading case* na Alemanha, nos anos 70. A corte analisando a demanda proposta por estudantes que desejavam ingressar no curso superior de medicina, mas não tinham obtido êxito ante a limitação de vagas estabelecida na época, decidiu que o direito garantido pelo art. 12 da Lei fundamental da República Federal da Alemanha, direito relativo à liberdade de escolha da profissão, base para ação proposta pelos estudantes, estaria limitado à razoabilidade, ou seja, o indivíduo só poderia exigir da sociedade aquilo que fosse considerado razoável. Na argumentação a corte alemã adotou a ideia da razoabilidade. Ingo Sarlet¹, interpretando a decisão da corte, chegou à conclusão que a prestação exigida “[...] deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Percebe-se, ao analisar o julgado da corte alemã, que a teoria da reserva do possível aplicada ao caso dos estudantes, não tinha como pilar apenas os limites financeiros do Estado, pois segundo o entendimento da corte, não basta que o Estado

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 21. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.



tenha a disponibilidade de recursos, é necessário que o pedido esteja embasado dentro de um critério da razoabilidade.

No Brasil, a teoria da reserva do possível sofreu certa adaptação à realidade nacional, transformando-se o critério da preponderância na razoabilidade, definido pela corte alemã, em um sentido de razoabilidade financeira. Assim, a efetividade dos direitos fundamentais sociais estaria limitada pela capacidade financeira do Estado em garantir tais direitos.

Nesse sentido o Ministro Gilmar Mendes², em sua obra de Direito Constitucional, entende que:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma em sua obra de Direito Constitucional ³que a efetividade dos direitos fundamentais sociais “[...] depende da disponibilidade de meios suficientes, com que nem sempre conta o Poder Público. Por isto, são eles condicionados pela cláusula, ou como hoje se diz, pela “reserva do possível”.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em um de seus julgamentos, afirmou que:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se

² MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Brasília: Saraiva, 2012, p.237.

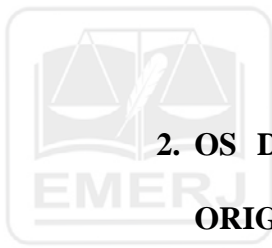
³ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.352.

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 constitucionais⁴

Dessa forma, diante da insuficiência de recursos do Estado para atender as necessidades de caráter social, faz-se necessário a escolha de políticas públicas voltadas a implementação de direitos fundamentais sociais de maior relevância, ocorrendo uma alocação de recursos nas áreas mais essenciais para população. São tipicamente opções políticas, que orbitam a esfera da discricionariedade (ligadas ao binômio oportunidade e conveniência na administração do Estado) do poder executivo e legislativo.

É claro que o Estado brasileiro não poderá alegar a reserva do possível como barreira intransponível para efetividade dos direitos fundamentais sociais, pois se fosse permitida tal conduta, esses direitos jamais seriam concretizados e a constituição acabaria perdendo a força necessária para garantir diversos direitos fundamentais. Haveria uma clara violação aos dispositivos constitucionais. Principalmente ao art. 5º, § 1º que é claro ao dizer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. É por esse motivo que o julgado da ADPF n2 45-MC-DF do Supremo Tribunal Federal, ressalta que o princípio da reserva do possível não é um obstáculo absoluto. Deve-se trabalhar a ideia da Razoabilidade na vertente financeira, dentro da possibilidade do Estado. É necessário que haja um embasamento real e concreto para a alegação do referido princípio. Essa análise, será feita mais à frente, após a definição dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 e a ideia de mínimo existencial.

⁴ BRASIL. ADPF n2 45-MC-DF, Rei. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, STF. Acesso em: 27 de abril de 2016.



2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS NA CRFB/1988, SUAS ORIGENS E O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Antes de adentrar no tema dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, vale traçar aqui o pensamento de alguns autores importantes. Sobre o tema, Norberto Bobbio⁵ diz em sua obra que “Os direitos do homem, [...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. ”

Nessa mesma linha de pensamento, Alexandre de Moraes⁶ diz que os direitos fundamentais “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”. Sendo assim, é importante entender que os direitos fundamentais são fruto da construção histórica doutrinária, conquistados pouco a pouco pelo homem.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, tem como pilar fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, presente logo em seu art. 1º, inciso III. Foram incorporados ao texto constitucional diversos ideais, fortemente ligados a este princípio, como por exemplo: os deveres de abstenção do Estado, direitos negativos que traduzem as liberdades e garantidas individuais dos indivíduos; os direitos prestacionais, que visam um atuar positivo do Estado com fito de alcançar a ideia de justiça social.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria política e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5;

⁶ MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178;



É inegável que foram obtidos vários avanços nessa Constituição, mas o maior deles foi que o texto constitucional foi “costurado” com os direitos fundamentais, de modo que é impossível dissociar esses direitos da nossa constituição, favorecendo assim, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, direitos inerentes à condição humana.

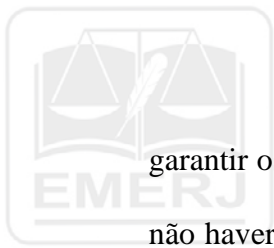
A fonte de inspiração do poder constituinte originário, veio da lei fundamental da Alemanha e da Constituição de Portugal do ano de 1976, assim foram somados ao texto constitucional alguns direitos presentes nesses ordenamentos.

O Estado brasileiro, após mais de duas décadas lastreadas em um regime excepcional, iniciado com o golpe de 1964, entrou em 1985 num processo de redemocratização, dando origem à Constituição de 1988. Esta constituição estabeleceu significativa progressão aos direitos e garantias fundamentais, pilares de um regime político democrático.

O constituinte estabeleceu logo no preâmbulo da Constituição Federal⁷ seu compromisso com os ideais relacionados com os direitos fundamentais, essenciais para um Estado democrático de Direito: “[...]para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”.

Esse compromisso persiste por todo texto constitucional, conforme se vê no art. 1º, inciso I c/c § único, a garantia da soberania popular; no inciso II, o princípio da cidadania; no inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana; no inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e no inciso V, o pluralismo político. São princípios que visam possibilitar a construção de um Estado democrático de Direito. Perceba que esses princípios são todos ligados entre si, uma vez que não há como se

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.



garantir os direitos fundamentais fora de um estado democrático de Direito, assim como não haverá liberdade nem direitos políticos se não for respeitada a dignidade da pessoa humana.

O art. 3º inova ao fazer referência expressa aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, estabelecendo: ⁸ “Uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Desse modo, a Constituição de 1988 se fundamenta nos artigos 1º e 3º e o legislador sob essa inspiração continua nos primeiros capítulos listando diversos direitos e garantias individuais, como se pode ver em seus artigos 5º, 6º e 7º. No art. 60, § 4º torna cláusula pétrea os direitos e garantias individuais, impossibilitando qualquer retrocesso desses direitos.

Outro ponto interessante, é que diferente das constituições anteriores, em que o legislador fazia referência aos direitos sociais de forma espaçada, na constituição de 1988 o constituinte inseriu logo no Título II os Direitos Sociais, dando assim posição de destaque a esses direitos.

No caput do art. 5º, o legislador dispõe que: ⁹“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”

Merece destaque a previsão contida no art. 5º, § 1º em que fica expressa que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. ”

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

⁹ Ibid.



Tal previsão dá maior força executiva ao texto constitucional, tornando essas normas aptas para produzir efeitos imediatamente.

Continuando pelo art. 5º, o § 2º prevê que ¹⁰“Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.”

É clara a preocupação do constituinte originário em não restringir a apenas ao capítulo II da constituição os direitos e garantias fundamentais, na verdade esses direitos estão distribuídos por toda constituição e também em tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

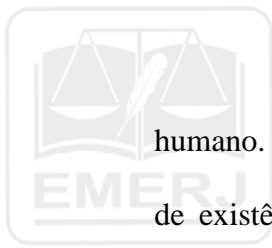
No art. 5º § 3º, o legislador faz previsão muito importante, ao dizer que: ¹¹ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Essa previsão tem grande importância porque dá status de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando observado o procedimento do art.5º, parágrafo § 3º. Vale ressaltar que a doutrina construiu o entendimento que mesmo que esses tratados não observem o procedimento acima descrito, por força da relevância do tema que tratam, serão classificados como normas supralegais, ou seja, abaixo de nossa Carta Magna e acima das leis infraconstitucionais.

Com esses conceitos em mente, o mínimo existencial está ligado as necessidades sem as quais não seria possível para o indivíduo viver na condição de ser

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

¹¹ Incluído pela Emenda Constitucional 45/04.



humano. Dessa forma, trata-se de um direito que tem por objetivo garantir as condições de existência mínimas, na qual caberia ao próprio Estado oferecer essas condições, adotando uma postura positiva, e não apenas uma posição de abstenção que era adotada no passado¹².

Os direitos que são abarcados no conceito de mínimo existencial são os direitos de segunda dimensão, relativos aos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, consagrados na Constituição Federal. São exemplos claros desses direitos os definidos no art. 6º e 7º da constituição federal, quais sejam, o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, entre outros. Os direitos sociais têm um caráter programático, no sentido de que não é permitido regressões desses direitos, devendo o Estado utilizar como parâmetro a norma constitucional, aplicando o texto da constituição progressivamente, contudo, o constituinte originário não deixou dúvida que tais direitos têm aplicabilidade imediata no art.5 § 1º da CRFB/88, quando expressa que ¹³" as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", garantido assim que o texto constitucional não seja uma espécie de utopia, vazia, na qual o ideal seria atender o que está expresso, entretanto o Estado diante da dimensão continental do Brasil e escassez de recursos, jamais seria capaz de alcançar. É nessa hora que surge a ideia de mínimo existencial, e o Estado passa a ter a responsabilidade direta de garantir a efetiva aplicação do texto constitucional, ao menos no que diz respeito a ideia de mínimo existencial.

¹² Posição adotada nos direitos de primeira dimensão, ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos, definidos como direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário;

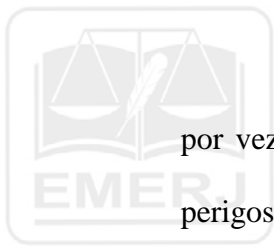
¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 março. 2016.

Sendo assim, o mínimo existencial compreende um conjunto de prestações por parte do Estado, absolutamente essenciais para que o indivíduo possa ter uma vida considerada digna. É extremamente importante e a doutrina o consagra como sendo o núcleo de outro princípio, o da dignidade da pessoa humana.

3. O CONFRONTO ENTRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE

Diante do confronto dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, cria-se um impasse, pois o Estado não tem recursos suficientes para atender a demanda criada pelos direitos fundamentais sociais, presentes em nossa Constituição, mas também não pode simplesmente alegar que ante a falta de recursos não é capaz de dar efetividade alguma a esses direitos. É notório que o direito mais precioso que temos é a vida, uma vez que sem vida nada há para se garantir ou proteger. Desse modo, ligado ao direito à vida está o direito à saúde que dentre os direitos fundamentais, merece um destaque ainda maior.

O Direito à saúde é tão importante que não dá muita margem para alegação pelo Estado de que não há recursos suficientes para garantir um tratamento médico, uma cirurgia ou qualquer outro recurso que vise a preservação da vida de determinada pessoa ou coletividade. É um direito que se sobrepõe aos outros, também importantes, mas menos relevantes em um confronto direto com a necessidade de se prover a saúde. Por isso, definir aquilo que seria razoável para que o Estado possa arcar é tarefa árdua que



por vezes gera um imbróglio na doutrina e jurisprudência, pois cai num subjetivismo perigoso que dá margem para o arbítrio daquele que detém o poder em mãos.

Nesse sentido, o voto do ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal é extremamente esclarecedor e diz que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art.196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. [...].¹⁴

O Estado brasileiro não pode se valer do manto da reserva do possível para tornar ineficaz os direitos sociais previstos na Constituição Federal. É preciso garantir a efetividade mínima aos direitos mais importantes, ligados diretamente ao princípio da

¹⁴ BRASIL. STF. 1ª T. RE 393175 Agr. /RS. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 12.12.2006.

dignidade da pessoa humana, dentre eles o direito à saúde, pois do contrário o texto constitucional viraria letra morta, uma verdadeira utopia conceitual sem sentido algum.

Em decorrência disso, nasce o papel do judiciário em equilibrar a ação do executivo e legislativo que muitas vezes adotam posturas omissas na efetivação dos direitos fundamentais. O ativismo judicial é ferramenta que gera grande discussão na sociedade e no meio acadêmico, porque impõe uma ação do executivo em determinado sentido, mesmo que não exista expressamente uma norma infraconstitucional obrigando a adoção dessa conduta. É mecanismo que deve ser utilizado com cautela, a fim de preservar o princípio da separação dos poderes, presente no art. 2º da Constituição Federal. Vale dizer que a graduação do ativismo judicial depende muito da adequada atuação dos outros poderes. Havendo um desequilíbrio na atuação do Poder Executivo, em não dar efetividade aos anseios da população, é natural que mais e mais demandas sejam levadas ao judiciário que diante da análise do caso concreto deve fazer valer os princípios contidos na Constituição Federal, é a atuação direta do mecanismo de controle conhecido como sistema de freios e contrapesos, em que um Poder fiscaliza o outro.

Nesse sentido, Walber de Moura Agra¹⁵, em sua obra expressa que “não há mais função típica ou atípica, mas uma atuação para estabelecer os freios e contrapesos, no sentido de que os mandamentos constitucionais possam ser cumpridos”. Por outro lado, Luís Roberto Barroso¹⁶ menciona três críticas principais ao ativismo judicial: 1) riscos para a legitimidade democrática; 2) politização indevida da justiça; e 3) limites da capacidade institucional do Judiciário. A crítica mais relevante nesse contexto é a falta de legitimidade democrática do judiciário, uma vez que não é um poder eleito diretamente

¹⁵ AGRA, Walber de Moura. *Direitos sociais. Tratado de Direito Constitucional*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 535;

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 26/03/2016, p. 10;



pelo povo. O fato é que o judiciário, tem o dever de agir, não para impor sua vontade arbitrária e sim para atuar na proteção da Constituição Federal.

Dessa forma, observando os argumentos de cada corrente, é preciso evitar os extremismos e buscar o equilíbrio na atuação do Poder Judiciário, em garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sem entrar demasiadamente na esfera da discricionariedade dos outros poderes. É dever do judiciário agir com base na razoabilidade e no sistema de freios e contrapesos, sem interferências excessivas, mas dando efetividade ao direito à saúde, bem preciso que se sobrepõe aos outros interesses do Estado. Não pode o Estado distorcer a ideia do princípio da reserva do possível, alegando injustificadamente tal princípio para suprimir um direito fundamental tão importante quanto é o direito à saúde. O princípio da reserva do possível é um forte limitador dos direitos fundamentais e sua existência é justificável, uma vez que não há, de fato, recursos suficientes para atender toda a demanda da população, todavia deve ser alegado de forma legítima e com razoabilidade, cabendo ao judiciário, quando provocado, proteger o núcleo intangível desses direitos.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são fruto da luta entre o homem e o Estado ao longo da história da humanidade, são direitos que se adaptaram à realidade de cada época, que sofrem uma constante evolução e ainda apresentam uma grande dificuldade de se tornarem efetivos por conta do caráter de prestação positiva por parte da máquina estatal.

A Constituição atual é garantista, tendo em vista que o Brasil na década de 80 saía de um longo regime militar iniciado em 1964. Assim os direitos fundamentais sociais foram tratados com grande cuidado pelo poder constituinte originário, que atribuiu a esses direitos uma posição de destaque no texto constitucional.

O poder delegado pelo povo ao Estado é, sem dúvida, uma ferramenta perigosa, de difícil administração que gera um ônus pesado ao Estado. Assim muitas vezes são utilizados mecanismos aparentemente legítimos, como o princípio da reserva do possível, de forma engenhosa por parte dos governantes no Brasil, com o fim de suprimir parte dessa responsabilidade inerente ao Estado brasileiro, muitas vezes com a ilegítima intenção de desviar recursos públicos para o benefício dos que administram a máquina do Estado. É preciso respeitar o que expressa a atual Constituição, não transformando o conteúdo do texto constitucional numa utopia sem propósito. Desse modo, é importante, ao menos, garantir ao povo, detentor do poder, a efetividade mínima aos direitos fundamentais, principalmente ao direito à saúde. Não é possível aceitar que centenas de milhares de pessoas devam perecer nas filas de espera por atendimento cirúrgico nos hospitais públicos, porque o Estado alega não ter recursos suficientes, ou ainda que milhares de crianças morram de fome, quando vemos o desperdício diário de recursos públicos.

Além disso, é dever do Poder judiciário, guardião da Constituição Federal, garantir a efetividade do conteúdo do texto constitucional na omissão do Estado, mesmo que isso traga um certo desconforto entre os três poderes, tendo em vista a natureza essencial que constitui os direitos fundamentais.



REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Direitos sociais. Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 26/03/2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria política e direitos humanos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. ADPF n2 45-MC-DF, Rei. Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, STF. Acesso em: 27 de abril de 2016.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Organizada por Alexandre de Moraes.

_____. STF. 1ª T. RE 393175 Agr. /RS. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 12.12.2006. Acesso em: 27 de abril de 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Brasília: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 21. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

AMAR É UM DEVER LEGAL?

Michelle Vargas Freire

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada.

Resumo: O afeto como valor jurídico nas questões familiares. A importância do dever de cuidado como princípio basilar presente nas relações familiares. O amor, que é um sentimento natural e por isso não pode ser imposto, obrigatório. A possibilidade de responsabilizar os pais em decorrência do ilícito caracterizado pelo abandono afetivo capaz de gerar dano psicológico nos filhos. A ampliação do conceito de abandono afetivo para as demais relações familiares e a sua possível responsabilização. Enfrentamento do tema com base na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. Aplicação da jurisprudência a respeito do tema.

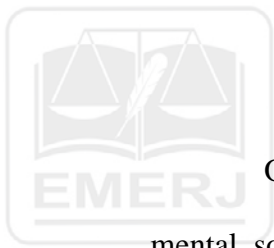
Palavras-chave: Direito de Família. Dano Moral. Abandono Afetivo. Reparação Civil.

Sumário: Introdução. 1. O papel do afeto como valor jurídico oscilante nas questões afetivas ao direito de família. 2. Abandono afetivo nas relações entre pai e filho. 3. Da possibilidade de ampliação do critério afetivo nas hipóteses de abandono para as demais relações familiares. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a importância do afeto nas relações entre pais e filhos e a sua repercussão jurídica quanto à responsabilização nos casos de abandono afetivo. Objetiva-se discutir a possibilidade de responsabilização civil em caso de abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Estendendo essa possibilidade para as demais relações familiares, se possível. Busca-se analisar, ainda, os princípios basilares das relações familiares e a decorrente omissão capaz de gerar danos.

O direito de família tem como principal função estabelecer princípios norteadores das relações familiares e de proteção a seus membros. A Constituição Federal de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico a ampliação do conceito de família e direitos fundamentais expressos, como, a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a solidariedade social e a afetividade.



O pai, perante a Constituição Federal, tem o dever de amparar as necessidades mental, social, psicológica, material, entre outras da criança. Certo de que esses deveres, por vezes, não são efetivados. Dessa conduta omissa pode ser constatado dano moral cabível de reparação civil. Incumbe salientar que o tema é controvertido, uma vez que há intervenção do judiciário nas relações familiares.

Quando os princípios basilares do direito de família são descumpridos há frustração dos filhos, capaz de gerar dano, pois é inquestionável que a situação de abandono gera lesão a dignidade da pessoa humana. Cabe, então, ao judiciário solucionar tais conflitos familiares, possíveis de ensejar a reparação civil.

No primeiro capítulo busca-se a averiguar no que concerne a paternidade responsável e se a afetividade é elemento basilar nas relações familiares. Atestando o fato de que a afetividade é elemento basilar na paternidade responsável.

No segundo capítulo, pesquisa a responsabilidade dos pais perante o Estado no caso de abandono afetivo. Estabelecendo critérios jurídicos a fim de averiguar a responsabilidade civil dos pais em caso de descumprimento dos princípios basilares do direito de família.

E, por fim, o terceiro capítulo busca-se discorrer sobre a possibilidade de ampliação do critério afetivo para as demais relações familiares. Defendendo que a omissão nas demais relações familiares também seria capaz de ensejar responsabilidade perante o Estado.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.



1. O PAPEL DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO OSCILANTE NAS QUESTÕES AFETAS AO DIREITO DE FAMÍLIA

O presente capítulo abordará a importância do afeto nas relações familiares. Primeiramente, tratará da importância do afeto nas relações familiares. Em seguida, será analisado o fato de que a afetividade é elemento basilar no que concerne a paternidade responsável.

Inicialmente, o direito de família é o ramo do Direito Privado que disciplina as relações familiares de modo geral. Que tem por objeto a própria família. Sendo o ramo do direito civil que trata das relações familiares, por óbvio, pode-se imaginar que inúmeros são os conflitos que surgem. Ao passo que, ao tutelar tal direito, o legislador acabou também por estabelecer deveres que muitas das vezes não são observados. E, que por conta disso, cabe ao judiciário intervir na mais particular de todas as relações – as relações familiares.

A Constituição Federal de 1988 (“CRFB”) estabelece no artigo 226¹ que a família tem proteção especial do Estado. Outros artigos, como os 227, 228, 229 e 230 tutelam o direito de família, ao passo que, esse ramo do direito visa proteger e amparar não só os membros da família, mas também toda a coletividade, uma vez que o legislador estabelece limites em prol dos princípios da solidariedade social (artigo 3º, I, CRFB), isonomia (artigo 5º, CRFB), dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, CRFB), afetividade (artigo 226 §4º, artigo 227, caput, § 5º e § 6º, ambos da CRFB) e o melhor interesse da criança.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.



O princípio da solidariedade social do artigo 3º, inciso I da CRFB ²consiste do avanço social, em que a sociedade supera o individualismo humano para viver em sociedade em prol das necessidades da coletividade.

A isonomia, também chamado de princípio da igualdade contido no artigo 5º da CRFB, constitui direito fundamental de grande relevância social, pois estabelece que os iguais devam ser tratados como iguais e os desiguais na medida de sua desigualdade. Assim, esse princípio veda qualquer forma de desigualdade arbitrária. No direito de família esse princípio pode ser exemplificado no artigo 226, §5º da CRFB, pois a Constituição Federal estabelece direitos e deveres que são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher na sociedade conjugal.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornou o princípio norteador de todo ordenamento jurídico, estabelecido no artigo 1º, II da CRFB que também está ligado ao direito de família e as relações familiares, preconiza a igualdade para todas as entidades familiares. O direito de família hoje busca proteger o instituto da família, mas também que a família tenha a sua dignidade efetivada no dia a dia, buscando assim uma igualdade real para uma sociedade solidária e justa.

A afetividade é um dos princípios norteadores do direito de família, assim como se depreende dos ensinamentos de Maria Berenice Dias³:

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

Quanto à proteção integral a criança, princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 227 e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visa garantir ao menor proteção integral e absoluta de seus direitos, em consonância com o melhor interesse do menor.

O afeto nas relações familiares ganhou repercussão com a pós-modernidade, conforme o esclarecimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E nesse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

Com o avanço do conceito de família, que antes era patrimonialista, conservador do Código Civil de 1916, passou a adotar conceitos mais modernos, que se deu em função da transformação da sociedade, ao passo que hoje, por exemplo, os filhos havidos fora do casamento possuem os mesmos direitos que os havidos no casamento, ou por adoção. O papel da família hoje, com o conceito pós modernistas, firma-se no sentido de que a família proporciona aos seus membros suporte emocional. São valores básicos dessa relação o afeto e a ética. A família passou a ser vista como uma unidade socioafetiva.

Pode-se dizer que o afeto é gênero, no qual são espécies o amor, a felicidade, a cumplicidade. O amor nasce nas relações sociais, que inclui também às relações de parentesco. Trata-se de sentimento que cresce e desenvolve-se naturalmente nas relações afetivas.

Presume-se que o ambiente familiar seja rico de afeto, no qual os pais exerçam seu poder familiar, de modo que os filhos além de receber aparatos que supram suas necessidades mental, social, psicológica, material, também sejam cuidados, educados e

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014, p. 62.



amados. Para que cheguem à vida adulta com capacidade de conviver com as diferenças e com os diferentes.

Luciane Dias de Oliveira⁵ traz em seu artigo nota de que:

Considerando que a personalidade de uma criança está em formação, a falta desta solidariedade pode gerar consequências severas em sua vida, tornando-a um adulto aquém de suas potencialidades, uma vez que não encontrou ambiente propício para o amadurecimento de sua segurança e de suas qualidades.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, no seu artigo 4º⁶ também privilegia a convivência familiar, ao passo que é dever de todos, assegurar com prioridade absoluta, os direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, o esporte, o lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, o respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Junto, está o artigo 22 do ECA que estipula que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Vale lembrar que, aos pais não incumbe somente o dever material perante o filho, mas também os recursos morais.

Pois bem, enxergar o afeto como base para as relações familiares caracteriza-se, portanto, o reconhecimento de diversas formas de se relacionar, de expressar o amor.

2. ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

O presente capítulo abordará o abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, serão analisados o direito à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, o poder familiar e a sua conseqüente perda em decorrência de descumprimentos de deveres inerentes ao poder familiar.

⁵ DIAS DE OLIVEIRA, Luciane. “ Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em 05 out. 2015.

⁶ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 05 out. 2015.

A princípio, além dos direitos já elencados das crianças e dos adolescentes, há o direito à convivência familiar e comunitária. A família é a base de toda a sociedade (artigo 226, CRFB⁷). Tanto a criança quanto o adolescente têm direito de ser criado por uma família, ter convívio familiar e comunitário, pois na família o cidadão nasce, cresce e se desenvolve.

A Constituição da República no artigo 227⁸ se preocupou com a convivência familiar e comunitária, além de expressar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar de forma absoluta tais direitos. A responsabilidade é primária da família, depois da sociedade e só após do Estado. Logo, incumbe primariamente à família zelar pela vida, saúde, alimentação, educação, lazer, dignidade e todos os demais direitos das crianças e dos adolescentes.

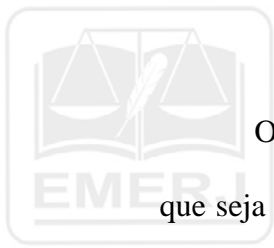
O afeto como já dito, possui grande importância no desenvolvimento de crianças e adolescentes, além dos amparos materiais, morais e psicológicos. Uma criança que cresce em lar responsável, com pais responsáveis se torna um adulto responsável e capaz de lidar com a vida adulta.

Ressalta-se que o dever de cuidado dos pais perante seus filhos não inclui o amor, pois, o amor, ele cresce e se desenvolve das relações naturais, e ninguém é obrigado a amar, mesmo que seja seu filho. Não há obrigatoriedade no amor, o amor é um sentimento natural, não pode ser imposto, comprado ou alugado. Trata-se de verdadeira utopia afirmar que em todas as relações familiares há amor, pois o que se vê, muita das vezes é um ambiente emocionalmente desequilibrado.

Mas, e o dever de cuidado?

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁸ BRASIL. Ibid., Acesso em: 12 fev. 2016.



O artigo 1634, do CC/02⁹, depreende que o dever é de ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, isso é, compete aos pais em conjunto de esforços o pleno exercício do poder familiar. Da mesma forma, preconiza o artigo 21 do ECA, que o poder familiar será exercido por ambos os pais em igualdade de condições. É exercido por ambos os pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (Artigo 22 do ECA¹⁰).

Nas palavras do Ministro do STJ Marco Buzzi¹¹: “Não se trata de uma impossível obrigação de amar, mas de um dever impostergável de cuidar”. Não é a falta de amor que gera o dano, mas a negativa do amparo, é desfazer os vínculos afetivos já constituídos, é desatender as necessidades da criança em formação e com isso trazer prejuízos que dificilmente poderão ser recuperados.

O dever de cuidado dos filhos não se limita à pensão alimentícia. Visto que, uma criança que cresce em lar responsável se torna um adulto responsável. E, cercear o direito da criança de conviver e ser cuidado por seu genitor é infringir o direito inerente ao seu desenvolvimento. Pode-se dizer que fere sua dignidade humana.

Nesse sentido, também, cita-se a Ministra Nancy Andrichi¹²:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que

⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 06 fev. 2016.

¹¹ OLIVEIRA, Mariana. *Pai terá de pagar R\$ 200 mil a filha por abandono afetivo, decide STJ*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html>> Acesso em: 06 fev. 2016.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF >. Acesso em: 06 fev. 2016.



não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Esse dever de cuidado precisa necessariamente ser exercido com absoluta prioridade para o melhor desenvolvimento do filho.

Ressalta-se que a falta de recursos materiais ou a carência de recursos, por si só, não pode constituir motivo necessário para que o pai ou a mãe perca o poder familiar de seus filhos (Artigo 23 do ECA¹³). A responsabilidade primária é dos pais, logo, se demonstrado insuficientes recursos, a família será incluída em programas oficiais de auxílio (§1º do artigo 23 do ECA¹⁴).

A perda ou a suspensão do poder familiar são decretadas judicialmente pela autoridade, que no caso é o juiz da Vara da Infância e Juventude (artigo 24, ECA¹⁵). Que deverá necessariamente atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório, artigos 5º LIV e LV, CRFB/88¹⁶.

Constitui infração administrativa o descumprimento doloso ou culposo dos deveres inerentes ao poder familiar, com pena de multa de 03 a 20 salários-mínimos que serão arbitrados pelo juiz. Artigo 249 do ECA¹⁷.

O dever de cuidado, então, deve ser exercido como forma de exercer o poder familiar em conjunto por ambos os pais, entretanto, esse dever por muitas das vezes fica limitado por motivos que vão além da própria escolha dos genitores. Como, por exemplo, no caso de alienação parental em que um dos pais foi “forçado” a ficar longe de seu filho, também no caso de limitações financeiras, distâncias geográficas. O poder judiciário terá

¹³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁴ BRASIL. Ibid., Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁵ BRASIL. Ibid., Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁷ BRASIL. Ibid., Acesso em: 12 fev. 2016.



que levar em consideração as teses apresentadas e analisar eventual justificativa para esse afastamento, que deverá ser devidamente comprovada. Sendo assim, cabe ao julgador ponderar as situações fáticas.

Vê-se hoje que a Jurisprudência tem se posicionado sobre o dano moral em decorrência do abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Caracterizado o dano e demonstrado que houve o abandono do genitor, o filho será devidamente compensado.

A responsabilidade civil tem como objetivo compensar àquele que por uma ação ou omissão tenha sido lesado. Assim como preconiza os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. O dano caracteriza a responsabilização, isto é, só há a compensação do dano se houver efetivamente a ocorrência do dano.

Precisa-se verificar se há nexos de causalidade entre o dano causado e o abandono afetivo. Trata-se de causa excludente de responsabilidade, pois se não demonstrado o nexo de causalidade, não há falar em atribuição de responsabilidade a alguém.

Diante disso, demonstrado o nexo de causalidade, o dano causado e o efetivo abandono afetivo o juiz irá mensurar o *quantum* da compensação que entender ser devido.

3. DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO CRITÉRIO AFETIVO NAS HIPÓTESES DE ABANDONO PARA AS DEMAIS RELAÇÕES FAMILIARES.

O terceiro capítulo abordará a possibilidade de ampliação do critério afetivo nas hipóteses de abandono para as demais relações familiares. A proteção ao idoso no ordenamento jurídico e a responsabilidade civil decorrente de ilícito praticado pelo abandono.

Sabe-se que a Constituição da República tem como pressuposto a proteção dos direitos sociais, a condução ao bem-estar social e individual, a igualdade, à justiça, a segurança, o princípio jurídico da solidariedade, a harmonia, a dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos fundamentais. Assim, não há negar que, o afeto é não

só direito da criança e do adolescente, mas sim de todo indivíduo, pois, o dever de cuidado é intrínseco a todo ser humano.

Entende-se por princípio jurídico da solidariedade aquele afirmado por Fernanda Vasconcelos Fernandes¹⁸:

O princípio da solidariedade não é tratado somente pelo art. 3º da Constituição. Ao longo dela, vislumbra-se um texto que, sem suprimir os direitos individuais, envolve aquele vínculo jurídico em diversos dispositivos, estabelecendo-o a partir do preâmbulo além de estabelecê-lo como diretriz de diversos institutos constitucionalmente respaldados, tais como os Direitos Sociais, a Seguridade Social, a Ordem Econômica e Financeira, a saúde, entre outros.

O abandono afetivo na maioria das vezes ocorre com idosos, por já serem vulneráveis quanto às suas condições biológicas, condições econômicas que são marcadas em grande parte pela aposentadoria, que não cobre seus próprios custos e as condições funcionais, ou seja, quando o idoso é totalmente dependente, não há mais autonomia para as atividades corriqueiras do dia-a-dia.

Adverte o Desembargador Jones Figueirêdo Alves¹⁹ que:

O idoso brasileiro é, em regra, indigente em sua dignidade de ser idoso. Faltam-lhe a força de trabalho e melhores condições de qualidade de vida. Ele é tratado como problema e não como um segmento social valorizado em suas características próprias. A cidadania do idoso deve ser por isso, tema recorrente, iniciada no próprio cenário familiar. Envelhecer não é estigmatizante. Ser idoso também não. Saber envelhecer é saber ser idoso, e não envelhecido pela idade adiantada. Mudam as cores do tempo, chega a estação outonal e, com o avanço da idade, revela-se a vida, com novos matizes, ajustando o homem, com dignidade, a sua experiência a um novo tempo que o acrescenta.

O abandono afetivo nas relações entre filhos e pais é conceituado como abandono afetivo “inverso”, em que os filhos na condição de zeladores dos pais, deixam de prestar o devido auxílio e os abandonam.

¹⁸ FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. *Princípio da solidariedade: um passo além da fraternidade em prol das ações afirmativas*. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-solidariedade-um-passo-alem-da-fraternidade-em-prol-das-aco-es-afirmativas,42035.html>> Acesso em: 12 mar. 2016.

¹⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. *Dignidade do idoso é pauta de urgência*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia>> Acesso em: 12 mar. 2016.



O uso do vocabulário “inverso” traz consigo a expressão de abandono que corresponde ao filho que abandona seu pai, ou seja, aquele filho que não executa o dever de cuidado que a lei impõe como atributo dos deveres filiais.

O artigo 229, da CRFB²⁰ estipula que é dever dos pais educar, assistir, criar seus filhos menores; e também, menciona que cabe aos filhos maiores o dever de amparar e ajudar os seus pais na velhice, carência ou enfermidade. Ao passo disso, verifica-se que não há somente dever dos pais perante seus filhos, mas também dos filhos maiores com seus pais.

Na atualidade, o que se vê são idosos abandonados e rejeitados por seus familiares, muita das vezes esquecidos em asilos e sem qualquer assistência. O artigo 230 da CRFB²¹ garante ao idoso direito à vida, dignidade, participação na comunidade e bem-estar. O Estatuto do Idoso garante com absoluta prioridade os seus direitos, a efetivação do direito à saúde, à vida, à educação, à alimentação, à liberdade, o trabalho, à cidadania, o respeito, o lazer, a cultura, o esporte e a convivência familiar e comunitária com absoluta prioridade.

Além de garantir os direitos dos idosos, o Estatuto do Idoso também visa punir aquele que de certa forma pratique crimes em que o sujeito passivo seja um idoso. Estão elencados nos artigos 95 ao 108 do Estatuto. O artigo 98²² do Estatuto abarca modalidade de crime na qual a falta do dever de cuidado será tida como fato punível para aquele que por lei ou mandato descumpriu e se omitiu do dever de prestar assistência. O que se vê neste crime é o desrespeito e o abandono afetivo presente entre os laços familiares.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²¹ BRASIL. Ibid., Acesso em: 06 fev. 2016.

²² BRASIL. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

Cabe destacar que os idosos sofrem os mais variados tipos de abandono, do material ao sentimental. O ordenamento jurídico, sob a ótica de resguardar o vulnerável e aquele que se encontra em situação de hipossuficiência inovou para tutelar os direitos dos idosos, com o advento do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03²³.

O que se pune é a falta de cuidado e não a falta de amor. O amor é um sentimento natural que nasce das relações naturais. O Professor Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁴ asseveram que: “Não se imagina, porém, que o afeto seja exigível juridicamente, uma vez que o seu caráter espontâneo impedirá qualquer provocação judicial para impor a alguém dedicar afeto (amor) a outra pessoa”.

A insuficiência desse dever de cuidado pode caracterizar o abandono afetivo nas relações entre filhos e pais. Incumbe salientar que a responsabilização por abandono afetivo entre pais e filhos já é admitida nos Tribunais Superiores. A tendência é que haja a extensão desse conceito para as demais relações de parentesco.

Acresce Cristina Aparecida da Silva²⁵, que:

O Poder Judiciário já revela ações que tem como ensejo de pedir o dano moral dos idosos, condenando os familiares que faltaram com o dever de assisti-los moralmente, como os casos de ações de alimentos, abandono em hospitais, falta de cuidado com a higiene e saúde, apropriação indébita de seus proventos. Todavia não houve nenhuma previsão legal no Estatuto do Idoso quanto à possibilidade de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo por seus familiares, desta forma procura-se acatar ao clamor na forma de um Direito que acompanha a evolução dos tempos, partindo da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Através da indenização pelo abandono afetivo dos familiares será uma forma de coibi-los de tal atitude, servindo como punição, já para o idoso trará, de certa forma um acalanto para a alma ou quem sabe o alcance para o próprio alimento.

²³ BRASIL. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>, Acesso em: 12 mar. 2016

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014, p. 148.

²⁵ SILVA, Cristina Aparecida da. *O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1>>. Acesso em: 12 mar. 2016.



Evidenciado o dano e o nexo de causalidade, o ilícito será apurado e assim cabe ao juiz mensurar o *quantum* devido de acordo com a gravidade do dano. Ressalta-se que o dano moral se pauta em algo imaterial, no dano íntimo que a vítima tenha sofrido. Não quer dizer que não precise provar, o dano independe de prova, o que se exige é a prova do fato. Precisa a ver nexo de causalidade entre o dano e o ilícito praticado, para que a humilhação, angústia, medo e o desamparo sejam devidamente compensados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a afetividade é elemento basilar das relações familiares, mesmo não previsto expressamente no ordenamento jurídico. Já os deveres de cuidado inerentes a paternidade responsável estão expressos na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se discute a possibilidade de amar, visto que o amor é sentimento que nasce das relações naturais, e ninguém é obrigado a amar. Logo, o que se discute é a falta do dever de cuidado e a possível responsabilização dos pais em decorrência do abandono afetivo.

É possível os pais serem responsabilizados civilmente por dano moral em decorrência do ilícito praticado. Uma vez demonstrado o nexo de causalidade, o dano causado ao filho e o abandono do genitor, este será devidamente compensado.

Vê-se que há possibilidade de ampliação do critério afetivo para as demais relações familiares, como no caso dos filhos que abandonam seus pais. A falta do dever de cuidado e de prestar auxílio caracteriza o chamado abandono afetivo inverso. A tendência da jurisprudência é reconhecer que a falta desse dever de cuidado também caracteriza a responsabilidade civil por abandono afetivo dos filhos perante seus pais.

Assim sendo, cabe aos operadores do direito a interpretação de cada caso e a possibilidade de punição, a fim de que a vítima do abandono seja devidamente compensada, de maneira justa e em conformidade com os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Dignidade do idoso é pauta de urgência*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia>> Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. *Princípio da solidariedade: um passo além da fraternidade em prol das ações afirmativas*. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-solidariedade-um-passo-alem-da-fraternidade-em-prol-das-acoes-afirmativas,42035.html>> Acesso em: 12 mar. 2016.

OLIVEIRA, Luciane Dias de. “Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em 05 out. 2015.

OLIVEIRA, Mariana. *Pai terá de pagar R\$ 200 mil a filha por abandono afetivo, decide STJ*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba->



[jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html](http://www.jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html)> Acesso em: 06 fev. 2016.

SILVA, Cristina Aparecida da. *O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

A SUPRESSÃO (OU NÃO) DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS

Moisés Pereira Lage

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Resumo: O Novo Código de Processo Civil trouxe consigo temas que incitam uma série de discussões. Dentre eles estão as condições da ação, não mencionadas na nova lei processual, a qual fala apenas em legitimidade e interesse. Então, ficam as perguntas: o que ocorreu com a possibilidade jurídica do pedido? As condições da ação, como categoria jurídica autônoma, continuam existindo, abarcando legitimidade e interesse? Ou esses foram deslocados para outra categoria? Isso possui efeitos práticos? São questões a serem abordadas neste artigo.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Condições da ação. Supressão. Divergências. Consequências.

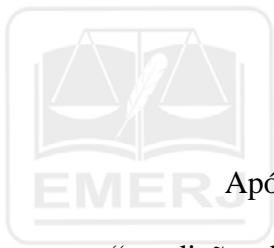
Sumário: Introdução. 1. O destino dado pelo Código de Processo Civil de 2015 à criticada possibilidade jurídica do pedido. 2. Uma breve análise acerca do tratamento da legitimidade das partes e do interesse de agir conforme a nova ordem processual. 3. Consequências práticas sobre o tema: Elas existem ou não? Quais seriam? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro está em um momento de forte agitação. Isso porque, em 16 de março de 2015, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). Dessa forma, todo o sistema processual brasileiro deve ser revisto de acordo com a nova legislação.

Logicamente, essa mudança não poderia deixar de dar ensejo a inúmeros debates e discussões. E foi justamente isso que aconteceu a partir do momento em que o projeto do NCPC começaram a tramitar no Congresso Nacional.

Uma das questões polêmicas acerca do NCPC aborda a categoria das condições da ação. Consoante o artigo 17, da Lei 13.105/15, “para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade”. Nessa esteira, o art. 485, IV da mesma lei dispõe que “o juiz não resolverá o mérito quando: VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.



Após a leitura desses trechos legais, vê-se que o legislador não utilizou o termo “condições da ação”, tampouco mencionou a possibilidade jurídica do pedido, ambos tratados no Código de Processo Civil de 1973.

Com isso, começaram a surgir vozes na doutrina dizendo que a categoria jurídica autônoma das condições da ação teria sido extinta pela nova ordem processual brasileira. Outras, contudo, se contrapuseram sustentando que as condições da ação estão mantidas no NCPC, sendo essa discussão desnecessária, por se tratar de questão de mera nomenclatura.

Esse será o tema sobre o qual este artigo se debruçará.

No primeiro capítulo será abordada a discussão acerca do enquadramento da possibilidade jurídica como condição da ação. Serão mostradas as críticas que foram feitas a isso ao longo dos anos, bem como a tentativa de adequação feita por Cândido Dinamarco. Após isso, será visto o que o NCPC fez com essa possibilidade jurídica.

No segundo capítulo, será enfrentada a problemática da legitimidade das partes e interesse de agir no NCPC. Dir-se-ão os fundamentos de quem defende que eles foram mantidos como condição da ação e de quem sustenta que o Novo Código os tratou de outro modo, apontando quais seriam as suas novas naturezas jurídicas.

Fixado o cenário trazido pelos capítulos anteriores, virá o terceiro capítulo. Sua função será discutir quais seriam as eventuais consequências da supressão ou não das condições da ação na prática. Em outras palavras, isso afetaria o trâmite processual? Caso a resposta seja afirmativa, de que maneira? São questões relevantes que serão tratadas neste capítulo.

Por fim, estará a conclusão deste artigo, no qual se fará um apanhado geral de tudo o que foi dito anteriormente, destacando, em especial, a opinião pessoal do autor, de modo a contribuir, humildemente, para as futuras discussões a respeito do tema objeto deste artigo científico.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica, eminentemente doutrinária e legislativa.

1. O DESTINO DADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 À CRITICADA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Conforme dito no preâmbulo deste artigo, o NCPC trouxe consigo uma infinidade de questões que foram objeto de controvérsia. Uma delas tratou especificamente da conhecida categoria das condições da ação.

De acordo com o artigo 267, VI, CPC/73, será extinto o processo sem resolução do mérito “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”¹ (grifo nosso). Além disso, o artigo 301, X do mesmo diploma dispõe que compete ao réu, quando a contestação for apresentada, alegar a carência de ação, que consiste na falta de uma das condições da ação².

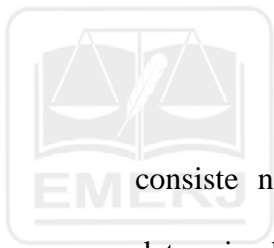
Diante da redação acima, percebe-se que o legislador de 1973 se encarregou de dar uma natureza jurídica aos três institutos insculpidos no artigo 267, VI, CPC. Fixou-se, então, o entendimento de que possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir pertenciam à classe autônoma das condições da ação.

No entanto, mesmo com a expressa previsão legal, o tema já era objeto de divergências.

O Direito Processual Civil brasileiro albergou a chamada Teoria Eclética da Ação, desenvolvida pelo jurista italiano Enrico Tullio Liebman. Segundo ela, o direito de ação

1 BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 304.



consiste no direito ao julgamento do mérito da causa, desde que fossem preenchidas determinadas condições prévias denominadas condições da ação³. Entretanto, o legislador, ao elaborar o CPC/73 acolheu a Teoria Eclética já desatualizada.

Originalmente, Liebmann dizia que essas condições da ação consistiam na possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual de agir. Todavia, o autor italiano dava como exemplo de pedido juridicamente impossível o divórcio, que passou a ser permitido na Itália no ano de 1970.

Em razão disso, Liebman⁴ mudou seu posicionamento, inserindo a possibilidade jurídica do pedido no interesse de agir. A razão dessa afirmativa é explicada de forma bastante simples pela doutrina especializada⁵ e pode ser sintetizada da seguinte forma: Se o pedido feito em uma ação for impossível, que utilidade o processo poderá trazer ao seu autor? Nenhuma. Por isso, não há interesse em acionar o Poder Judiciário nesses casos.

Mais tarde, passou-se a defender que a falta de possibilidade jurídica do pedido deveria acarretar em uma sentença de improcedência, com a resolução do mérito e posterior coisa julgada material⁶. Isso porque o magistrado adentra no mérito da causa quando ele analisa o pedido e vê que este não encontra guarida no ordenamento jurídico. Logo, a decisão apropriada deveria ser de improcedência, igual a tantas outras que um juiz profere. Nesse sentido, é esclarecedor o exemplo dado por Daniel Assumpção: Se um Estado da Federação pede em juízo a sua retirada do Brasil, o magistrado deve julgar o pedido improcedente,

³ LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 232.

⁴ *Ibid.*, p. 237.

⁵ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 54.

⁶ *Ibid.* p. 54.



porquanto o direito de secessão é um direito juridicamente impossível (Art. 1º, *caput*, CRFB)⁷.

Cândido Dinamarco⁸ ateve-se à literalidade do art. 267, VI, CPC/73 e tentou salvar a “possibilidade jurídica” como condição da ação, de modo a alcançar as partes e a causa de pedir. O autor até usa a ação proposta com o objetivo de cobrar dívida de jogo como exemplo. O pedido do demandante (o pagamento de crédito) não encontra vedação no direito positivo, mas o ordenamento jurídico nega que a causa de pedir (a dívida oriunda do jogo) dê algum direito ao autor⁹. Isso é o que ensejaria a extinção do processo sem resolução do mérito. Na verdade, o que Dinamarco propõe seria uma possibilidade jurídica da demanda, não apenas do pedido.

Fredie Didier, em recente edição de seu manual, refuta essa tentativa para sustentar a possibilidade jurídica como condição da ação. Segundo o autor, cada condição da ação corresponderia a um elemento dessa ação¹⁰. Dessa forma, a legitimidade se referiria às partes; o interesse de agir, à causa de pedir; e a possibilidade jurídica, ao pedido.

Com base nisso, conclui-se que seria forçado ampliar a possibilidade jurídica dessa forma. Até porque, se a tese de Dinamarco prosperasse, não se vislumbraria diferença entre “parte impossível” e parte ilegítima, tampouco entre “causa de pedir impossível” e falta de interesse de agir.

Considerando todas as ponderações acima feitas pela doutrina ao longo dos anos, o legislador do NCPC optou por não fazer referência à possibilidade jurídica – seja do pedido, seja da demanda – em nenhum dos seus 1072 artigos. O novo diploma processual resolveu

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 72.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 238.

⁹ Outro exemplo envolveria a Administração Pública, em que a Constituição e a lei negam possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. Seria um caso de impossibilidade jurídica pelas partes.

¹⁰ DIDIER JÚNIOR, *op. cit.*, 2015, p.304.



falar apenas em interesse processual e legitimidade, consoante pode ser visto nos seus artigos 17 e 485, VI.

Logo, vê-se que a escolha tomada foi no sentido de diluir a possibilidade jurídica em outras hipóteses. Uma parte impossível será tratada na legitimidade. Uma causa de pedir impossível, no interesse de agir. Um pedido impossível, na improcedência da ação.

Essas foram, portanto, as razões pelas quais a possibilidade jurídica do pedido (ou da demanda) deixou de ser vista como condição da ação.

No capítulo seguinte, será estudado como a legitimidade das partes e o interesse processual passaram a ser considerados pelo NCPC.

2. UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO TRATAMENTO DA LEGITIMIDADE DAS PARTES E DO INTERESSE DE AGIR CONFORME A NOVA ORDEM PROCESSUAL

Inicialmente, cumpre observar uma sutileza que o NCPC trouxe, propositalmente ou não, não se sabe, sobre a legitimidade das partes e o interesse de agir. O revogado Código de Processo Civil de 1973¹¹ dizia em seu artigo 3º que era necessário ter interesse e legitimidade para propor ou contestar a ação. Assim, cabia às partes preencherem tais condições para, posteriormente, discutirem o mérito da demanda.

O NCPC¹² tem um dispositivo semelhante. Segundo o seu artigo 17, o interesse e a legitimidade são necessários para postular em juízo. Veja-se, então, que os dois Códigos usaram dois termos distintos: O CPC/73 falava em propor ou contestar; o NCPC, fala em

¹¹ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹² Id. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.



postular em juízo. Daí surge a primeira indagação: Existe alguma diferença entre o artigo 3º, CPC/73 e o artigo 17, NCPC?

Em razão do fato de o texto final do NCPC ter sido promulgado recentemente e por estar há pouco tempo em vigor, o tema ainda não tem sido objeto de análises mais detidas, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Entretanto, o professor Erik Navarro Wolkart¹³ traz um primeiro entendimento sobre tal indagação. Segundo ele, postular em juízo é algo muito mais amplo do que propor ou contestar uma ação, que se restringem ao autor e ao réu da demanda. Em sentido contrário, postular em juízo é uma ação que pode ser praticada por qualquer terceiro interessado. Com isso, o perito, o tradutor juramentado, o *amicus curiae* (agora com regulamento legal no art. 138, NCPC) etc têm o dever de comprovar o interesse e a legitimidade ao requererem algum provimento ao magistrado responsável pelo julgamento da lide.

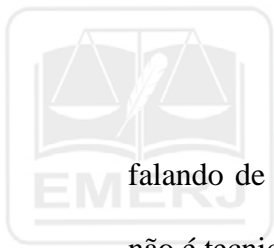
Dessa forma, Navarro conclui que a legitimidade das partes e o interesse de agir se tornaram ainda mais fortes com a entrada em vigor do NCPC, porquanto sua amplitude ficou indubitavelmente maior, abarcando não só as partes do processo.

Resta, então, saber qual é a natureza jurídica dessa legitimidade e interesse, segundo o NCPC. Isso porque a doutrina diverge acerca da extinção, ou não, da categoria jurídica autônoma das condições da ação. Ressalte-se apenas que essa problemática não se aplica à possibilidade jurídica do pedido, já tratada no capítulo anterior deste artigo.

No entender de Alexandre Freitas Câmara¹⁴, tal instituto independente continua existindo no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o NCPC não altera a natureza jurídica da legitimidade das partes nem do interesse de agir. No entanto, em seu juízo, a nomenclatura “condições da ação” não se mostra como a mais adequada. Segundo o autor, não está se

¹³ Aula sobre teoria da ação ministrada pelo professor Erik Navarro Wolkart no Curso Ênfase, no Rio de Janeiro, em março de 2015.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 147-148.



falando de um evento futuro e incerto a que se subordina o julgamento do mérito. Por isso, não é tecnicamente preciso o termo “condições” sendo melhor falar em “requisitos”.

Todavia, Câmara continua seu raciocínio dizendo que não é apropriado falar em “requisitos da ação”. Isso se explica pois, mesmo com a ausência da legitimidade das partes e do interesse de agir, terá havido o exercício do direito de ação por parte do demandante. Em razão disso, o autor destaca que a melhor denominação para tal categoria seria “requisitos do provimento final”.

Como, porém, usa-se corriqueiramente o termo “condição da ação”, o professor prefere não abrir maiores divergências quanto a este ponto, optando por utilizar a nomenclatura tradicional¹⁵.

Rodolfo Kronenberg Hartmann¹⁶, por sua vez, partilha do entendimento de Alexandre Câmara, dizendo que as condições da ação permanecem como categoria jurídica autônoma. Isso porque todos os dispositivos do NCPC têm seu conteúdo semelhante aos seus correlatos no CPC/73. Logo, no entender do autor, somente foi extinta a expressão “condições da ação”, na medida em que o NCPC não a usa mais. Nesse sentido, diz ainda que houve “mero ajuste redacional”.

Contudo, a análise da legitimidade das partes e do interesse de agir continua sendo prévia ao mérito. Dessa forma, seria inadequado considerar extinta essa categoria jurídica autônoma, sendo melhor manter tudo da mesma forma que o CPC/73 tratava, ainda que o NCPC não use mais o consagrado nome “condições da ação”¹⁷.

Outro autor que defende a manutenção da categoria autônoma das condições da ação é Daniel Assumpção Amorim Neves¹⁸. Ele reconhece o valor dos argumentos dos

¹⁵ Ibid.

¹⁶ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil: comparado e anotado*. Niterói: Impetus, 2015, p. 377.

¹⁷ Ibid., p. 4.

¹⁸ NEVES, op.cit., 71-72.



doutrinadores que defendem a extinção do instituto, fazendo um binômio pressupostos processuais e mérito. Com efeito, ele sustenta que, nesse caso, estar-se-ia adotando a teoria abstrata da ação, pois o direito subjetivo de ação poderia ser exercido independentemente da existência de direito material e sem nenhum requisito prévio a ser preenchido¹⁹.

Isso, porém, não agrada ao autor. Segundo ele, o NCPC deixa claro que a falta de legitimidade e interesse impede o julgamento do mérito (Art. 486, VI). Baseando-se nisso, ele argumenta o seguinte: Se legitimidade e interesse não podem ser mérito, por expressa previsão legal, eles também não podem ser considerados como pressupostos processuais. Isso porque dificilmente podem ser analisados de forma dissociada do direito material discutido.

Dessa forma, se legitimidade e interesse não podem ser pressupostos processuais nem mérito, resta a eles continuar no escaninho das condições da ação, conclui o Daniel Assumpção.

Erik Navarro²⁰, acompanhando os autores acima, também vê como mantida a categoria das condições da ação, trazendo apenas a questão da amplitude do art. 17, NCPC quanto ao termo “postular em juízo”, já discutida neste capítulo.

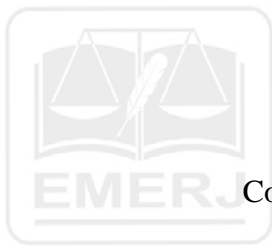
Divergindo do posicionamento supramencionados, encontra-se Fredie Didier Jr.²¹. Ele entende que a categoria jurídica autônoma das condições da ação não existe mais. Para ele, houve um silêncio eloquente do legislador do NCPC ao não falar nela.

Prosegue o autor dizendo, ainda, que não há o menor sentido haver três tipos de análises por parte do juiz, dos pressupostos processuais, das condições da ação e do mérito, se há apenas duas formas de juízos, quais sejam, o de admissibilidade e o de mérito.

¹⁹ Teoria abstrata da ação é aquela segundo a qual o direito de ação é independente do direito material, podendo existir o primeiro sem que exista o segundo. In: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 267-268.

²⁰ Aula sobre teoria da ação ministrada pelo professor Erik Navarro Wolkart no Curso Ênfase, no Rio de Janeiro, em março de 2015.

²¹ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p.305-306.



Com base nisso, sustenta Didier que a literalidade o artigo 486, VI, NCPC faz crer que a legitimidade das partes e o interesse de agir encontram-se no âmbito dos pressupostos processuais, já que a ausência deles impede que o magistrado julgue o mérito da causa. Logo, só resta enquadrar-lhes como pressupostos processuais de validade. Nesse sentido, a legitimidade seria um pressuposto processual de validade subjetivo; o interesse, um pressuposto processual de validade objetivo extrínseco .

E o autor ainda vai além: Ele sustenta o NCPC poderia ter avançado ainda mais, pois defende a ideia de que a falta de legitimidade ordinária deveria ser caso de sentença de improcedência, porquanto há uma identidade entre as partes de direito material e as de direito processual. Em outras palavras, se a parte não for titular da situação jurídica litigiosa, por exemplo, a sentença será de mérito, pois neste o magistrado deverá adentrar para concluir pela ilegitimidade.²² Fica a ilegitimidade extraordinária, por sua vez, considerada como falta de pressuposto processual de validade subjetivo, como dito²³.

Também perfilham do entendimento de Fredie Didier, Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos, segundo os quais a falta da menção às condições da ação em todos os 1072 artigos do NCPC deixa claro que tal categoria deixou de existir, ficando a legitimidade e o interesse como pressupostos processuais.

Ademais, conquanto não se concorde com isso, a legitimidade e interesse acabariam se confundindo com o mérito, graças à consagrada Teoria da Asserção²⁴. Em outros termos, se o juiz não pudesse aferir, ao analisar a petição inicial, que uma parte ilegítima ou uma demanda sem interesse de agir seja um pressuposto processual, no juízo de admissibilidade, o juiz acabaria analisando a ilegitimidade e a falta de interesse no mérito, em virtude da Teoria

²² Ibid., p. 356-357.

²³ Ibid., p. 349.

²⁴ FLEXA; MACEDO; BASTOS, op.cit., p. 55.

da Asserção. Por isso, a categoria das condições da ação ficaria esvaziada, deixando de existir.

3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS SOBRE O TEMA: ELAS EXISTEM OU NÃO? QUAIS SERIAM?

Entender que as condições da ação deixaram de existir como categoria jurídica autônoma acarreta em consequências práticas, as quais não se pode olvidar.

Como foi dito no capítulo 1 deste artigo, o NCPC não fala mais em “possibilidade jurídica do pedido”. Nesse sentido, tanto para aqueles que defendem a manutenção do instituto “condições da ação”²⁵, quanto para quem sustenta a sua extinção²⁶, é uníssona a seguinte afirmação: Em todas as ações cujos pedidos forem juridicamente impossíveis, deve o magistrado julgá-los improcedentes em vez de extinguir os processos sem resolução de mérito, como se fazia durante a vigência do CPC/73.

Essa conclusão se coaduna com a filosofia que o NCPC traz de fazer do processo um meio para a obtenção de um bem da vida pretendido pela parte, ou seja, não pode a lide ser um fim em si mesmo.

Nessa linha, há que se salientar tal intenção do legislador do NCPC ao colocar em suas normas fundamentais o princípio da primazia da decisão de mérito. De acordo com o artigo 4º do novo Código²⁷, “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Além disso, não foi só nesse dispositivo que o princípio foi consagrado. Ressalte-se o artigo 488, NCPC, que também tem pertinência com a impossibilidade jurídica do pedido.

²⁵ NEVES, op.cit., 72.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2015, p.305-306.

²⁷ BRASIL. op. cit., 2015. Acesso em: 14 abr. 2016.



De acordo com o dispositivo, o magistrado deve resolver o mérito, sempre que possível, quando a decisão for favorável àquele que se beneficiaria com eventual decisão sem resolução do mérito proferida nos moldes do artigo 485, NCPC.

Com isso, como uma impossibilidade jurídica do pedido é sempre favorável ao sujeito passivo do processo, cabe ao magistrado sempre julgar o pedido improcedente, quando possível.

Logo, caso uma pessoa proponha uma ação pleiteando a usucapião de bem público ou a autorização para matar alguém – casos que se enquadram como impossibilidade jurídica do pedido, por serem vedados no ordenamento -, a sentença do magistrado deverá ser de improcedência, fundamentando-a no artigo 487, I, NCPC. Logicamente, neste caso, operar-se-á a coisa julgada material, nos termos do artigo 502, NCPC.

Aprofundando-se mais sobre o tema, pode-se fazer a seguinte indagação: Quando um pedido for juridicamente impossível, será possível ao magistrado reconhecer a improcedência liminar do pedido dispensando a instrução probatória, nos moldes do artigo 332, NCPC? Tal questionamento é feito porque o dispositivo supracitado não prevê a faculdade do juiz de julgar a demanda improcedente sem a citação do réu se ele entender que o pedido é juridicamente impossível.

Quem enfrenta essa questão é Fredie Didier²⁸. Ele não enxerga nenhum artigo no NCPC que abra a possibilidade de o magistrado reconhecer uma hipótese atípica de improcedência liminar do pedido. Sendo assim, o juiz deveria ordenar a citação do réu para apresentar sua resposta e, no julgamento antecipado do processo (Art. 355, NCPC), julgar o mérito da causa.

O autor, porém, não acha tal solução recomendável. Em primeiro lugar, porque citar o réu para responder a uma demanda sem futuro acarretará em um aumento de custo

²⁸ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2015, p. 604-605.

desnecessário para o processo, até porque o autor terá que pagar honorários ao advogado do réu, por exemplo. Além disso, a inócua citação do réu gerará uma série de atos processuais sem o menor motivo.

Em segundo lugar, pois proceder ao julgamento antecipado do processo nos termos do artigo 355, NCPC não é o meio mais eficaz de combate de demandas abusivas, fazendo com que um processo sem um fundamento viável acabe se desenrolando sem que haja necessidade para tanto.

Em terceiro lugar, porque não há motivo para aumentar o tempo do processo injustificadamente.

Por isso, sustenta Didier²⁹ que, em homenagem aos princípios da eficiência (Art. 8º, NCPC), da boa-fé (Art. 5º, NCPC) e da duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, CR/88 c/c art. 4º, NCPC), deve ser possível ao magistrado julgar o pedido liminarmente nos casos de pedido juridicamente impossível. Até porque o artigo 918, III, NCPC traz expressamente a possibilidade de o juiz rejeitar, de forma liminar, os embargos à execução quando eles forem meramente protelatórios. Então, segundo o autor, a raciocínio do artigo poderia ser aplicado perfeitamente à fase de conhecimento do processo também.

Em síntese, essas são as consequências práticas de a possibilidade jurídica do pedido passar a ser analisada no mérito da causa, em vez de ser vista como uma questão prévia, extinguindo o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, CPC/73.

Mas e quanto à ilegitimidade das partes e à falta de interesse processual de agir? Logicamente, considerando a corrente segundo a qual elas permanecem como condições da ação, absolutamente nada mudou em relação ao período de vigência do CPC/73. No entanto, se prevalecer o entendimento de que as condições da ação, como categoria jurídica autônoma deixaram de existir, pode haver uma sutil mudança prática.

²⁹ Ibid.



Novamente, quem melhor explica o tema é Fredie Didier³⁰. Para ele, o mais adequado é considerar a falta de legitimidade ordinária como sendo questão de mérito, na medida em que as partes do direito material envolvido são as mesmas partes do processo. Em outras palavras, se o magistrado reconhece que o autor da ação não tem o direito material discutido ou que este não deve ser cobrado do réu, não há outro destino para ação, senão a improcedência, com fulcro no art. 481, I, NCPC.

Por isso, nos casos de ilegitimidade ordinária das partes, caso o entendimento de Didier venha a prevalecer, aplica-se todo o exposto na parte de impossibilidade jurídica do pedido.

No mais, as hipóteses de ilegitimidade extraordinária ou de falta de interesse de agir serão consideradas como falta de pressuposto processual de validade. Sendo assim, não haverá nenhuma mudança na praxe forense, na medida em que a ausência de um dos pressupostos processuais ou de uma das condições da ação impede a análise do mérito da causa. Nesse sentido, Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos³¹, sustentando que a falta da legitimidade e do interesse processual devem ser consideradas como falta de requisitos para apreciação do mérito.

CONCLUSÃO

Observado tudo o que foi dito no presente artigo, cumpre aqui trazer algumas reflexões finais acerca do tema ora em análise, considerando todo o exposto.

Consoante a exposição acima, a possibilidade jurídica do pedido, como uma questão prévia ao mérito da causa, já agonizava desde os tempos do revogado CPC/73. O próprio

³⁰ Ibid., p. 720.

³¹ FLEXA; MACEDO; BASTOS, op.cit., p. 356.



criador da teoria eclética da ação – Liebman – já não admitia mais que, como condição da ação, figurasse a possibilidade jurídica do pedido.

Nessa esteira, é possível afirmar: O NCPC colocou uma pá de cal no assunto, deixando de considerar que um pedido impossível fosse causa para extinção do processo sem resolução do mérito, mas sim como uma hipótese de improcedência da ação. Com isso, adota a nova legislação processual o entendimento mais contemporâneo da doutrina, o que é salutar, porquanto hoje está expressamente adotado o princípio da primazia da decisão de mérito, de acordo com o artigo 4º, NCPC.

Ademais, nem mesmo a possibilidade jurídica da demanda, como traz Dinamarco, deve ser levada em conta na no âmbito no NCPC. Isso porque os outros elementos da ação além do pedido se diluíram em outros institutos; a “parte impossível” é abordada na ilegitimidade das partes e a “causa de pedir impossível” deve ser tratada como caso de falta de interesse de agir.

Tendo isso em vista, pode-se dizer que a possibilidade jurídica do pedido ou da demanda, atualmente, trata-se de uma relíquia na história do Direito Processual Civil.

No tocante à legitimidade das partes e ao interesse de agir, cabe fazer um elogio ao legislador do NCPC. Graças ao seu refino técnico, passou a ser expresso que era necessário comprovar legitimidade e interesse para postular em juízo, não só para propor ou contestar a ação, como é o caso da manifestação de um perito nos autos, por exemplo. Essa disposição parece ser simples e, talvez, até desnecessário para os estudiosos do Direito.

Contudo, a lei não é apenas voltada aos profissionais da área jurídica; ela é voltada para todos. Então, deve o legislador prezar pela máxima precisão técnica ao elaborar uma norma genérica e abstrata, como é o caso do NCPC. Logo, haja vista o acerto da redação do artigo 17, NCPC, evitar-se-á futuros tumultos processuais, vedando-se a manifestação de quem nada tem a ver com a causa.



Ademais, é vital salientar o disposto pela melhor doutrina, no sentido de manter as condições da ação como categoria jurídica autônoma. Ao contrário do que pensa Fredie Didier, nada obsta existirem três institutos jurídicos objeto de apenas dois tipos de juízo – de admissibilidade e de mérito. Não há nada de errado em colocar pressupostos processuais e condições da ação sendo apreciadas no juízo de admissibilidade do juiz.

Além disso, é correta a conclusão de Daniel Assumpção. O NCPC diz que a falta de legitimidade e interesse impedem a análise do mérito. Por outro lado, é inviável considerar os dois institutos como pressupostos processuais. Isso porque, para o juiz dizer que a parte não tem legitimidade para pleitear o direito em jogo ou que ela não tem interesse de agir no caso, ele terá que entrar no mérito da causa para verificar isso.

Assim, como não é possível mesclar um pressuposto com o que dele surgirá, faz-se necessária uma terceira classe entre os pressupostos processuais e o mérito, que será a condição da ação.

Por isso, pode-se dizer que o entendimento majoritário de manutenção das condições da ação como categoria jurídica autônoma é o mais acertado sobre o tema, com o devido respeito a quem dele diverge.

Ante o exposto, mantidas as condições da ação como tal, conclui-se que pouca coisa mudou em relação ao regime do CPC/73. A única diferença agora está na impossibilidade jurídica do pedido, agora causa de improcedência do pedido, gerando coisa julgada material, não formal, como era antes do NCPC.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil: comparado e anotado*. Niterói: Impetus, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

WOLKART, Erik Navarro. Aula sobre teoria da ação ministrada pelo professor Erik Navarro Wolkart no Curso Ênfase, no Rio de Janeiro, em março de 2015.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A CARACTERÍSTICA DA OMISSÃO ESPECÍFICA

Nairim Machado Palma

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O presente artigo se propõe a apresentar uma breve interpelação acerca da responsabilidade civil do estado com enfoque na característica da omissão específica. Em especial no caso de inexistência ou ineficiência da devida prestação do serviço de saúde à população. Bem como a responsabilidade a ser adotada em caso de morte de detento. E por fim, a responsabilidade civil do Estado no caso de morte do indivíduo alcançado por bala perdida.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Subjetiva.

Sumário: Introdução. 1. Relevância da omissão especial do Estado. 2. Responsabilidade Civil ou Causalidade adequada. 3. Responsabilidade objetiva ou irresponsabilidade do Estado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a responsabilidade civil do estado e a característica da omissão específica. Antes de abordar e aprofundar o tema específico do presente trabalho, para uma melhor compreensão da tese que se quer defender, faz-se necessário alguns conceitos básicos dos institutos envolvidos.

Será explicado que a responsabilidade do Estado é objetiva, quem responde é a pessoa jurídica pública ou privada que integra a Administração Pública. A chamada responsabilidade da Administração Pública indica não somente a Responsabilidade do Estado, no que tange a pessoa jurídica de direito público, como também a Administração indireta, compreende as seguintes categorias, dotadas de personalidade jurídica própria – autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações públicas e consórcios públicos.

Ver-se-á ainda que nem sempre entendeu-se dessa forma. Existiu uma fase, no chamado Estado absolutista, que vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado. O estado não estava obrigado a reparar qualquer dano causado por seus funcionários, entendia-se que eram sujeitos distintos.

Busca-se explicar como surgiu a chamada concepção civilista da responsabilidade estatal, a qual se fundamenta na culpa do funcionário e princípios da responsabilidade por fato de terceiro. Entendendo que o Estado não é representado por seus agentes, no entanto, age por intermédio deles e dos órgãos para os quais atuam. O dano causado ao particular é imputado diretamente à pessoa jurídica, a qual faz parte o funcionário. O dever de indenizar do estado passou a advir da falta do serviço e não mais da falta do servidor como outrora (responsabilidade subjetiva do Estado).

Será analisada ainda uma última fase pela qual tem-se a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de falta ou culpa do serviço, o Estado responde pelo dano que causou ao seu administrado, por existir relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular. Como fundamento dessa reponsabilidade será utilizada a teoria do risco administrativo, que atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa. A teoria do risco integral por sua vez, será vista como modalidade extremada do risco para justificar o dever de indenizar em casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, fortuito e força maior.

A Constituição brasileira disciplina a respeito da responsabilidade civil do estado afirmando que seus agentes respondem, de forma objetiva, pelos danos causados à terceiros por seus agentes, nessa qualidade. Adotou-se a teoria do risco administrativo para fundamentar a responsabilidade da administração pública.

Para uma melhor compreensão do tema, será tratada a responsabilidade da Administração como objetiva sempre que o dano advém de uma omissão do Estado. Quando se trata de omissão, fala-se que o Estado deixou de agir quando deveria, tornando-se o causador do dano, e assim sendo, obrigado seria a indenizar os prejuízos causados pelo evento que deveria ter impedido e não impediu. Noutro momento, será abrangida também a conduta omissiva.



Esse trabalho visa a tecer esclarecimentos no primeiro capítulo a respeito da relevância da omissão especial do Estado na qualidade de garantidor e se tal omissão tem influência na apreciação da sua responsabilidade civil. No segundo capítulo será abordada a responsabilidade objetiva e a teoria da causalidade adequada em caso de ajuizamento de ação em face do estado por morte de detento. Por fim e não menos importante, será tratada no terceiro capítulo a responsabilidade objetiva e a irresponsabilidade do estado no caso de morte de pessoa atingida por bala perdida, com autoria do disparo não identificada.

Será proporcionado um amparo doutrinário e jurisprudencial para alcançar uma possível solução a respeito do tema. O presente trabalho é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos- e a jurisprudência.

1. RELEVÂNCIA DA OMISSÃO ESPECIAL DO ESTADO

É tida como uma forma de controle da atuação dos órgãos e agentes públicos, a possibilidade de responsabilização civil do estado. Enquanto defensora de interesses coletivos, a Administração Pública deve buscar o atendimento desses interesses em seus atos, sob pena de violar sua obrigação primordial.

É obrigação do Estado garantir a saúde de sua população, dentre outras obrigações. No Brasil é fato notório a deficiência na prestação desses serviços. Tal deficiência se justifica na falta de investimento e infraestrutura. Por isso, entende-se pela aplicação das regras de responsabilidade civil, para tentar diminuir as arbitrariedades, injustiças e negligências cometidas pelo Estado nessa área.

A Constituição Federal¹ em seu artigo 196, §6º encaixa a saúde como um direito social. E no caput do referido artigo 196, o legislador enquadra a saúde como um dever do Estado. Com isso, é deslocado para o Poder Público a obrigação de garantir a prestações de serviços de saúde para a população. Bem como, responder por eventual falta ou insuficiência no oferecimento do serviço essencial de saúde. Para viabilizar o cumprimento do dever constitucional, foi criado o SUS- sistema único de saúde, encontrado no artigo 200 da Constituição Federal.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar uma violação de algum direito derivado de norma jurídica pré existente, de natureza contratual ou extracontratual. A omissão do Estado encontra-se caracterizada quando são encontradas falhas nos serviços públicos ou inexistência de prestação. O ato omissivo deve ainda, gerar um dano que decorra da negligência frente ao dever de agir da Administração Pública, o que caracteriza o dever de indenizar.

Para ensejar a responsabilidade civil do estado frente uma omissão, é necessário e imprescindível que haja descumprimento de um dever jurídico de agir por parte do Estado. Com isso, a responsabilidade deixa de ser objetiva e passa a ser subjetiva, baseada na culpa anônima da administração, sob pena de transformar a Administração Pública em “seguradora universal”.

Há divergência no tocante a teoria da responsabilidade objetiva. Para parte da doutrina é inconcebível a ideia denexo causal entre uma omissão e um dano, pois a responsabilidade por omissão é derivada de comportamento ilícito, tornando necessária a verificação do elemento subjetivo, vejamos.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. De 2016.



Para Weida Zancaner Brunini², o Estado responderia pelas ações e omissões dos agentes públicos em geral, uma vez que a omissão pode ser a causa eficiente do dano. A Constituição Federal acolheu a teoria da responsabilidade objetiva para atos omissivos ou comissivos.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva se baseia na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva na hipótese de atos omissivos, determinando a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou quando deveria ou funcionou mal ou tardiamente.

Conclui-se que, caso haja ilícito por parte da administração, hipótese segundo a qual o agente descumpra dever legal, basta que seja comprovada a conduta, o dano e o nexo causal para restar garantida a indenização. E, caso não haja ilícito por parte da administração, a ela incumbe apenas indenizar se houver o dever específico e individual de agir.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL OU CAUSALIDADE ADEQUADA

É notória a precariedade do sistema penitenciário em nosso país. Comumente vemos notícias de violações aos direitos individuais dos presos, embora haja proteção expressa na Constituição Federal³, no inciso XLIX, artigo 5º pelo qual “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Há diversos abusos nesse sentido, nesse capítulo será analisada a morte de detento enquanto custodiado pelo Estado, a quem se deve atribuir a responsabilidade civil e como se dá tal imputação.

Em relação à conduta omissiva da Administração Pública, a doutrina se divide na defesa da teoria da responsabilidade subjetiva e na teoria da responsabilidade objetiva. Sob o

² BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1981, p. 38.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. De 2016.



argumento de que a Constituição Federal⁴, em seu artigo 37, §6º abrange tanto atos comissivos, quanto omissivos.

Prefere-se entendimento segundo o qual se aplica a teoria objetiva, uma vez que o dano não se origina na omissão estatal e sim da prática de ato comissivo. Trata-se de situação de guarda compulsória do Estado, de pessoas retiradas do convívio social, situação que apresenta risco intrínseco e sendo o Poder Público titular da violência legítima deve responder de forma objetiva.

O indivíduo preso é posto sob guarda e responsabilidade das autoridades estatais, essas se obrigam a preservar a integridade corporal daquele, bem como protege-lo de eventuais violências que possam ser praticadas contra ele, da parte dos próprios agentes públicos, detentos ou terceiros. O Estado ao punir determinadas condutas que ocasionam a privação de liberdade do sujeito, suscita para si o dever de guarda e incolumidade defendido pelo artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal⁵ e terá responsabilidade pelos danos causados, prescindindo de debate no tocante à comprovação de negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

Avaliando decisões do Supremo Tribunal Federal sobre homicídios de detentos cometidos no interior de estabelecimentos prisionais, pode-se afirmar que predomina a aplicação da teoria da responsabilidade estatal objetiva, o Ministro Dias Toffoli proferiu no recentemente no Recurso Extraordinário nº 590939⁶:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA GENITORA DA VÍTIMA MENOR DE IDADE FALECIDA EM DELEGACIA POLICIAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL E OBJETIVA DO ESTADO – ART. 37, § 6º DA CF/88. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA POLICIAL MILITAR –

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. De 2016.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. De 2016.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 590939. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23511467/recurso-extraordinario-re-590939-am-stf>>. Acesso em 29 fev. 2016.



DIREITO DE REGRESSO. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS PARA MANTER A R. DO JUÍZO MONOCRÁTICO QUANDO A FIXAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS – CONDENADO O ESTADO DO AMAZONAS AO PAGAMENTO DA PENSÃO MENSAL DE UM SALÁRIO MÍNIMO MENSAL, ATÉ A DATA EM QUE A VÍTIMA ALCANÇARIA A PROVÁVEL IDADE DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. [...]

A jurisprudência analisada firmou entendimento segundo o qual, o Estado tem o dever de zelar pela integridade física e moral do preso que se encontra sob sua custódia, o que gera a responsabilidade civil objetiva, o que torna devida a indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte do detento.

Prevalece a concepção de que o Poder Público deve suportar o risco proveniente dessas atividades de guarda, ou seja, assume a responsabilidade por risco administrativo. Nesse mesmo sentido, em decisão do Ministro Joaquim Barbosa no Agravo de Instrumento nº 706025⁷ temos:

Decisão: Trata-se de agravo de instrumento de decisão que não admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima que condenara o Estado a indenizar os irmãos de detento morto nas dependências de penitenciária agrícola. Nas razões do recurso extraordinário, o ente público recorrente alega violação do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição. É o relatório. Decido. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em caso de morte de detento sob custódia do estado, é devida a condenação imposta. A responsabilidade de reparar os danos decorre da violação do dever de guarda, dado que o estado não teria tomado todas as medidas necessárias para impedir o homicídio. [...]

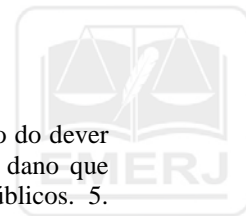
Resta claro a configuração da responsabilidade objetiva do Estado em casos de morte de detento sob custódia do Estado. Configurado o nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda. Há, portanto, a responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que seja demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos.

Da mesma forma, o ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 272.839⁸ entende que:

[...]Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag n. 706025. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21530520/agravo-de-instrumento-ai-706025-rr-stf>>. Acesso em 15 fev. 2016.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re n. 272,839. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/20295168/pg-72-supremo-tribunal-federal-stf-de-06-10-2010>>. Acesso em 11 abr. 2016.



do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal se dá no sentido da aplicação da responsabilidade objetiva estatal, seja por ação ou omissão, exclui a necessidade do elemento subjetivo, configurando-se o nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda previsto no artigo 5º, inciso XLX da Constituição Federal⁹. Morte de detento no interior dos estabelecimentos prisionais por agentes prisionais ou terceiros, aplica-se a responsabilidade objetiva, o que torna necessária somente a comprovação do nexo causal entre a conduta da Administração Pública e o fato danoso, desde que observadas as excludentes da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima.

Em contrapartida, ao declarar que a ação ou omissão era adequada a ocasionar o dano, então, esse é objetivamente imputável ao agente. O juízo de probabilidades ou previsibilidade do resultado é realizado pelo juiz atendendo o que era do conhecimento do agente, tomando como exemplo o tipo do homem médio. Assim, em igualdade de condições deve-se estabelecer maior vigilância e diligência daquele de cujos atos ou omissões possam causar dano, não só a si mesmo, como também a outras pessoas.

Na mesma linha de raciocínio, vale também mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que tange à responsabilidade do Estado pela morte de preso. Vejamos o que decidiu o Ministro Mauro Campbell Marques¹⁰ em 15 de outubro de 2013:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado em unidade prisional. 2. Para que se examine a alegativa de que não há nexo de

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 de mar. 2016.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1325255. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23527624/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1325255-ms-2012-0106907-8-stj>>. Acesso em: 29 fev. 2016.



causalidade entre o ato ilícito e o dano, na hipótese, faz-se necessário o revolvimento dos elementos fático-probatórios da demanda, o que não é permitido no âmbito do apelo especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. A redução do quantum indenizatório a título de danos morais apenas é possível, caso verificada a exorbitância do valor fixado pela Corte de origem, o que não ocorreu no caso.

Resta configurada, assim, a possibilidade de responsabilizar o Estado, com base na teoria objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, devendo-se provar apenas o liame entre a conduta do ente Público e o dano. Percebe-se inclusive que é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a aplicação da responsabilidade objetiva estatal, seja por ação ou omissão, excluindo a necessidade do elemento subjetivo, quando bastará o nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda previsto no artigo 5º, inciso XLX da Constituição Federal.

3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

Nos dias atuais, os brasileiros têm sido atormentados com a chamada bala perdida. Tal expressão faz referência à típica ocorrência segundo a qual uma pessoa é atingida por disparo de arma de fogo cuja origem é desconhecida. Dentre outras indagações, surge dúvida a respeito da obrigação de o Estado em indenizar vítima de bala perdida não disparada por agente policial.

A Constituição Federal¹¹, em seu artigo 37, § 6º estabelece que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Num primeiro momento, entende-se estar diante de hipótese de responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, já que resulta da violação de um dever geral de respeito aos

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2016.



direitos alheios legalmente previstos, e, não da violação de uma norma contratual, como ocorre quando da caracterização da responsabilidade civil contratual.

A doutrina diverge quanto ao alcance do aludido dispositivo. Para uma parcela, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello¹², a norma ali contida apenas se aplica à responsabilidade civil do Estado pelas condutas comissivas de seus agentes, ou seja, quando há a prática de uma conduta positiva, que cause danos e, por consequência, gere o dever de indenizar, caso em que o ente respectivo responderá objetivamente, isto é, independentemente de culpa.

Assim, no caso de bala perdida, entende-se que, para que a Administração Pública possa ser responsabilizada, é indispensável que a bala que atingiu a pretensa vítima resulte de confronto direto entre a polícia e o agente criminoso, e, principalmente, que o projétil tenha sido disparado pelo policial. Dessa forma, estariam presentes os elementos da responsabilidade civil do Estado.

É pacífico em no TJRJ que o nexos de causalidade exigido para responsabilização do ente estatal se forma com o disparo efetuado por um de seus agentes, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE PROVOCADA POR BALA PERDIDA DURANTE CONFRONTO ENTRE POLICIAIS E TRAFICANTES. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1.A responsabilidade do Estado, em matéria de Segurança Pública, é objetiva, desde que comprovado o nexos causal entre a ação dos agentes estatais e o dano experimentado pelas vítimas, surgindo, aí, para este, o dever de indenizar. 2.Na hipótese vertente, durante toda a fase probatória, não ficou esclarecida a procedência do projétil que acabou por ferir o marido e pai dos autores. 3.Assim, por mais dramática que seja a situação vivida pelos autores, como não é possível afirmar que o tiro partiu da arma de um agente público, não tem o Estado que indenizar os danos por estes sofridos.4. Provimento do 2º apelo e prejudicado o 1º apelo (TJ/RJ: - APELACAO CIVEL).

Não há possibilidade de responsabilizar o Estado em todas as situações, tal como pregam os defensores da teoria do risco integral do Estado. Especificamente quanto à responsabilidade estatal por sua omissão, a doutrina do Direito Administrativo a divide em duas espécies, quais sejam, a omissão própria e a omissão imprópria.

¹² BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



A omissão própria se caracteriza quando um agente estatal tinha um dever específico de, em um caso concreto, praticar determinado ato e, ao não fazê-lo, acaba por causar um dano. Já a omissão imprópria, tal como definida por Marçal Justen Filho, se configura no descumprimento de um dever abstrato, ocorrendo muitas vezes mesmo sem o conhecimento dos agentes estatais do risco da ocorrência do evento danoso.

Ao analisar acidente causado por bala perdida, mostra-se evidente tratar-se de dano que poderia ter sido evitado caso o Estado tivesse, de forma eficiente, promovido a segurança pública, dever que lhe é atribuído pela Constituição da República¹³ em seu artigo 144. Assim, uma das concausas para a concretização do evento danoso é a omissão do Estado em prestar adequadamente o serviço de segurança pública que lhe é devido.

Tal omissão, contudo, consiste em caso exemplar de omissão imprópria. Afinal, o dever de prestar segurança pública tem como beneficiário toda a coletividade, sendo devido de forma contínua e permanente, em todo o território nacional, de forma absolutamente genérica. Impossível falar nesse caso em omissão específica, porque quase qualquer pessoa está apta a realizar disparo de arma de fogo, sendo extremamente oneroso para o Estado evitar totalmente a prática de tais atos.

Tendo em vista essa dificuldade, típica dos casos de omissão imprópria, considera-se o Estado desobrigado de responder pelos danos derivados dessas condutas.

CONCLUSÃO

Procurou-se nesse trabalho, dissertar acerca da responsabilidade civil do Estado focando na característica da omissão específica. Entendeu-se ser o Estado responsável por suas condutas comissivas e omissivas que causarem danos a terceiros, conforme o disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2016.



Para restar configurada a responsabilidade Civil do Estado, necessária é a comprovação de três pressupostos básicos, o evento danoso, a qualidade de agente na prática do ato e o nexo causal existente entre eles. Faltando um pressuposto inexistente o dever de indenizar.

Tentou-se demonstrar a relevância da omissão especial do estado na qualidade de garantidor. É obrigação do Estado garantir a saúde de sua população. A Constituição Federal a enquadra como um dever do Estado. Sendo assim, o estado responde por eventual falta ou insuficiência no oferecimento do serviço. Caso haja um ilícito por parte da administração, basta ser comprovada a conduta, o dano e o nexo causal para se ter a indenização. Se não houver ilícito, cabe a administração apenas indenizar se houver o dever específico e individual de agir.

Expôs-se ainda no referido artigo, hipótese de morte de detento e a responsabilidade civil adotada. Seguindo entendimento pelo qual se aplica a teoria objetiva, uma vez que o dano não se origina na omissão estatal e sim na prática de ato comissivo. Uma vez que o indivíduo se encontra preso, ele está sob a guarda e responsabilidade do Estado. E esse, tem o dever de preservar a integridade física do preso de acordo com o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal. Nesse caso é necessária somente a comprovação do nexo causal entre a conduta da Administração Pública e o fato danoso.

E por fim, trabalhou-se a responsabilidade objetiva e a irresponsabilidade do estado no caso de morte de pessoa atingida por bala perdida. Para que a Administração Pública possa ser responsabilizada, a bala que atingiu a vítima tem que ter vindo de confronto direto entre a polícia e o criminoso, pois assim restariam presentes os elementos da responsabilidade civil do Estado. É pacífico no tribunal do RJ que o nexo de causalidade exigido para responsabilização do Estado se forma com o disparo efetuado por seus agentes.

REFERENCIAS

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. De 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no Resp n. 1325255. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23527624/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1325255-ms-2012-0106907-8-stj>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag n. 706025. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21530520/agravo-de-instrumento-ai-706025-rr-stf>>. Acesso em 15 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Re n. 272,839. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/20295168/pg-72-supremo-tribunal-federal-stf-de-06-10-2010>>. Acesso em 11 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 590939. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23511467/recurso-extraordinario-re-590939-am-stf>>. Acesso em 29 fev. 2016.

BRUNINI, weida Zananer. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1981.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL PELOS ATOS PRATICADOS PELA INTERNET: O COMBATE AOS ATOS ILÍCITOS DO NOVO MILÊNIO E A DESNECESSIDADE DE LEI PRÓPRIA

Nino Donato Oliva

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente artigo busca analisar as formas de repressão aos atos ilícitos praticados pela rede mundial de computadores, apontando, entre outros, os motivos pelos quais não é necessário editar lei específica para regulamentar o tema, as formas de identificação dos transgressores da lei e a necessidade de se reparar o dano.

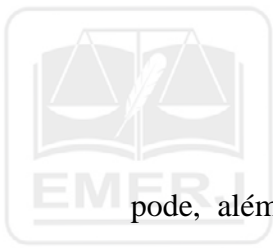
Palavras-chave: Ato ilícito. Internet. Responsabilidade. Legalidade. Dano. Reparação.

Sumário: Introdução. 1. Da desnecessidade de se criar uma lei própria para o tema: o real significado do princípio da legalidade. 2. Dos que podem vir a ser responsabilizados pelo ato: da necessidade de se punir condutas ilícitas e negligentes. 3. Dos atos que excluem ou atenuam a responsabilidade. 4. Da responsabilidade dos incapazes e da lei *anti-bullying*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as formas de repressão aos atos ilícitos praticados pela rede mundial de computadores, apontando, entre outros, os motivos pelos quais não é necessário editar lei específica para regulamentar o tema, as formas de identificação dos transgressores da lei e a necessidade de se reparar o dano.

A internet é, provavelmente, o meio mais rápido, fácil, prático e com maior alcance dentre todos os meios de comunicação existentes. Nada antes na história teve um impacto tão profundo nas relações entre pessoas. Graças à chamada grande rede, toda pessoa, independentemente de qualquer atributo pessoal, pode, em fração de segundos, publicar e tornar acessível ao mundo toda uma opinião, uma imagem ou um vídeo, por exemplo; pode divulgar notícias relevantes de terceiros; pode trocar informações pessoais ou de trabalho; e



pode, além de outras tantas, cometer atos ilícitos de proporções bíblicas, seja contra a coletividade ou contra um só indivíduo.

Lembre-se que, uma vez publicado o conteúdo *online*, ele fica à disposição de quem quer que seja, sendo impossível, por vezes, que o conteúdo desapareça mesmo quando o autor da publicação venha a excluí-la posteriormente, já que, no período em que a coisa foi pública na internet, por menor que seja esse lapso temporal, não há garantias de que seu conteúdo não tenha sido baixado, reproduzido e replicado. O dano eventualmente causado talvez jamais pereça.

Se utilizada para fins escusos ou por pessoas de má-fé, a internet pode ser encarada como a mais brutal forma de se atacar a imagem de alguém. Justamente por isso, advoga-se que as leis e o ordenamento já proíbem e preveem sanções pela prática desses ilícitos realizados pela internet. Se se entender pela necessidade de edição de lei para combater algo tão cruel, infamante e escatológico, então, que seja apenas no sentido de se atribuir penas mais graves a esses ilícitos em razão do alcance que podem ter.

O tema, intimamente ligado a princípios de justiça, de combate à impunidade, preservação da dignidade da pessoa humana e simplificação da justiça e do acesso a ela, será analisado em quatro capítulos.

No primeiro, analisam-se os motivos pelos quais é despicienda a criação de uma lei específica sobre o tema. O segundo capítulo se presta ao exame de quem pode vir a ser responsabilizado pelos atos, o que inclui a responsabilidade própria e a por ato de outrem. O capítulo três cuidará das hipóteses de mitigação e atenuação da responsabilidade, ficando o quarto e derradeiro ao estudo mais aprofundado dos atos praticados por menores e com aspectos relevantes trazidos pela lei *anti-bullying*.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. DA DESNECESSIDADE DE SE CRIAR UMA LEI PRÓPRIA PARA O TEMA: O REAL SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

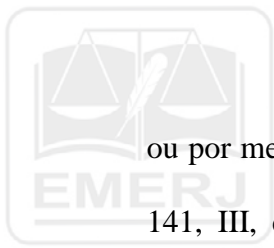
De tão simples, direta e objetiva a resposta ao título deste capítulo, que, em tese, não precisaria ser escrita. Não obstante, para evitar que exsurjam vozes, leves ou de peso, no sentido de que os atos praticados pela internet não poderiam ser punidos, por exemplo, em razão do princípio da legalidade estrita, as considerações a seguir se impõem.

Toda vez que o ordenamento se presta a coibir determinada conduta ou a prever uma sanção pela sua prática, ele está tentando impedir que as consequências de um ato lesivo se materializem no mundo dos fatos. A forma pela qual essas consequências nocivas venham a nascer é de todo irrelevante.

Tanto assim que, em regra, quando uma norma ou lei prevê, de forma genérica ou específica, que determinado fato deverá ser considerado um ilícito, ela o faz sem estabelecer o meio a ser utilizado para a prática do ato. Nas raras hipóteses em que a regra define esse meio, estar-se-á sempre diante de uma previsão muito específica em que o legislador entendeu por bem dar um tratamento mais ou menos rigoroso para um fato que, à primeira vista, não se diferenciaria de tantos outros semelhantes.

Volte-se, contudo, à regra, e com um exemplo prático. No Capítulo V do Código Penal, intitulado "Dos Crimes Contra a Honra", o legislador tipifica como crime a prática de toda e qualquer conduta que possa vir a ferir a honra, subjetiva ou objetiva, de uma pessoa. Não há, em lugar algum do Código, qualquer tipo de exigência quanto ao modo de se proferir ou perpetrar a ofensa.

Hipóteses há, claro, em que a forma escolhida pelo agressor poderá ser punida com menor ou maior severidade, como é o caso do crime praticado na presença de várias pessoas



ou por meio que facilite a divulgação do delito¹, casos de aumento de pena, conforme artigo 141, III, do Código Penal. O bem jurídico tutelado é um direito da personalidade, mais especificamente a honra e seus consectários, como a imagem, autoimagem etc.

Qual seria o fundamento legal para que o ilícito contra a honra, ou outro bem jurídico relevante, não fosse combatido ou punido se praticado pela internet? Nenhum. Aliás, se alguma coisa, seria justamente um exemplo perfeito para a aplicação das causas de aumento de pena citadas.

Posição em sentido contrário seria devaneio, tentativa de se defender o indefensável. O princípio da legalidade estrita tem por objetivo impedir que o Estado atue de forma arbitrária, que use a máquina pública para promover perseguições ou de modo a surpreender os seus cidadãos e jurisdicionados. E só.

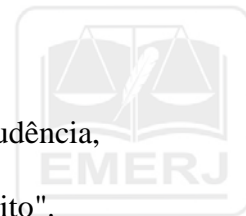
O princípio da legalidade tem sua origem no pensamento iluminista, com a criação de instrumentos para minimizar as arbitrariedades do Estado contra o indivíduo. O fundamento legal desse princípio está no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal².

Não há, no sistema jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorre no sistema da “*common Law*”, figuras de crimes criadas pelo costume ou pela jurisprudência. A norma penal só pode ser criada através do competente processo legislativo com a obrigatória votação pelos representantes do povo, não se admitindo legislação penal pelo Executivo sem a prévia apreciação do Parlamento.

Deixando momentaneamente o Direito Criminal de lado, note-se que, civilmente, o contrato válido e eficaz faz lei entre as partes, sendo perfeitamente possível a prática de um ilícito contratual que não esteja tipificado em lei. Nesse sentido, o art. 186 do Código Civil

¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.



estabelece 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".

Possui o princípio da legalidade dois aspectos essenciais: o da reserva legal, segundo o qual deve haver uma lei - ou, no caso do ilícito civil, lei entre as partes - tipificando o comportamento que se busca proibir; e o da anterioridade, que impõe a obrigatoriedade de a lei ser anterior ao fato praticado.

Percebe-se, pelo exposto, que o princípio da legalidade não tem o escopo de limitar o atuar do Estado quando o fato que se busca coibir foi efetivamente praticado. Daí o impropério de se imaginar que um ilícito praticado pela internet não poderia ser punido. Repita-se que a proibição à prática de um ato não busca combater os meios usados, mas os fins que podem ser alcançados pela ação do homem.

2. DOS QUE PODEM VIR A SER RESPONSABILIZADOS PELO ATO: DA NECESSIDADE DE SE PUNIR CONDUCTAS ILÍCITAS E NEGLIGENTES.

Quando se pensa em responsabilização por ato ilícito de qualquer natureza, inexistente dúvida de que o autor da ação será sempre responsável por reparar o dano. Não interessa discutir eventuais excludentes ou regras específicas de responsabilidade. Fica-se com a regra geral de que o autor de ação ou omissão voluntária, que pressupõem dolo, ou de uma ação culposa estará obrigado a responder pelos prejuízos que vier a causar, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil³.

Pode pairar alguma incerteza, porém, quanto à possibilidade de outras pessoas, diversas do autor, também virem a ser responsabilizadas pelos atos do agente ativo, isso porque os atos praticados pela internet, para que se concretizem e se tornem efetivamente

³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.



públicos, dependem de diversos serviços, que envolvem terceiros, e não se exaurem com a simples conduta do agente – os atos dependem, entre outros, da transmissão de dados.

Exemplificando: a pessoa que ofende a honra de alguém pela internet, em regra, o fará por meio de uma publicação ou postagem. Dependendo de onde seja feita a publicação, ela poderá ficar em evidência por longo período de tempo, permitindo o acesso de centenas, milhares, milhões de pessoas. O vilipêndio à honra é constante e de abrangência muito maior do que o crime contra a honra praticado verbalmente.

Aqui, então, que se mostra relevante identificar quem pode controlar, ainda que *a posteriori*, o conteúdo disponível em páginas da internet, responsabilizando aqueles que, de alguma forma, contribuírem, ao menos com culpa, para a realização ou propagação do ilícito. A maior dificuldade prática, provavelmente, estará em conciliar isso com a liberdade de expressão, a existência de espaços abertos a comentários públicos e outros.

Antes de seguir com o estudo acerca dos responsáveis, uma observação se faz relevante. Muitas pessoas ainda têm a falsa ideia de que atos praticados pela rede mundial de computadores são atos não identificáveis, que elas agem no anonimato, nutrindo a sensação de que a internet é um território sem lei, um ambiente social paralelo marcado pela ausência do Estado e de seu poder de polícia.

Essa visão é completamente divorciada da realidade. Embora não seja possível ao usuário comum identificar a autoria de atos não assinados digitalmente, os provedores e servidores de acesso conseguem apontar com precisão a origem de tudo, ou quase tudo, o que é feito *online*. Há mais: não apenas eles, mas peritos policiais e pessoas com conhecimento técnico são aptos e habilitados a descobrirem os autores de publicações, contendo crimes contra a honra ou contra a propriedade intelectual, *emails*, contendo ameaças, por exemplo, páginas, como as destinadas à propagação de crime de ódio ou de pedofilia, ataques cibernéticos e outros.

Identificado o computador, presume-se que o proprietário do equipamento é o responsável, mas admite-se prova em contrário. Isso porque, note-se, toda vez que se fala em identificação do agente, na verdade está-se a falar em identificação da máquina. Não se pode rastrear, em regra, quem estava fazendo uso do computador, apenas qual computador foi usado.

É nesse contexto que surge a ponte: por serem capazes de identificar os usuários, por terem controle sobre o conteúdo, ainda que, em alguns casos, só se possa fazer esse filtro de forma repressiva, e não preventiva, por possuírem tecnologia e *know-how* para evitar ou combater ilícitos virtuais, além de lucrarem com a venda de seus serviços, servidores e proprietários de domínio podem – e devem – responder pelos atos dos usuários em alguns casos.

Havendo a prática de um ilícito *online*, não apenas os autores da ofensa, mas todos os que contribuíram para a sua divulgação deverão ser responsabilizados, tendo plena aplicação o verbete 221 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. Apesar de o verbe sumular falar apenas em responsabilidade civil, nada impede que os servidores venham a responder criminalmente como partícipes ou coautores, como se verá adiante.

Antes, no entanto, é importante destacar que provedor e servidor não são sinônimos. Provedor de internet é o responsável por garantir e fornecer o acesso do usuário à rede mundial de computadores. É quem garante a via eletrônica de transmissão de dados, ou seja, é quem efetivamente permite que haja conexão com a internet. Servidor é o que hospeda o conteúdo *online*, é aquele que armazena dados, normalmente nos chamados *Datacenters*, e os disponibiliza para acesso. Servidor tem como função abrigar páginas, atuando como hospedeiro tecnológico virtual.



Como se percebe, o provedor não tem qualquer tipo de relação com o conteúdo que se encontra *online*, já que ele apenas permite o acesso ao que está “publicamente publicado” na internet. Não pode o servidor, portanto, responder por crimes praticados por usuários. Não obstante, pode vir o servidor a ser punido por ilícitos próprios, como, por exemplo, na hipótese de se recusar a prestar informações, a fornecer a identificação de um usuário ou máquina quando solicitado por autoridade competente e com atribuição para tanto, ou quando não bloquear acesso a determinados sites quando houver ordem judicial expressa nesse sentido.

O servidor, por outro lado, é o armazenador de todas as informações que alguém coloca *online*, por mais que não exerça qualquer interferência no conteúdo publicado pelo usuário. O servidor tem poder para retirar qualquer coisa que venha a ser hospedada em seus computadores do acesso público. Com efeito, uma vez informado de que algum site armazenado em seus computadores está sendo utilizado para a prática ou veiculação de qualquer ato ilícito, o servidor passará a ostentar responsabilidade a partir dessa notificação, que não exige forma especial⁴.

Ao tomar ciência do fato e optar por manter a página, o servidor incorrerá em evidente culpa. A demora igualmente ensejará a responsabilização solidária, civilmente, do servidor. Em matéria penal, como não se criminaliza a conduta da pessoa jurídica, a pessoa física

⁴ É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Para o STJ, uma vez comunicado do fato por qualquer meio, o servidor tem obrigação de retirar imediatamente o conteúdo. Caso o servidor entenda equivocada ou abusiva a notificação, poderá optar por manter o conteúdo online, porém, arcará com todas as consequências no caso de o Judiciário entender, depois, que o conteúdo era efetivamente ilícito. (STJ, AgRg no AREsp 123013/SP, 3ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 27/10/2015; REsp 1512647/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/5/2015, julg. 5/8/2015.).

Demais, apesar da jurisprudência do STJ, há quem advogue que o servidor só poderia vir a ser responsabilizado em caso de não retirada do conteúdo após notificação judicial, alegando que entendimento contrário levaria à insegurança jurídica e à violação da liberdade de expressão. A Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, estabelece em seu art. 19 que: “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.



vinculada ao servidor e que tenha poderes para impedir ou reprimir o ato ilícito praticado poderá ser considerada partícipe ou coautora, conforma circunstâncias de cada caso concreto.

O STJ, no julgamento do Recurso Especial 1186616/MG, embora tenha confundido o conceito de servidor com o de provedor, consolidou entendimento no sentido de que não há responsabilidade objetiva dos servidores por atos ilícitos praticados pelos usuários, uma vez que os servidores “não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações prestadas no site por seus usuários”, o que poderia configurar até mesmo uma espécie de censura, e que os servidores “devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responder pelos danos respectivos, devendo manter, ainda, um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será analisada caso a caso”.

Recomenda-se cautela quando da leitura do julgado, já que, como dito, o Superior Tribunal de Justiça chama o servidor de provedor ao longo de toda a emblemática e demais irretocável decisão, constante do Informativo 481 de sua jurisprudência.

Por fim, temos a situação dos “Provedores de Informação”, que não devem ser confundidos com os provedores de internet. Os Provedores de Informação são os sites e portais. São os responsáveis pelo conteúdo. Vale uma esquematização: uma página da internet é criada e gerenciada por um Provedor de Informação, que pode ser uma única pessoa física, no caso de site pessoal, ou uma enorme pessoa jurídica, como o site da globo.com. Embora o Provedor de Informação produza todo o seu conteúdo, em regra, ele vai contratar um servidor de hospedagem⁵, responsável por armazenar todos os arquivos que serão disponibilizados aos usuários da internet. O acesso, por sua vez, será garantido pelo provedor de acesso.

⁵ Apesar de não ser a regra, alguns Provedores de Informação são também servidores.



Obviamente, exceção feita a eventuais comentários de usuários sem vínculo legal com a página / Provedor de Informação, caso em que se aplicaria o mesmo regime jurídico dos servidores, o Provedor de Informação é inteiramente responsável pelo conteúdo nele expresso, ainda que alegue, como muitos fazem, que a opinião expressada pelo editor / articulista / jornalista / autor não seja a opinião do site.

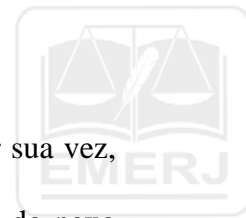
Uma vez que o site é a ponte entre o ilícito praticado por um de seus funcionários e a rede, o Provedor de Informação assume o risco e se torna responsável por eventual dano causado a direito personalíssimo de terceiros. As notas ou artigos elaborados pelo pessoal que administra o portal / site são de inteira responsabilidade da página como um todo, da pessoa jurídica.

O Provedor de Informação, para tornar mais agradável e famoso seu portal, angariando maior número de visitantes e assinantes, lucrando ainda mais com propagandas e cliques, contrata pessoas de diversas áreas de conhecimento para deixar o portal mais atrativo e glamouroso. Atuam à semelhança dos jornais impressos. Difundem notícias, divulgam comentários e, nesse contexto, são passíveis de cometer algum ilícito, como ofender a honra de uma pessoa.

3. DOS ATOS QUE EXCLUEM OU ATENUAM A RESPONSABILIDADE.

Da mesma forma que não se exige uma lei própria para tipificar ou enquadrar civilmente os ilícitos praticados pela internet, também não se pode exigir que haja uma lei específica para a aplicação dos institutos favoráveis ao responsável pela prática do ato.

A legislação brasileira traz previsões de causas excludentes da responsabilidade. Cite-se, exemplificativamente, que o Código Penal, em seu artigo 23, prevê o rompimento da



ilicitude quando o agente age em exercício regular de direito⁶. O Código Civil, por sua vez, em vários dispositivos, assim como diversas leis esparsas, prevê que o rompimento do nexo causal leva à isenção de responsabilidade do autor do fato. São exemplos a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, o estrito cumprimento do dever legal, também previsto no Código Penal, e outros.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁷⁸, “Em regra, pois, todo ato ilícito é indenizável. A restrição a essa regra geral está consagrada no art. 188, I e II, do Código Civil, que excepciona os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido e a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente”.

Dúvida não pode haver, portanto, de que, sem nexo causal, não há falar em responsabilidade. Se o fato danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, por exemplo, além de não se poder imputar a responsabilidade a outra pessoa, sequer se deveria falar em autor do fato. O mesmo vale para hipóteses de caso fortuito e força maior.

Diferentemente do que pode parecer à primeira vista, não há grande dificuldade em imaginar cenários que possam ocorrer por culpa exclusiva da vítima na internet. Ilustrando, pense-se na pessoa que possui fotos íntimas armazenadas no computador ou no celular. Imagine-se, ainda, que essa mesma pessoa possua fotos de seu companheiro na mesma máquina. Por um descuido seu, acabou publicando em algum *site* as imagens.

É claro que, na impossibilidade de fazê-lo por conta própria, a pessoa terá direito de requisitar ao Servidor ou ao Provedor de Informação que retire as imagens equivocadamente publicadas da rede. Contudo, não poderá reclamar qualquer indenização desses dois na hipótese de usuários terem tido acesso ao conteúdo antes da sua remoção, salvo no caso de

⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 464.

⁸ Ainda segundo o autor, “os arts. 929 e 930 designam casos em que, embora o agente tenha atuado sob o amparo dessas circunstâncias inibidoras do ilícito, subsiste a obrigação de indenizar o eventual dano causado a outrem. Mesmo não sendo considerada ilícita a conduta daquele que age em estado de necessidade, exige-se que repare o prejuízo causado ao dono da coisa, ou à pessoa lesada, se estes não forem culpados pelo perigo”.



demora injustificada do Servidor ou do Provedor de Informação. Também será possível, à evidência, pleitear a reparação de danos daquele que possa vir a republicar as fotos obtidas.

A maior dúvida, com certeza, paira sobre a delimitação do que pode ser considerado força maior ou caso fortuito. Quando uma companhia de serviços de internet, em sentido amplo, sofre um ataque virtual e tem a sua base de dados invadida, poder-se-ia falar em caso fortuito ou força maior?

Alguns casos vão fugir da zona cinzenta de incerteza e permitir uma resposta segura, como a situação em que há a venda de um serviço de armazenamento e proteção de dados. Atualmente, é muito comum pessoas pagarem pelo chamado *Cloud Services* ou *Cloud Space*, que, em apertada síntese, pode ser definido como um *hard-drive* virtual. Na linguagem popular, em vez de salvar seus arquivos numa mídia física, como num *pendrive* ou no HD do seu próprio computador, a pessoa opta por salvar os arquivos na nuvem, podendo acessá-los de qualquer lugar e tendo a garantia do fornecedor de inviolabilidade do conteúdo.

Ainda que o fornecedor não se obrigue ou não garanta expressamente a incolumidade e a privacidade dos arquivos que armazena, terá responsabilidade objetiva por eventual violação de segurança, responsabilidade essa que nasce da própria natureza do contrato. O usuário contratante confia na tecnologia e no *know-how* do fornecedor para evitar e combater esses ataques virtuais, além do fato de que o lucro e a contraprestação do fornecedor é justamente a venda da segurança, motivo pelo qual esse contrato pode ser tranquilamente comparado a um contrato de depósito – Código Civil, artigos 627 e seguintes.

Entretanto, nem a armazenagem de arquivos *online* se dá por esse meio, e é nesse contexto que surgem as incertezas. No Brasil, a rede social mais usada atualmente é o *Facebook*, site que permite ao usuário armazenar e enviar fotos, vídeos, arquivos de áudio, ficheiros, pastas e praticamente qualquer formato desejado pelo usuário.

O *Facebook*, como se sabe, é uma rede social, não um Servidor ou um Provedor de Informação e Conteúdo. Seu objetivo é permitir a integração e a interação social. No caso de um ataque cibernético ao seu banco de dados com o consequente vazamento de informações e dados de usuários, poderia o *Facebook* vir a ser responsabilizado da mesma forma que o fornecedor de serviços que vende ou aluga um armazenamento *online*?

Muitos advogam que sim, em especial por ser o *Facebook* parte do *Google*, uma gigante multimilionária e que deveria se precaver de todas as formas possíveis contra investidas de hackers e usuários mal intencionados. Não obstante, questiona-se a razoabilidade desse entendimento.

Sabe-se que, mesmo adotando diversas medidas de segurança e investindo quase infinitos recursos na questão da proteção de banco de dados, há pessoas que dedicam suas vidas a encontrar brechas e falhas no código de programação de grandes companhias. Até mesmo o site do Pentágono já foi invadido – e mais de uma vez.

Evidente que, caso o *Facebook* ou outra página similar não adote quaisquer medidas de cuidado, deverá responder por isso. Contudo, parece razoável imaginar, ao menos em alguns casos, especialmente quando comprovado que o Servidor ou o Provedor adotou todas as medidas que dele se esperaria, que seja possível a invocação da força maior ou do caso fortuito.

A se aceitar a tese de que o fornecedor de serviços *online* pode vir a alegar a força maior ou o caso fortuito como excludentes de responsabilidade, uma medida se impõe em todos os casos: a inversão do ônus da prova *ope judicis*, a determinada pelo juiz. Em outras palavras, caberá invariavelmente à companhia provar que adotou todas as medidas de segurança dela exigíveis.

Não bastará, anote-se, a comprovação apenas de que protocolos genéricos de privacidade foram adotados. De acordo com o tamanho da companhia e do tipo de serviço



oferecido, além do material que ela se dispõe a armazenar, ainda que gratuitamente, o grau de segurança exigido para que sua culpa seja afastada poderá ser maior ou menor. Desse modo, estar-se-á respeitando o Código de Defesa do Consumidor, que prevê, em seu art. 6º, VIII, ser direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

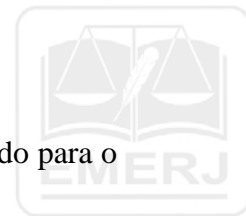
Quanto à culpa concorrente, preconiza o artigo 945 do Código Civil que, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”⁹.

Da mesma forma que o rompimento donexo causal pode ser invocado para afastar por inteiro a responsabilização da pessoa, havendo culpa concorrente da vítima do dano, será perfeitamente possível reduzir a eventual indenização a um patamar razoável e mais baixo, de acordo com o grau de culpa de cada um. A minoração do *quantum* deverá ser analisada em cada caso concreto, considerando-se a intensidade da culpa dos envolvidos.

Exemplo de culpa concorrente pode ser imaginado na situação em que uma pessoa tem uma conta de email, cujo *login* depende da chamada dupla verificação ou verificação em duas etapas. Consiste esse método em exigir do usuário, além da sua senha de acesso, um código de acesso único que é gerado a cada acesso ao sistema – algo similar aos dispositivos de *tokens* adotados por quase todos os bancos. Pense que o usuário, por descuido ou mesmo deliberadamente, entregou sua senha a outrem e o servidor, por alguma falha no sistema, não exigiu a verificação em duas etapas do agente que obteve a senha.

Não se pretende tabelar ou tarifar o percentual de culpa de cada um, afinal, como já dito, isso deverá ser aferido em cada caso. Logicamente, a culpa concorrente não pressupõe parcelas

⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.



iguais de culpa, bastando apenas que a ação de ambos os envolvidos tenha contribuído para o resultado final.

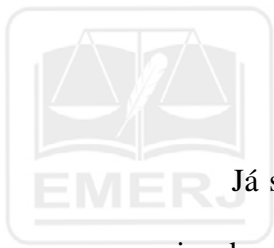
4. DA RESPONSABILIDADE DOS INCAPAZES E DA LEI DE BULLYING.

O Código Civil estabelece, nos termos dos artigos 932 e 933, que os pais são responsáveis pela reparação civil dos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, ainda que não haja culpa de sua parte. O mesmo se aplica aos tutores e curadores em relação às pessoas entregues à sua tutela ou à sua guarda¹⁰.

Trata-se, à evidência, de responsabilidade objetiva que os responsáveis têm pelos incapazes, absoluta ou relativamente, que se encontrem aos seus cuidados. Apesar da regra insculpida nos citados dispositivos, é possível que o próprio incapaz venha a responder pelos seus atos dos quais decorram prejuízos para outrem. De acordo com o artigo 928 do CC, o incapaz responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. A indenização deverá ser equitativa e não terá lugar se privar o incapaz ou as pessoas que dele dependem do necessário ao sustento.

A previsão legal tem como fundamento o Princípio do Prejuízo, segundo o qual nenhum dano deve ficar sem reparação ou compensação de sua vítima. Por conseguinte, na hipótese de um incapaz financeiramente abastado cometer um ato que gere prejuízo a alguém, ainda que seus responsáveis não possuam patrimônio suficiente para reparar o dano causado, em vez de onerar sobremaneira a vítima do evento, admite-se que o próprio incapaz, com seus recursos, seja responsabilizado por indenizar a vítima.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.



Já se asseverou que os atos praticados pela internet podem ter potencial lesivo ainda maior do que aqueles praticados ao vivo ou diretamente contra uma pessoa. Viu-se, por isso, que não há falar em isenção de responsabilidade quando alguém busca se furtar a responder por um ato seu em razão de tê-lo praticado virtualmente.

Tudo isso vale para o menor e para o incapaz, observado o regramento específico citado linhas antes. Tanto é assim que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em diversos artigos, a possibilidade de o menor vir a ser responsabilizado civilmente pelos seus atos, além, claro, de responder também pela prática de atos infracionais análogos a crime, com aplicação das chamadas medidas socioeducativas, com destaque para os artigos 112, II, e 116¹¹.

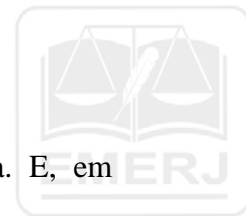
A Lei 13.185/2015 instituiu o chamado Programa de Combate à Intimidação Sistemática, o *Bullying*, em todo o território nacional, definindo *bullying*, em linhas gerais, como a intimidação sistemática em que há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação.

Mais especificamente, o art. 2º, parágrafo único da lei, conceitua como intimidação sistemática na rede mundial de computadores, o *cyberbullying*, o uso de instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Embora a lei não traga a previsão de sanções ou de responsabilidade dos agentes praticantes de *bullying*, a menção ao texto legal é de grande relevo, uma vez que os menores são frequentemente responsáveis pela prática reiterada de *bullying* em escolas e ambientes de ensino em geral.

Mais do que nunca, fica claro que o inimputável, em conjunto com seus responsáveis, poderá ser condenado a reparar o dano causado ou, ao menos, a compensar a vítima pelos

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.



prejuízos que ela venha a encarar, ainda que de ordem unicamente psicológica. E, em nenhum caso, poderão alegar que a internet é um meio que propicia essas práticas, especialmente agora que foi editada uma lei que, expressamente, fala em combate a esses atos.

Registre-se, por fim, que os responsáveis não poderão alegar a impossibilidade de controlar o uso que as pessoas sob sua responsabilidade fazem da rede mundial de computadores. É claro que eles não poderão assistir todos os atos, mas, além de poderem impor as mais variadas restrições de uso, até mesmo com a criação de senhas de acesso e proibição de navegação em determinados sites, havendo uso indevido e que cause prejuízo a terceiros, a última pessoa a arcar com o ônus será a vítima, conforme os artigos já citados do Código Civil e de acordo com uma interpretação sistemática e teleológica do ECA e da Lei de Combate ao *Bullying*.

CONCLUSÃO.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a inexistência de lei específica de responsabilidade pelos atos praticados pela internet não impede, de qualquer forma, a responsabilização de todos aqueles que possam ser apontados como responsáveis pela violação ou por sua propagação, ainda que não sejam os autores da conduta, ainda que sejam incapazes.

Lembre-se, por oportuno, que os atos praticados pela internet são sempre atos complexos, uma vez que sua concretização no mundo virtual depende da existência de serviços e do atuar de terceiros, como os Provedores e Servidores. Então, a depender do tipo do serviço prestado, até mesmo uma companhia poderá vir a responder pelo ilícito praticado por outrem: não pela prática, em si, do terceiro transgressor, mas por violar uma obrigação

própria sua, a de controlar o conteúdo disponibilizado, ao menos, depois de notificada para tanto. O surgimento do dever de indenizar de Provedores e Servidores será sempre decorrente da inobservância do dever de fazer cessar a exposição e divulgação do conteúdo identificadamente lesivo, salvo que o Provedor ou Servidor for o próprio autor do ilícito.

Conclui-se, portanto, que os tribunais devem aplicar aos atos ilícitos praticados pela rede mundial de computadores as normas e disciplinas legais já existentes. O atual cenário legislativo permite o enquadramento e julgamento de todas essas condutas, até mesmo com a aplicação de punições, *lato sensu*, mais severas, a depender da extensão do dano. Impunidade não é uma opção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Lei n. 13.185, de 6 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13185.htm>. Acesso em: 27 jan. 2015.

BARBAGALO, Érica B. Aspectos da Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. In: LEMOS, Ronaldo. *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: RT, 2003.

BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet*. Paraná: Juruá, 2011.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo. *Marco Civil da Internet no Brasil*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V.2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Amadeu dos Anjos Vidonho. *A nova responsabilidade civil do incapaz pelos atos praticados pela Internet*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6213/a-nova-responsabilidade-civil-do-incapaz-pelos-atos-praticados-pela-internet>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.3. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001.

SILVA, Luis Gustavo Freitas. *A responsabilização civil e penal por atos praticados na internet*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21125/a-responsabilizacao-civil-e-penal-por-atos-praticados-na-internet>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. V.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.



O DESPAUTÉRIO ENTRE AS PENAS DOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO E DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Pedro Henrique de Abreu
Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Advogado. Pós-Graduando pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo: O presente trabalho tem o fim de demonstrar a necessidade de exasperar a pena cominada para o delito de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal do Brasil. Para tal, inicia-se o estudo elucidando que as sanções penais refletem o nível de reprovabilidade social da conduta delituosa. Indica-se, nesse sentido, que à época da publicação do mencionado Estatuto Repressivo, em dezembro de 1940, vigia no Brasil uma oligarquia, em que poucos exerciam o poder em prol de interesses próprios, especialmente o material, fato que justifica as altas penas cominadas para os crimes contra o patrimônio. Por conseguinte, à luz da Constituição Federal de 1988, justifica-se que não há mais razão para que a pena do delito de corrupção passiva seja mais branda que a de qualquer crime contra o patrimônio, visto que a nova ordem jurídica elencou o interesse público na frente do privado. Por fim, recomenda-se que o parlamento brasileiro, em regime de urgência, adote as medidas necessárias para exasperar a pena do gestor corrupto de recursos públicos, ultrapassando substancialmente qualquer sanção prevista para delito patrimonial, já que, atualmente, a sociedade clama pelo zelo dos bens públicos.

Palavras-Chave: Direito Penal. Corrupção Passiva. Delitos Contra o Patrimônio. Despautério. Reprovabilidade Social. Exasperação da Pena do Crime de Corrupção Passiva. Necessidade. Constituição Federal de 1988. Nova Ordem Jurídica. Interesse Público.

Sumário: Introdução. 1. O Código Penal de 1940 e os Valores Sociais à Época. 2. A Edição da Carta da República da 1988 e a Reprovabilidade Social da Conduta do Gestor Corrupto de Recursos Públicos. 3. Consequências da Eventual Exasperação do Delito Disposto no Artigo 317 do Estatuto Repressivo e a Progressão da Mentalidade Social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a demonstrar a grande desproporção entre as penas cominadas para os delitos contra o patrimônio e aquelas previstas para o delito de corrupção passiva. Procura-se tecer, na verdade, críticas tanto para o quantum de pena para o segundo delito mencionado quanto para a inércia do legislador diante dos novos valores sociais.

Isso porque, levando em conta que as penas cominadas no Código Penal, editado em 1940, refletem nada mais nada menos que a reprovabilidade social da conduta de certo ilícito

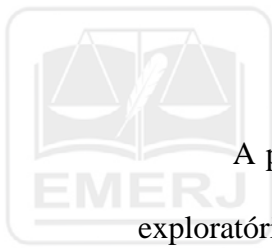
penal, é forçoso admitir que delitos contra o patrimônio tenham penas mais altas que as do crime de corrupção passiva, já que esta última conduta, veiculada reiteradamente pelos meios de comunicação, gera mais inquietação social.

Assim, o presente tema prega a redefinição de penas no Código Penal, mais precisamente a do crime de corrupção passiva, medida que se faz necessária para se adequar à reprovabilidade social da conduta. Além disso, esse realinhamento teria o condão de dar coerência às penas do referido Diploma, visto que é inadmissível um delinquente que provoca dano bilionário ao erário público ser condenado à pena menor que aquela aplicada a agentes em concurso que praticam roubo.

Diante disso, o primeiro capítulo inicia-se com a análise do panorama social da década de 40, época em que o Código Penal fora editado, a fim de demonstrar como a desigualdade social e a proteção ao patrimônio privado repercutiram nas penas cominadas para os delitos contra o patrimônio. Além disso, a íntima ligação entre reprovação social de condutas, criação de crimes e penas cominadas será comprovada.

Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, a alteração dos valores sociais com o passar do tempo, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, em que a individualidade deu lugar a coletividade. Nessa oportunidade, faz-se uma reflexão de como o delito de corrupção passiva, diante de tais avanços, teve a reprovação social exacerbada, entrando de vez na mira da sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo, tendo em vista a inquietação social diante da conduta do gestor corrupto de recursos públicos, conclui-se a necessidade de haver um acréscimo à pena do delito de corrupção passiva, para que, além de estar de acordo com os valores sociais contemporâneos, ultrapasse as reprimendas previstas para os crimes contra o patrimônio, eis que essas últimas, em regra, decorrem de violação a bem jurídico individual.



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

1. O CÓDIGO PENAL DE 1940 E OS VALORES SOCIAIS À ÉPOCA

Em 7 de dezembro de 1940, foi criado no Brasil o Decreto-Lei nº 2.848, mais conhecido como Código Penal Brasileiro. Apesar de assinado pelo então presidente da república Getúlio Vargas, pai das políticas “populistas” e publicamente favorável à ascensão econômica das camadas menos favorecidas, o referido Estatuto Repressivo retratava o pensamento social opressor e excludente à época.

Na década de 40, aproximadamente 64% da população brasileira vivia no campo, sendo a sua grande maioria composta por trabalhadores rurais¹. Uma ínfima parcela era a dominadora, dona de latifúndios que serviam de base para as ineficientes políticas econômicas de exportação agrícola. Diante desse contexto, não era difícil imaginar a desigualdade social no tocante à divisão de riquezas, já que poucas pessoas detinham a maior parte dos bens materiais.

Nesse sentido, o pensamento da classe dominante em meados dos anos 40 era apenas uma extensão das raízes colonialistas que assolaram o país desde a chegada dos portugueses, na qual a maior parte da população trabalhava e vivia em condições adversas em prol de uma pequena elite, que tinha muito e não se preocupava com a redistribuição de renda.

Assim, às vésperas da vigência do Estatuto Repressivo, vigorava, perante os mais abastados, que exerciam o poder de fato, uma política protecionista ao patrimônio, no qual esse merecia uma eficaz tutela jurídica, justamente para que os bens materiais permanecessem em posse de poucas pessoas, o que concorre para evitar a redistribuição de riquezas.

¹ HISTÓRIA do Brasil. Disponível em: <http://bit.ly/25BzQIj>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.



Em reflexo aos valores acima descritos, juristas da época que se notabilizaram por editar o mencionado Diploma, como Nelson Hungria e Roberto Lira², elaboraram um extenso rol de delitos contra o patrimônio com previsão de duras penas. O furto qualificado pelo concurso de agentes, consoante previsão do artigo 155, §4º, inciso IV, do Código Penal pode fazer com que os delinquentes sejam condenados em até 8 (oito) anos de reclusão e multa, dispositivo que permanece inalterado por qualquer Lei posterior. No mesmo sentido, a redação intocada do artigo 157, caput, do mesmo Diploma prevê uma pena de até 10 (dez) anos de reclusão e multa para aquele que rouba na modalidade simples, o que torna claro um pesado jus puniendi estatal.

Se hoje essas penas podem parecer exageradas, em meados dos anos 40 isso não era suficiente para atender à vontade da elite dominante. Quase que em conjunto à edição do Código Penal Brasileiro, surgiu um movimento de construção de presídios, visualizado na abertura da Colônia Penal Cândido Mendes, também conhecido como complexo penitenciário de Ilha Grande, que abrigava presos comuns, dentre eles delinquentes contra o patrimônio³.

Vale ressaltar, dessa forma, uma contradição de políticas no período em que Getúlio Vargas esteve no poder, pois se por uma lado houve apoio à ascensão econômica do proletariado, por outro houve conivência com os meios utilizados pelo Estado para a perpetuação da desigualdade social, dentre os quais pode-se citar o próprio Código Penal e a implacável censura que se viu no período, que privava de informação principalmente os menos favorecidos⁴.

Em reforço a esse argumento, visualiza-se a redação do artigo 295 do Código de Processo Penal, publicado em 1941, isto é, ano seguinte à criação do Código Penal. No

² HIRATA, Alessandro. *Nelson Hungria: o príncipe dos penalistas brasileiros*. Disponível em: <http://bit.ly/1Vxw8Je>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

³ PRESÍDIOS. Disponível em: <http://www.ilhagrande.com.br/ilha-grande/historia/presidios/>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

⁴ DÉCADA de 40. Disponível em : <http://bit.ly/1Zec8um>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.



mencionado dispositivo, há previsão de prisão especial à um número seletivo de pessoas, dentre as quais os ministros de Estado, governadores e portadores de diploma de nível superior. Diante disso, conclui-se que apenas uma pequena parte da sociedade fora beneficiada com um regime de cárcere menos severo, deixando o “grosso” da população, principalmente os trabalhadores, sujeitos ao cárcere comum.

Assim, em que pese algumas políticas integralistas na década de 40, como foi a de Getúlio Vargas quando da Consolidação das Leis Trabalhistas, a pequena elite continuava a exercer o poder com a ajuda do Estado, protegendo seus bens materiais da grande maioria da população. Esse ideal ocasionou um descompasso no Estatuto Repressivo, visto que, em várias ocasiões, a pena por uma transgressão contra o patrimônio supera a da violação à integridade física.

Nesse viés, analisa-se a desproporção entre as penas da lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, inciso V do Código Penal⁵) e do já citado furto qualificado pelo concurso de agentes: condena-se em até 8 (oito) anos de reclusão um indivíduo que, por intermédio de agressão física, cause aborto na vítima. Por outro lado, para dois indivíduos que subtraem um bem da vítima, além dos mesmos 8 (oito) anos de reclusão, há previsão de multa, fazendo com que a pena desse último delito seja mais grave que a do primeiro.

Tendo em vista que, ao menos no ponto de vista moral, é mais grave lesionar uma gestante a ponto de provocar a morte do feto do que subtrair certo bem móvel de alguém, constata-se a inversão de valores que norteava parte da sociedade à época da elaboração do Código Penal. O “ter” e o “ser” eram exageradamente valorizados, fruto de uma concepção colonialista que irradiava as decisões na primeira metade do século XX.

Considerando que o Código Penal de um país nada mais é do que o retrato da reprovabilidade social de determinada conduta, além do fato de uma pequena parcela da

⁵ BRASIL. Código Penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



sociedade ter controlado as decisões nas primeiras décadas do século passado, as penas previstas não poderiam elucidar outra coisa senão o interesse da própria elite, fincado na defesa do patrimônio.

Entretanto, conforme será analisado nos capítulos seguintes, a defesa do patrimônio perdeu espaço para outros direitos mais fundamentais, que são alicerces da nova ordem jurídica formada após o Código Penal de 1940, fato que torna as penas dos delitos contra o patrimônio desafinadas em relação a Constituição Federal, mais precisamente quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 1º, inciso III.

2. A EDIÇÃO DA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988 E A REPROVABILIDADE SOCIAL DA CONDUTA CRIMINOSA DO GESTOR CORRUPTO DE RECURSOS PÚBLICOS

Diante do quadro apresentado no capítulo inicial, em que a sociedade brasileira ainda se banhava de uma concepção colonialista e autoritária, a Constituição Federal de 1988 veio com o intuito de, não só acabar com o governo militar, mas também importar direitos e garantias fundamentais há tempos assegurados nos países mais desenvolvidos, à exemplo da França, protagonista da maior ascensão liberal que já se viu⁶.

Em seu texto original, a Carta da República não se limitou a assegurar garantias individuais contra ingerências do Estado, tendo determinado também que os Entes Federativos, solidariamente, se empenhassem em prestações positivas à população, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, como educação, saúde, alimentação, segurança, entre outros previstos no artigo 6º do mencionado Diploma Maior⁷.

⁶ GOMES, Cristiana. *Revolução Francesa*. Disponível em: <http://www.infoescola.com/história/revolução-francesa/>. Acesso em: 28 fev. 2016.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



No entanto, para que tais direitos positivos fossem corretamente prestados pelos governantes pós Constituição de 1988, seria necessário o devido zelo para com os recursos públicos. Vale mencionar que, desde 1950, a Lei 1.079⁸ discorre sobre os chamamos crimes de responsabilidade, cabíveis quando os gestores de recursos públicos se furtam da finalidade pública, utilizando a função para atender interesses pessoais. Porém, as sanções previstas na citada Lei não produziram a esperada efetividade, justamente por limitarem-se a punições político administrativas, como a inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública, conforme preceitua o artigo 33 do Diploma em foco.

O passar dos anos mostrou que as sanções descritas na Lei 1.079/50 não foram suficientes para inibir a conduta corrupta de diversos governantes brasileiros, necessidade que se mostra cada vez mais urgente, já que que a Carta da República, em vigor há quase 30 (trinta) anos, esculpiu os citados direitos positivos e consagrou o princípio da moralidade pública, previsto no caput de seu artigo 37⁹.

Justamente por isso, é totalmente descabida a pena abstratamente cominada ao delito de corrupção passiva, fixada de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, e multa, conforme se vê no artigo 317 do Código Penal. Observa-se que a pena mínima do delito em comento, 2 (dois) anos, é menor que a pena mínima do roubo simples, 4 (quatro) anos, numa sociedade em que a Lei fundamental preceitua como princípio básico a moralidade da administração pública.

Apesar de a moralidade na administração pública só ter ganhado status constitucional em 1988, isso já vinha sendo cobrado por boa parte da sociedade brasileira, pelo menos com mais força, desde os tempos da ditadura militar. Desta maneira, seria mais do que normal que a reprovabilidade social da conduta do gestor corrupto de recursos públicos refletisse em penas mais severas no respectivo tipo penal. Entretanto, não é isso que se vê, já que, alguns

⁸ BRASIL. Lei n. 1079, de 10 de abril de 1950. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 abr. 1950. p. 5425.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 15 dez. 2015.



crimes contra o patrimônio, mesmo que digam respeito a uma só vítima, possuem penas mais severas que aquelas fixadas para o governante que lesa em milhões os cofres públicos

Está mais do que provado que, quando desvia-se milhões ou até bilhões dos cofres públicos, muitas pessoas morrem indiretamente por causa de tal conduta. A escassez do dinheiro necessário para o adequado funcionamento de hospitais públicos é fato que causa, inevitavelmente, perdas irreparáveis à famílias brasileiras. No mesmo sentido, a falta de comida numa escola pública é hipótese comum, que prejudica flagrantemente a vida escolar do aluno e repercute no futuro do país.

Por esses motivos, está mais do que na hora de o legislador, mais precisamente o membro do Congresso Nacional, se dar conta dessas relevantes questões e adequar as penas cominadas no Código Penal. Não é razoável a pena mínima do roubo simples, como mencionado, ser mais grave que a pena mínima do delito de corrupção passiva, visto que este último crime tem consequência destrutiva na sociedade. Todavia, a falta de vontade legislativa, aliada a interesses pessoais, explica toda essa inércia.

Atualmente, é de total mau gosto a vigência do artigo 295 do Código de Processo Penal, norma que ainda assegura o direito a prisão especial de determinados indivíduos, como aqueles que possuem nível superior completo, os ministros de estado e os governadores. Tal dispositivo só mostra que o legislador, apesar de estarmos no ano de 2016, tende a manter um pensamento excludente e elitista, fincando a atuação parlamentar em interesses escusos e pessoais, o que explica o despautério comentado acerca das penas.

Dispositivos como o 295 do Código Penal de Ritos e o próprio 317 do Estatuto Repressivo afirmam, ainda, que mesmo após quase 30 (trinta) anos da Constituição Federal, há muitas normas que permanecem fiéis a legislações ultrapassadas e incompatíveis com os valores atuais. Outro exemplo é verificado no artigo 319 do Código Penal, que discorre sobre o delito de prevaricação. Assim, se o agente público deixar de praticar ato de ofício, do qual é



obrigado, em razão de interesse pessoal, a pena é de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa¹⁰.

Por outro lado, se um particular desacata um funcionário público, no exercício da função, a pena dobra, tanto no mínimo quanto no máximo, passando de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, na forma do artigo 331 do mesmo Diploma Legal¹¹.

Este tipo de desproporção, em que as penas aplicadas a funcionários públicos tendem a ser mais brandas que às cominadas aos particulares, em nada compatibiliza-se com os valores sociais e com a Carta da República. Nos dias atuais, deixar de interditar um estabelecimento em razão de iminente risco de segurança é considerado mais grave do que faltar com o respeito para com um agente policial, o que elucida o despautério entre as penas dos citados delitos de prevaricação e de desacato.

Ademais, tendo por base a legislação que diz respeito a execução penal, à exemplo do artigo 112 da Lei 7.210/84, seria possível o absurdo de um condenado por desviar milhões dos cofres públicos progredir de regime após o cumprimento de somente um sexto da pena¹². Quanto a isso, visualiza-se que a corrupção passiva sequer está no rol dos crimes hediondos ou equiparados, elencados pela Lei 8.072/90, o que, ao menos aumentaria o tempo para a progressão de regime prisional à fração de dois quintos de pena cumprida¹³, coadunando-se à vontade social.

Os adventos legislativos recentes, caso da Lei 12.846/13, denominada de Anticorrupção, em nada resolvem o problema da impunidade aqui discorrido, visto que, essencialmente, estipulam infrações cíveis e administrativas aos agentes políticos corruptos, caindo na mesma problemática da antiga e citada Lei 1079, de crimes de responsabilidade, editada nada mais nada menos que 63 (sessenta e três) anos antes.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Código Penal penal comentado*. 6. ed. aum. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 957-960.

¹¹ *Ibid.*, p. 992-996.

¹² BRASIL. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984, p. 10227.

¹³ BRASIL. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jul. 1990, p. 14303.

É certo que mesmo a Constituição de 1988 não ficou imune aos interesses pessoais dos parlamentares do Congresso Nacional. Por isso, se valendo da exclusividade para elaborar legislação penal e processual penal, as duas Casas de Brasília, por intermédio da Emenda Constitucional n. 35/2001, editaram o §2º do artigo 53 da Carta da República, que simplesmente proíbe qualquer prisão de parlamentar, salvo em caso de flagrante por crime inafiançável. Entretanto, com fulcro no dispositivo em foco, mesmo nessa última hipótese, quem decidirá a permanência do parlamentar na prisão será a respectiva Casa do Congresso Nacional, o que dá azo a sensação de impunidade difundida no país¹⁴.

Desta maneira, é necessária uma profunda reflexão acerca da legislação penal em vigor no país. A maioria dos dispositivos do Código Penal, exemplo dos crimes contra o patrimônio, datam de 1940, ano da edição de tal Diploma. Todavia, os mais de 70 (setenta) anos que separam a sua publicação do ano de 2016 transparecem o urgência de se adequar aos valores atuais. Na década de 40, como elucidado, o pensamento social ainda era pautado no totalitarismo e na segregação, frutos de uma herança colonial que perdurou no Brasil até meados do século passado. Com a adoção de uma Carta da República que preceitua os direitos negativos e positivos do cidadão, é mais do que razoável que a conduta que lese interesses difusos sofra com duras penas abstratamente cominadas.

Por essa razão, hoje, não há lugar, em hipótese alguma, para uma conduta violadora do erário ser apenada de forma mais branda que uma que lese patrimônio individual. A tendência contemporânea consiste em privilegiar os interesses difusos, já que uma honesta gestão e aplicação dos recursos públicos beneficia, de maneira incontroversa, toda a coletividade. Os efeitos catastróficos dos reiterados desvios de recursos públicos são veiculados de maneira habitual, de forma que a impunidade com que tal conduta é tratada, baseada em legislação de 1940, não pode continuar.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 15 dez. 2015.



Portanto, está mais do que na hora de o legislador atender os anseios sociais e exasperar substancialmente a pena prevista para crime de corrupção passiva, devendo esta ultrapassar, em todos os aspectos, as sanções cominadas para os delitos contra o patrimônio. Em dois raros casos, mais precisamente do furto qualificado na forma do artigo 155, §5º do Código Penal e do roubo simples com base no caput do artigo 157 do mesmo Diploma, isso já é atendido, tendo em vista que a pena mínima fixada para esses dois delitos, 3 (três) e 4(quatro) anos, respectivamente, ultrapassa a menor reprimenda possível para o crime de corrupção passiva, fixada em 2 (dois).

3. CONSEQUÊNCIAS DA EVENTUAL EXASPERAÇÃO DO DELITO DISPOSTO NO ARTIGO 317 DO ESTATUTO REPRESSIVO E A PROGRESSÃO DA MENTALIDADE SOCIAL

Como discorrido no capítulo anterior, a Constituição da República de 1988 representou um avanço social, não só atribuindo direitos negativos ao cidadão, ao impor ao Estado o dever de se abster de condutas danosas à liberdade individual, mas também esculpindo direitos positivos, os quais os cidadãos fazem jus para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre a Carta de 1988, visualiza-se que a partir dela, houve um processo de contínuo amadurecimento das instituições, sem o qual o tão aclamado avanço social seria obstaculizado. Nesse sentido, a partir do Poder Constituinte Originário e da edição da norma contida no artigo 127, caput do Diploma Maior, o Ministério Público, órgão essencial a justiça, tornou-se instituição independente, titular da ação penal pública e protetor da ordem jurídica¹⁵.

Somente com o tratamento dado pela Lei Maior, o Ministério Público teve respaldo jurídico para promover investigações e demandas judiciais com o fim de proteger o erário

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 8 mar. 2016.



público, visando a punir os agentes políticos que fujam da finalidade pública e empreguem, em suas atividades, interesses privados. Vale mencionar que o próprio Código de Processo Penal, no artigo 24, diz ser o Ministério Público obrigado a promover denúncia, no caso de crime de ação penal pública¹⁶, fato que se confunde com os anseios sociais.

Ademais, outra conquista que concorre para a efetividade do avanço social é a independência do Poder Judiciário garantido pela Carta Magna. O Judiciário, à longa data, é considerado, pelo menos em tese, Poder independente. Entretanto, somente com a Constituição de 1988 é que foi atribuída autonomia financeira ao Judiciário. Nesse diapasão, com fulcro no artigo 93, caput, da Lei Maior¹⁷, compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, discorrer sobre o Estatuto da Magistratura, que nada mais é do que o conjunto de direitos e deveres que atingem o magistrado.

Assim, essa comunhão de garantias do Poder Judiciário, principalmente a autonomia financeira e a independência funcional, somadas a liberdade de atuação do Ministério Público, constituem eficaz meio de proteção da ordem jurídica, principalmente no que diz respeito a atividade do agente político frente ao erário público.

Não fosse essa sistemática constitucional, a prisão de um Senador da República, pedida pelo Ministério Público e determinada pelo Judiciário¹⁸, ocorrida em dezembro de 2015, nunca teria ocorrido, fato que mostra a efetiva defesa da ordem jurídica por tais órgãos, colocando em voga o sistema de freios e contrapesos disposto pela Carta Magna. Dessa maneira, apesar de haver a independência entre os Poderes da República, na forma do artigo

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 8 mar. 2016.

¹⁸ PRISÃO de Senador. Disponível em: <http://www.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/02/senador-delcidio-do-amaral-reassume-mandato-apos-prisao.html> . Acesso em 1º de março de 2016.



2º da Constituição Federal¹⁹, um deve intervir no outro, quando há desvio de finalidade ou abuso de poder.

É bom registrar que toda essa sistemática constitucional, principalmente a de freios e contrapesos entre os Poderes, só foi possível após décadas de clamor público no que diz respeito ao período de Ditadura Militar, em que o Poder Executivo reinava por intermédio de seus mandos e desmandos. Assim, o que o Poder Constituinte Originário assentou nada mais foi do que a revolta social face a um sistema opressor.

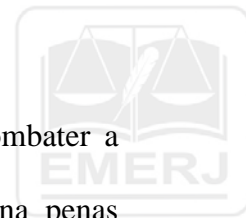
Entretanto, ante o avanço constitucional que respingou nas instituições, existe uma Congresso Nacional estático e conservador, que não coloca na ponta do lápis os reais anseios sociais. A própria Constituição diz, no artigo 37, que a administração pública deverá atuar com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, considerando o status constitucional de tais deveres, a superação da inércia e a devida exasperação da pena do delito de corrupção passiva representaria, por parte das duas Casas Legislativas do Distrito Federal, uma mudança de concepção que faz jus a real reprovabilidade comum da conduta.

Após quase 30 (trinta) anos de Constituição da República, denominada também de Constituição Cidadã, o descaso para com o interesse público e a inércia legislativa causam risco até a ordem pública, em que pessoas tentam fazer justiça com as próprias mãos, diante de uma Lei penal que não pune, e de protestos assombrosos, munidos de milhões de brasileiros, nunca antes registrados na história desse país²⁰.

De fato, os cidadãos não aguentam mais. O sentimento de impunidade diante de condutas catastróficas se resumem na impossibilidade de o Poder Judiciário aplicar penas maiores, condizentes com a reprovabilidade social da corrupção. Dessa forma, conclui-se que,

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 8 mar. 2016.

²⁰ MANIFESTAÇÕES contra o governo. Disponível em: g1.globo.com/politica/2016/03.manifestacoes-contra-governo-dilma-ocorrem-pelo-pais.html. Acesso em 14 de março de 2016.



apesar de a Constituição ter consagrado um sistema que, à princípio, tende a combater a corrupção, nada de efetivo se pode fazer quando o ordenamento jurídico comina penas pequenas, incoerentes com uma verdadeira punição, caso do artigo 317 do Código Penal.

No entanto, diante das crescentes manifestações populares, quase todas em favor do combate à corrupção, tem-se que eventual mudança legislativa é questão de tempo. Prova disso é o artigo 34 da Lei n. 9.096/95²¹, acrescentado recentemente pela Lei n. 13.165/15²², que endureceu mais o dever de a Justiça Eleitoral fiscalizar as contas dos partidos políticos. Nesse sentido, a exacerbação do controle pelo Poder Judiciário pode representar um eficaz meio de prevenção à prática de diversas condutas delituosas, como a corrupção passiva, que não raras as vezes são cometidas por intermédio de supostos gastos em campanha eleitoral.

Isso, ainda aquém do que deveria ser, é uma forma tímida de mudança de concepção do Congresso Nacional. Vale lembrar, entretanto, que o sistema republicano consiste na democracia representativa, em que todo poder emana do povo, que o exerce por intermédio de representantes eleitos, como preceitua o artigo 1º, parágrafo único, da Carta da República²³. Assim, entende-se que o Congresso Nacional é mera extensão da vontade popular, estando os parlamentares nas respectivas funções com a única finalidade de atender o interesse público.

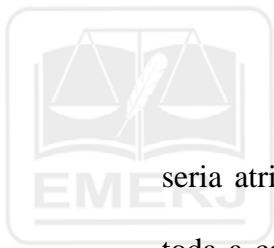
Por isso, e considerando que, inegavelmente, a mentalidade brasileira vem progredindo, na qual o bem comum finalmente é entendido como mais importante que o individual, eventual exasperação da pena de corrupção passiva daria mais força em um caminho que é longo, visando uma sociedade cada vez mais justa e solidária.

Em qualquer nação vista como de “primeiro mundo”, seria impensável resguardar o patrimônio individual em detrimento do público. No mesmo sentido, repugnante também

²¹ BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 sep. 1995, p. 14545.

²² BRASIL. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Seção 1, Edição Extra, Brasília, DF, 29, sep. 2015, p. 1.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 8 mar. 2016.



seria atribuir desvalor maior a conduta que lesa um único indivíduo do que uma que viola toda a coletividade. A mudança de tratamento de crimes que atingem o patrimônio público nada mais seria que o avanço da maturidade da sociedade brasileira.

Mesmo com todos os problemas atinentes à educação, o relativo cumprimento do disposto no artigo 6º da Lei Maior, que atribui ao Estado o dever de prestar educação ao administrados, deu a lucidez necessária para que o povo brasileiro continuasse a lutar por um país mais justo, e não há como falar em justiça quando a pena abstratamente cominada ao crime de corrupção passiva seja incompatível com a gravidade com que é socialmente encarado.

Portanto, por trás da alteração legislativa que aqui se prega, há uma incessante pressão social por mudanças, em que os cidadãos administrados combatem cada vez mais o sentimento de impunidade. A mudança iniciada com a Carta da República de 1988 foi apenas o ponto de partida para alterações mais profundas na sociedade, que, em regra, partem do povo e viram texto de Lei, fazendo jus a democracia representativa, consagrada pelo citado artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, em razão das notáveis diferenças entre a sociedade da década de 40 e a atual, tem-se imperiosa a necessidade de exasperar a pena prevista para o crime de corrupção passiva. Não há lugar, levando em conta o senso comum e o ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988, para que o interesse privado venha primeiro que o público. Pelo contrário. O empirismo ensinou o povo brasileiro que beneficiar poucos, mesmo que por intermédio do Código Penal, não leva o país para a frente. Por isso, a maioria da população reprova mais severamente a conduta delituosa que lesa bens públicos.

Assim, tendo em vista que o pensamento acima descrito não é recente, com fortes registros já ao final do regime militar, cabe ao Congresso Nacional adequar as penas previstas



no Estatuto Repressivo à reprovabilidade social, de maneira que o criminoso incurso no delito de corrupção passiva sofra reprimenda mais dura que o delinquente por infração penal contra o patrimônio, pois essa é a vontade atual. Afinal, o sistema de democracia representativa adotado pelo Brasil pede atuação pautada no senso popular, resguardados os direitos das minorias, o que torna inconstitucional qualquer atuação do parlamentar em sentido contrário.

Por fim, observa-se que a mora do Poder Legislativo causa cada vez mais danos à sociedade, na medida em que os escândalos de corrupção se multiplicam com o tempo. É que os inúmeros benefícios penais e processuais fazem com que o funcionário público, apesar da vultuosa lesão cometida, saia do regime privativo de liberdade de forma célere. Justamente por isso, torna-se mais urgente a necessidade de o Congresso Nacional promover a devida exasperação aqui discorrida, fato que atenderia tanto a sociedade quanto a ordem jurídica constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Código Penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 de março de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Lei n. 1079, de 10 de abril de 1950. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 abr. 1950. p. 5425.

_____. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984, p. 10227.

_____. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jul. 1990, p. 14303.



_____. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 sep. 1995, p. 14545.

_____. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Seção 1, Edição Extra, Brasília, DF, 29, sep. 2015, p. 1.

DÉCADA de 40. Disponível em : <http://bit.ly/1Zec8um>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Cristiana. *Revolução Francesa*. Disponível em: <http://www.infoescola.com/história/revolução-francesa/>. Acesso em: 28 fev. 2016.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

HIRATA, Alessandro. *Nelson Hungria: o príncipe dos penalistas brasileiros*. Disponível em: <http://bit.ly/1Vxw8Je>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

HISTÓRIA do Brasil. Disponível em: <http://bit.ly/25BzQlj>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

MANIFESTAÇÕES contra o governo. Disponível em: g1.globo.com/politica/2016/03.manifestacoes-contr-governo-dilma-ocorrem-pelo-pais.html . Acesso em 14 de março de 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

PRESÍDIOS. Disponível em: <http://www.ilhagrande.com.br/ilha-grande/historia/presidios/> . Acesso em: 2 de outubro de 2015.

PRISÃO de Senador. Disponível em: <http://www.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/02/senador-delcidio-do-amaral-reassume-mandato-apos-prisao.html> . Acesso em 1º de março de 2016.

A GUARDA DE REGISTROS NO MARCO CIVIL DA INTERNET: CONSTITUCIONALIDADE?

Pedro Henriques Salles Ribeiro

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo: A Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) inovou no ordenamento jurídico ao prever, em seus artigos 13 e 15, o dever de guarda de registros de conexão e acesso a aplicações de Internet. A polêmica previsão legal não só autoriza como impõe a coleta e o armazenamento generalizado de dados dos usuários da Internet – repercutindo de maneira significativa sobre diversos direitos fundamentais, em especial aqueles ligados à privacidade. Nesse contexto, busca o presente trabalho escrutinar a previsão legal sobre a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, analisando-a à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a concluir se, afinal, tal previsão encontra albergue na ordem constitucional brasileira.

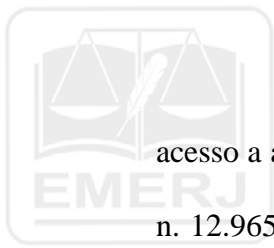
Palavras-Chave: Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Privacidade. Proporcionalidade. Razoabilidade. Marco Civil da Internet. Guarda de registros.

Sumário: Introdução. 1. A Guarda de registros na Lei n. 12.965/2014. 2. Repercussão sobre direitos fundamentais. 3. A guarda de registros de conexão e acesso a aplicativos: análise de constitucionalidade à luz da proporcionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Internet consolidou-se, no século XXI, como uma das mais importantes e presentes ferramentas postas à disposição do homem na sociedade contemporânea. Atento a tal contexto, o legislador brasileiro buscou preencher uma lacuna até então existente em nosso ordenamento jurídico, trazendo, com a Lei n. 12.965/14, sancionada em 23/04/2014, o Marco Civil da Internet. Trata-se do primeiro diploma legal brasileiro inteiramente voltado à regulamentação do uso da Internet.

O presente trabalho tem por escopo a análise dos artigos 13 e 15 do Marco Civil da Internet, os quais trazem a previsão de obrigatoriedade de guarda de registros de conexão e de



acesso a aplicações de Internet. Detendo-se sobre a disciplina dada à guarda de dados pela Lei n. 12.965/14, indaga-se: seriam constitucionais as previsões legais contidas nos mencionados artigos 13 e 15?

A fim de oferecer uma resposta satisfatória ao questionamento proposto, busca-se, no primeiro capítulo deste trabalho, definir o conceito e os limites da guarda de registros de conexão e de acesso no contexto do Marco Civil da Internet, analisando o regramento conferido aos dados pessoais de usuários pela Lei n. 12.965/14.

Em seguida, propõe-se um exame dos impactos advindos das previsões constantes nos artigos 13 e 15 da Lei n. 12.965/14 e sua repercussão sobre os direitos fundamentais, indagando-se de que forma são estes afetados pelo dever de guarda de dados imposto pelo Marco Civil.

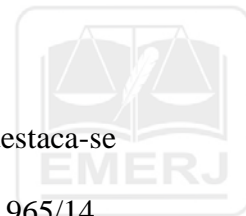
Por fim, dedica-se o último capítulo deste trabalho à questão da constitucionalidade propriamente dita, submetendo o conteúdo dos artigos 13 e 15 ao crivo do princípio da proporcionalidade, analisando sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para tanto, o presente trabalho seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e parcialmente exploratória, já que tem como fontes de pesquisa principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. A GUARDA DE REGISTROS NA LEI N. 12.965/14

A Lei n. 12.965/14¹, sancionada em 23/04/2014, intitulada Marco Civil da Internet, foi editada com o escopo de preencher a lacuna até então existente em nosso ordenamento jurídico no tocante à regulamentação do uso da Internet.

¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.



Dentre os tantos e relevantes temas tratados pelo Marco Civil da Internet, destaca-se o dever de guarda de dados pessoais, disciplinado pelos artigos 13² e 15³ da Lei n. 12.965/14.

Com efeito, buscou o legislador impor a determinados personagens o dever de guarda de registros específicos, com o escopo de permitir uma repressão mais eficaz a ilícitos de natureza civil e penal, possibilitando a identificação do infrator.

O artigo 13 da Lei n. 12.965/14 cuida dos registros de conexão, estabelecendo o dever de guarda, pelo administrador do sistema autônomo respectivo, pelo prazo de um ano.

O artigo 15 do mesmo diploma legal, por sua vez, trata dos registros de acesso a aplicações da internet, impondo ao provedor de aplicações de internet, constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, o dever de guarda pelo prazo de seis meses.

O próprio texto legal ocupou-se em definir o que seriam registros de conexão e registros de acesso a aplicações de internet, conceitos extraídos do artigo 5º da Lei n. 12.965/14⁴:

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.”

³ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

⁴ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)”



Tem-se, assim, que o registro de conexão não armazena dados sobre o conteúdo acessado na internet, mas tão somente informações referentes à data e hora de início de término de uma conexão, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.

O registro de acesso a aplicações de internet, por sua vez, diz respeito a um conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP, do que se extrai que, mediante tal registro, é possível identificar o conteúdo (aplicação) acessado.

De todo modo, “somente através da combinação dos dois tipos de registro é possível identificar o autor de determinada ação praticada na internet”⁵.

É preciso destacar que, relativamente ao registro de dados de acesso a aplicações de internet, a Lei n. 12.965/14 só impôs o dever de guarda às pessoas jurídicas que exerçam essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos. É dizer: eventual provedor de aplicação de internet não constituído sob a forma de pessoa jurídica, ou, ainda, que não exerça atividade organizada, profissional e com finalidade econômica, estará fora do escopo de abrangência da lei, escapando ao dever de armazenar registros de acesso a aplicações.

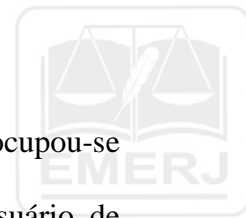
Saliente-se, ainda, que a Lei n. 12.965/14 expressamente vedou a guarda de registro de acesso a aplicações de internet na provisão de conexão, onerosa ou gratuita⁶.

Ao prever o dever de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações, o Marco Civil da Internet refere à necessidade de que tais dados sejam mantidos “sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança”⁷, nos termos do regulamento, ainda pendente de edição.

⁵ CABELLO, Marcos Antonio Assumpção. Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 712.

⁶ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.”

⁷ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Artigos 13 e 15.



De fato, embora imponha a obrigação de armazenamento de registros, preocupou-se a lei, atenta aos seus princípios norteadores⁸, em preservar a privacidade do usuário de internet e a proteção de seus dados pessoais.

Assim é que somente mediante prévia autorização judicial poderá o requerente interessado ter disponibilizado os registros a que aludem os artigos 13⁹ e 15¹⁰ da Lei n. 12.965/14.

Tratando especificamente da requisição judicial de registros, dispôs o Marco Civil da Internet que, para fins de formação de conjunto probatório em processo cível ou penal, poderá a parte interessada, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet¹¹.

Para tanto, determina a Lei n. 12.965/14 que, sem prejuízo dos demais requisitos legais, deve o requerimento em questão apresentar os fundados indícios da ocorrência do ilícito, acompanhado de justificativa motivada acerca da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e, ainda, discriminando o período ao qual se referem os registros cuja disponibilização se pretende. Ausentes um ou mais dos requisitos mencionados, deverá o juiz inadmitir o requerimento formulado.

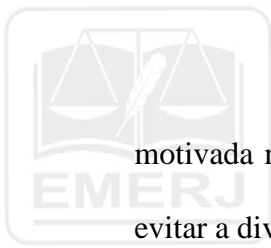
O formalismo exigido pelo Marco Civil da Internet se justifica dentro da própria ótica protetiva à privacidade e ao sigilo de dados de que se imbuí tal diploma legal. A imposição de apresentação de fundados indícios da ocorrência do ilícito e de justificativa

⁸ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]”

⁹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. (...) § 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.”

¹⁰ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. (...) § 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.”

¹¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.”



motivada no tocante à utilidade de tais dados para fins probatórios são cautelas que buscam evitar a divulgação desnecessária e improfícua dos registros¹².

Deferida a ordem de fornecimento dos registros, no entanto, caberá ao juiz adotar as medidas necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário¹³, podendo, para tanto, determinar o segredo de justiça do processo ou especificamente dos dados fornecidos¹⁴.

Em que pese o aparente zelo do legislador ao disciplinar a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, de modo a preservar ao máximo a privacidade e o sigilo de dados do usuário, não escapam as previsões contidas nos artigos 13 e 15 do Marco Civil da Internet de colidir frontalmente com alguns direitos fundamentais básicos, como o direito à inviolabilidade da vida privada, a liberdade de expressão e a presunção de inocência, como se verá a seguir.

2. REPERCUSSÃO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O dever de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet imposto pela Lei n. 12.965/14 acaba por, inevitavelmente, repercutir sobre alguns direitos fundamentais garantidos pela Carta Constitucional de 1988.

O impacto mais frontal e evidente talvez seja aquele relacionado aos direitos afeitos à privacidade do indivíduo.

¹² CABELLO, op. cit., p. 721.

¹³ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

¹⁴ CABELLO, op. cit., p. 720.



Com efeito, estabelece a Constituição¹⁵, em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas¹⁶. Tal dispositivo, de maneira geral, consagra o direito à privacidade, este entendido como “todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”¹⁷.

A privacidade, nesse contexto, assume a acepção de um “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”¹⁸.

A Constituição optou por distinguir, nos termos de seu artigo 5º, inciso X, a “intimidade” da “vida privada”. A intimidade consistiria, nas palavras de René Ariel Dotti, na “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁹. Traduz-se, pois, na prerrogativa do indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros determinados aspectos que se refiram à pessoa mesma²⁰. “Vida privada”, por sua vez, é conceito mais abrangente, podendo ser entendido como “conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida”²¹.

A proteção constitucional da intimidade e da vida privada, destaca José Afonso da Silva, também se verifica na inviolabilidade do domicílio, no sigilo de correspondências e dados e no segredo profissional²².

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) 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.”

¹⁷ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

¹⁸ PEREIRA apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

¹⁹ DOTTI apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 207.

²⁰ *Ibid.*, p. 207.

²¹ *Ibid.*, p. 208.

²² DA SILVA, *op. cit.*, p. 207.



Relevante, no contexto do Marco Civil da Internet e do dever de guarda de registros, é o disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição. Tal dispositivo cuida exatamente da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas²³, reforçando, como ressaltado por José Afonso da Silva, a tutela constitucional sobre os diversos aspectos da intimidade e da vida privada das pessoas.

A tutela assegurada pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição tem natureza dúplice, afeita, de um lado, à liberdade de manifestação de pensamento, ao passo que, de outro, protege também o segredo, este entendido como expressão do direito à intimidade²⁴.

É certo que a Constituição não faz, de maneira expressa, nenhuma referência à transmissão de dados e comunicações realizadas pela internet. E, por óbvio, não poderia mesmo fazê-lo, considerando o tempo histórico de promulgação. Não se pode ignorar, todavia, a abrangência da tutela conferida pela Carta Constitucional à privacidade, em seus diferentes aspectos e desdobramentos.

Note-se que o citado artigo 5º, inciso XII da Constituição refere expressamente à inviolabilidade do sigilo de “dados”, termo abrangente que permite concluir, sem maiores dúvidas, pela incidência tutela constitucional da privacidade também no âmbito da internet.

De se notar, ainda, que a inviolabilidade referida no artigo 5, inciso XII da Carta Constitucional somente pode ser afastada por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Parece evidente, nesse contexto, que a imposição de guarda prévia de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, nos termos da Lei n. 12.965/14, se mostra em rota de colisão com as proteções conferidas pelo artigo 5º, X e XII da Constituição.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

²⁴ GRINOVER apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p. 438.

De fato, embora o artigo 5º, inciso XII da Constituição permita, como visto, seja afastada a inviolabilidade de dados pessoais mediante ordem judicial, e para fins de investigação criminal, tal permissivo não parece ter o condão de autorizar o armazenamento prévio e massivo de dados pessoais, a fim de que possam, futura e eventualmente, vir a ser acessados em decorrência de ordem judicial.

É dizer: a leitura do citado dispositivo constitucional parece apontar para o afastamento da inviolabilidade de dados sempre em momento imediatamente posterior à ordem judicial, jamais em momento prévio a esta.

Nesse sentido, o dever de guarda e armazenamento prévio de dados pessoais, consistentes em registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, por força de lei – e não de ordem judicial – já consistiria, por si só, em afronta ao texto constitucional e à proteção que este pretendeu conferir a dados e informações de caráter privado do indivíduo.

Desse contexto exsurge, ainda, a possível violação ao princípio da presunção de inocência.

A garantia de presunção de inocência encontra previsão no artigo 5º, inciso LVII da Constituição²⁵, o qual plasma a ideia de que ninguém deve sofrer sanção sem culpa²⁶.

Da garantia à presunção de inocência constante do artigo 5º, inciso LVII da Constituição, conjugada com a necessidade de ordem judicial para o afastamento do sigilo de comunicações e dados, para fins de instrução criminal, a que alude o artigo 5º, inciso XII da Constituição, decorre uma conclusão lógica: somente em havendo fundada suspeita da prática de crime, reconhecida em decisão judicial, poderá se dar a quebra do sigilo de comunicação e dados de um indivíduo.

De fato, se a presunção imposta pela Constituição é sempre de inocência, nos moldes de seu artigo 5º, inciso LVII, somente se justificará o afastamento da inviolabilidade do sigilo

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]”

²⁶ DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 441.



de dados e comunicações quando demonstrada, judicialmente, a existência de fundada suspeita de cometimento de crime, o que pressupõe a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade.

Aqui jaz, pois, a crítica ao disposto na Lei n. 12.965/14, no tocante à presunção de inocência: ao impor a coleta e a retenção massiva de dados pessoais e de navegação de todos os usuários de internet, sem prévia demonstração de qualquer suspeita de cometimento de ilícito penal que lhes recaia, o Marco Civil da Internet promove verdadeira presunção de culpabilidade, em flagrante oposição ao disposto no texto Constitucional.

É dizer: ainda que não paire sobre o usuário de internet nenhuma suspeita de cometimento de crime, seus dados pessoais e de navegação já estarão retidos e sob guarda, na forma dos artigos 13²⁷ e 15²⁸ da Lei n. 12.965/14. Tal retenção de dados se dará por força de disposição legal, prescindindo-se da ordem judicial a que alude o artigo 5º, XII da Constituição²⁹.

Inverte-se, assim, a lógica das disposições constantes do artigo 5º, incisos XII e LVII da Constituição, estabelecendo-se vigilância em massa, para fins de persecução penal, sobre dados invioláveis de indivíduos cuja inocência é presumida, nos termos do texto constitucional.

²⁷ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.”

²⁸ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”



Por fim, há que se destacar a repercussão do dever de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet sobre a liberdade de acesso à informação, constitucionalmente garantida nos termos do artigo 5º, inciso XIV da Carta de 1988³⁰.

Leciona José Afonso da Silva, citando Albino Greco, que por “informação” entende-se “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado”³¹.

A liberdade de informação, nesse sentido, compreenderia “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”³².

A liberdade de acesso à informação, portanto, deve ser ampla, respeitados os limites impostos pela Constituição, sendo vedada, fora de tais limites, a imposições de óbices ao acesso e à difusão de informações e ideias.

A guarda de registro de conexão e aplicações de internet, nesse contexto, representa desestímulo ao amplo acesso à informação. É possível que a certeza da vigilância imposta pela Lei n. 12.965/14, na forma de seus artigos 13 e 15, traduza-se em constrangimento, ao usuário de internet, no acesso a determinados conteúdos de caráter informacional ou cultural.

Trata-se, por certo, de repercussão negativa e indesejável, sobretudo quando se tem em vista todo o potencial da internet na promoção da cultura e do acesso à informação.

Como se vê, as disposições a respeito da guarda de registros de conexão e aplicações de internet impactam, direta ou indiretamente, e de forma mais ou menos significativa, diversos direitos e liberdades constitucionalmente asseguradas.

Nesse contexto, indaga-se: seriam tais disposições compatíveis com a Constituição?

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]”

³¹ DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 245.

³² Ibid., p. 246.



3. A GUARDA DE REGISTROS DE CONEXÃO E ACESSO A APLICATIVOS: ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE.

Como visto, as disposições da Lei n. 12.965/14, no tocante à obrigatoriedade de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, repercutem significativamente sobre alguns direitos fundamentais – notadamente no que tange à inviolabilidade do sigilo de dados e comunicações (art. 5º, inciso XII da Constituição)³³.

Parece relevante indagar, nesse contexto, se o dever de guarda de registros imposto pela Lei n. 12.965/14 encontra, à luz do princípio razoabilidade e da proporcionalidade, amparo no texto constitucional brasileiro.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade são conceitos que, em linhas gerais, mantêm relação de fungibilidade³⁴.

Em verdade, a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial relevância no direito norte-americano, onde se desenvolveu a doutrina do devido processo legal substantivo³⁵. A noção de devido processo legal foi consagrada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição norte-americana, servindo de rico fundamento para a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos³⁶.

Pontua Luís Roberto Barroso que, no direito norte-americano, o devido processo legal substantivo (*substantive due process*³⁷) se tornou “fundamento de um criativo exercício

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

³⁵ Idem, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

³⁶ Ibid., p. 256.

³⁷ Idem, op. cit., 2009, p. 225.



de jurisdição constitucional”³⁸ e um “importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”³⁹.

É da ideia de *substantive due process* que se extrai a noção de razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*) das normas, abrindo espaço para o exame de mérito dos atos do Poder Público⁴⁰.

Destaca Luis Roberto Barroso que a cláusula do *substantive due process*

[...] enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual.

O princípio da razoabilidade, assim, constitui, no direito norte-americano, desdobramento da ideia de devido processo legal substantivo, servindo como critério de exame da constitucionalidade de leis. Trata-se de princípio cultivado dentro do sistema da *common law*, baseado em precedentes sucessivos, desenvolvido sem preocupação com formulações doutrinárias sistemáticas⁴¹.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, está associado ao sistema jurídico alemão. Caracteriza-se por seu desenvolvimento dogmático mais analítico e sistematizado, próprio de suas raízes romano-germânicas⁴², sendo conceito cuja evolução se deu no âmbito do direito administrativo, como ferramenta de controle de atos do Poder Executivo⁴³ – embora encontre aplicabilidade, também, no controle de atos do Poder Legislativo.

De fato, em matéria de excesso de poder legislativo como manifestação de inconstitucionalidade, leciona Gilmar Ferreira Medes que a observância do princípio da proporcionalidade implica em “aferir a compatibilidade da lei com os fins

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibid., p. 225-226.

⁴¹ Idem, op. cit., 2009, p. 257.

⁴² Ibid., p. 258.

⁴³ Ibidem.



constitucionalmente previstos”, procedendo-se à “censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo”⁴⁴.

Em que pese a origem diversa, com evolução em sistemas jurídicos distintos e abordagem dogmática diferenciada, afirma Luís Roberto Barroso que tanto o princípio da proporcionalidade quanto o princípio da razoabilidade “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”⁴⁵. Por tal razão, como já salientado, considera o autor que razoabilidade e proporcionalidade são conceitos intercambiáveis⁴⁶.

Com efeito, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que permitem o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público⁴⁷. Por meio de sua aplicação, busca-se conferir à norma a interpretação que melhor realiza o seu fim constitucional⁴⁸.

Embora não estejam expressos na Constituição brasileira, decorrem das ideias de devido processo legal substantivo e de justiça⁴⁹, encontrando ampla utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Feitas tais considerações, revela-se adequada, para fins de análise da constitucionalidade do disposto nos arts. 13 e 15 da Lei n. 12.965/14, a utilização do princípio da proporcionalidade na forma fixada pela dogmática alemã.

De acordo com a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade se desmembra em três subprincípios (ou postulados, como prefere Alexy⁵⁰): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵¹.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

⁴⁵ BARROSO, op. cit., 2009, p. 258

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 363.

A adequação traduz-se na “idoneidade da medida para produzir o resultado visado”⁵². É dizer: o meio empregado deve ser adequado a persecução do fim desejado⁵³, sobre pena de violação à razoabilidade⁵⁴.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, impõe o exame quanto à existência de meio menos gravoso para a persecução da finalidade almejada⁵⁵. O meio não será considerado necessário se um mais suave ou menos restritivo estiver disponível⁵⁶.

Por fim, fala-se no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que implica em ponderação entre “o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”⁵⁷⁵⁸.

Esclarece ALEXY⁵⁹ que

[...] a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. (...) O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Fixadas tais balizas, torna-se possível o exame de proporcionalidade das disposições dos artigos. 13⁶⁰ e 15⁶¹ da Lei n. 12.965/14.

⁵⁰ ALEXY apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

⁵¹ BARROSO, op. cit., 2009, p. 259.

⁵² Ibid., p. 260.

⁵³ ALEXY apud MENDES, op. cit., p. 42.

⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 260.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ ALEXY apud MENDES, op. cit., p. 42.

⁵⁷ BARROSO, op. cit., p. 260.

⁵⁸ Exemplifica Luis Roberto Barroso: “Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência.” BARROSO, op. cit., p. 260.

⁵⁹ ALEXY apud MENDES, op. cit., p. 42.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.”

⁶¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins



Ora, a guarda obrigatória de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet é medida adequada a alcançar a finalidade almejada pela lei, qual seja, o combate a ilícitos de natureza cível e penal⁶², praticados no âmbito ou por meio da internet?

A resposta deve ser positiva. Não há como se negar que, de fato, a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos possibilitará resposta mais eficaz e célere a prática de ilícitos, fornecendo substrato probatório relevante a eventuais demandas judiciais.

É, todavia, medida necessária?

Como já assinalado, a necessidade implica a análise de existência de meio menos gravoso na busca pelo fim desejado⁶³. Nesse sentido, indaga-se: haveria meio menos gravoso para a repressão a ilícitos praticados por meio da internet?

A resposta, aqui, tende a ser negativa. De fato, a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos, tal qual disciplinada pelos artigos 13 e 15 da Lei n. 12.965/14, não logra ultrapassar o exame de proporcionalidade à luz do subprincípio da necessidade.

Com efeito, há que se concluir que medidas outras, mais suaves e menos intrusivas à privacidade dos usuários poderiam ser adotadas, sem que tal prejudicasse o combate a ilícitos praticados no âmbito da internet.

A guarda de dados de conexão e acesso a aplicativos, de forma generalizada e apriorística, tal qual disposto na Lei n. 12.965/14, é medida de significativa gravidade, que impacta em diversos direitos fundamentais do usuário – em especial os direitos de privacidade⁶⁴.

Por certo, medidas outras poderiam alcançar a mesma finalidade. Veja-se, a título exemplificativo, que a coleta e quebra de sigilo de dados de forma individualizada e

econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

⁶² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.”

⁶³ BARROSO, op. cit., p. 260.

⁶⁴ DA SILVA op. cit., p. 206.



específica⁶⁵, após investigação prévia – que reunisse, minimamente, elementos indiciários de autoria e materialidade –, seria igualmente apta a constituir conjunto probatório idôneo, possibilitando resposta judicial adequada e eficaz ao ilícito praticado.

Ainda que, por hipótese, se admita, para fins de análise de proporcionalidade, que a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos de internet é medida necessária, não seria possível superar o critério da proporcionalidade em sentido estrito.

De fato, em exercício de ponderação^{66 67}, há que se concluir pela evidente desproporcionalidade da medida instituída pelos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14.

Como já ressaltado, a guarda generalizada de dados de usuários de internet é medida extremamente gravosa. E, embora não se negue a relevância do combate ao cometimento de ilícitos no âmbito da internet, é certo que o sacrifício em potencial da privacidade de todos os usuários, com armazenamento de seus dados de conexão e de acesso a aplicativos pelas pessoas indicadas nos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14, configura medida manifestamente desproporcional em sentido estrito.

O que se nota, portanto, é que as disposições constantes dos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14, referentes à guarda de dados de usuários de internet, fracassam quando submetidas ao crivo do princípio da proporcionalidade – em especial no que tange aos critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁵ Sempre após ordem judicial fundamentada, conforme disposto no 5º, inciso XII da Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

⁶⁶ “Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional).” BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

⁶⁷ “Simplificadamente, é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. (...) Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades. (...) Na terceira fase – a fase da decisão – se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa.” BARCELLOS, op. cit., p. 57-58.



E, em se tratando de lei restritiva de direito fundamental, a qual viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14.

CONCLUSÃO

A obrigatoriedade de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos de internet, instituída pela Lei n. 12.965/14, teve por escopo facilitar a prevenção e a repressão de ilícitos civis e criminais praticados no âmbito da internet, fornecendo substrato probatório a eventuais demandas judiciais.

Não se pode ignorar, todavia, que tal inovação legal acaba por colidir e repercutir sobre diversos direitos fundamentais: acesso à informação, presunção de inocência e, notadamente, direitos relacionados à privacidade – como a inviolabilidade de dados.

Nesse contexto, o presente artigo pretendeu investigar se as disposições constantes dos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14 se mostrariam constitucionais, em uma análise à luz da razoabilidade e da proporcionalidade.

Submetendo-se os referidos artigos ao exame do Princípio da Proporcionalidade – composto pelos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – concluiu-se que a obrigatoriedade de guarda de registros de dados instituída pela Lei 12.965/14, nos termos dos artigos 13 e 15, é medida que não se mostra necessária e proporcional em sentido estrito.

O que se tem, portanto, é uma previsão legal restritiva de direito fundamental, a qual viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Tal constatação indica que os citados artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14 padecem de vício de inconstitucionalidade substancial, tendo

o legislador ordinário excedido os limites do poder de conformação que lhe é conferido pela Constituição.

REFERÊNCIA

ALEXY apud. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 14 out. 2015.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

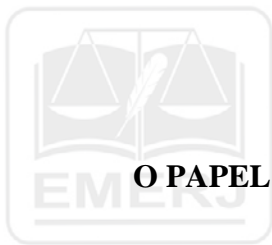
DOTTI apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRINOVER apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.



O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Rafael de Oliveira Galluggo

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Pós-graduando em Direito Público e Privado
pela Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro-EMERJ.

Resumo: A Administração Pública tem por dever a implementação de políticas públicas que se coadunem com os objetivos fundamentais da República, sendo a dignidade da pessoa humana um de seus principais. No entanto, por reiteradas vezes, a Administração se omite na concretização desses objetivos, utilizando-se da teoria da reserva do possível como linha argumentativa para se exonerar de eventual responsabilidade. Nesse contexto, tem-se a importância desse estudo, que trabalha a possibilidade de o Poder Judiciário, cuja função precípua é a jurisdicional, implementar medidas que visem a assegurar esses objetivos fundamentais, em especial quando envolver violação à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Reserva do Possível. Ativismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. A importância do princípio da dignidade da pessoa humana pós Constituição de 1988. 2. Teoria da reserva do possível como fundamento ao não atendimento de políticas públicas essenciais. 3. Ativismo Judicial e sua importância na proteção à dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para determinar que a Administração Pública, frente à arguição da teoria da reserva do possível, realize medidas de forma a garantir direitos essenciais que, caso não efetivados, venham a violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Procura-se demonstrar que, por diversas e reiteradas vezes, a Administração Pública se utiliza do argumento de falta de verbas, ou do poder de discricionariedade no direcionamento das mesmas, evocando a teoria da reserva do possível para, na realidade, ocultar eventuais ilícitos ou omissões.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias sobre o tema, bem como a jurisprudência, em especial recente decisão do Supremo Tribunal Federal, determinando que a

Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios, para garantir os direitos fundamentais dos presos.

A Constituição da República possui como um de seus fundamentos justamente a dignidade da pessoa humana, que é verdadeiro princípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Portanto, situações em que a Administração Pública se omite ou não faz o devido direcionamento das verbas públicas favorecem a algumas reflexões: ao determinar que a verba pública seja direcionada para realização de determinado fim, estaria o Poder Judiciário violando o princípio constitucional da separação dos poderes? Até onde vai o poder discricionário do administrador público? A teoria da reserva do possível pode ser considerada como fundamento para omitir má gestão da verba pública?

O tema é controvertido, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, especialmente no que refere à violação ou não do princípio da separação dos poderes, prevista no texto constitucional.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “dignidade da pessoa humana”, especialmente após a edição da Constituição da República de 1988, e compreender como a proteção a tal princípio autorizaria o Poder Judiciário a intervir no que, em princípio, seria de competência do Poder Executivo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando justamente a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou após a edição da Constituição de 1988, dando atenção especial no que tange à recente vulgarização de tal princípio.

No segundo capítulo do trabalho, busca-se apresentar e demonstrar como, por reiteradas vezes, o administrador público, por má gestão da verba pública, e se utilizando de forma abusiva da teoria da reserva do possível, não realiza as medidas necessárias à efetivação de direitos fundamentais, que refletem diretamente na dignidade humana.



O terceiro capítulo destina a examinar o ponto nevrálgico do trabalho, que consiste na possibilidade de o Poder Judiciário, em chamado ativismo judicial, adentrar ao que seria de competência do Poder Executivo, para determinar as medidas necessárias, à luz do caso concreto, para efetivação dos direitos e garantias previstos na Constituição da República.

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

1. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe, pela primeira vez na história do Brasil, a dignidade como fundamento do Estado Brasileiro (CF, art. 1º, inciso III)¹. O país que inaugurou a dignidade da pessoa humana como princípio de valor constitucional foi a Alemanha, na sua Constituição de 1949.

Tal princípio emanou em um contexto de pós-guerra, em especial a segunda guerra mundial, quando foram cometidos diversos atentados contra a vida, saúde, e dignidade de seres humanos de diversas nacionalidades em geral. Observou-se a necessidade de se consagrar direitos e condições mínimas para todo e qualquer ser humano, de sorte que sua dignidade fosse mantida, mesmo em casos de guerra.

¹ BRASIL *Constituição da República*. 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”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 20 de abril de 2016.



Importante se faz a observação de que nenhum diploma jurídico, nacional ou internacional, conceituou o que seria a dignidade da pessoa humana, razão pela qual esta é uma expressão que suporta diversos conceitos.

No Brasil, esse princípio se tornou normal fundamental do Estado a partir de 1988, conforme já dito, em um ambiente de redemocratização do país, onde diversos direitos e garantidas individuais foram suprimidos, pelo regime ditatorial antecedente. O intuito de resguardar a supremacia do regime democrático, bem como todos os direitos e garantias individuais recém-criados fizeram com que o legislador constituinte erigisse a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

Não obstante a dignidade da pessoa humana possuir conceito polissêmico, um dos conceitos mais adotados e aceitos pela comunidade jurídica internacional é aquele elaborado por Immanuel Kant, no sentido de que a dignidade da pessoa humana se fundamentaria na natureza racional do ser humano, sendo este digno por natureza. Sob este prisma, a dignidade seria um atributo natural do homem e não uma concessão do Estado, razão pela qual todos os cidadãos do mundo teriam dignidade, pouco importando se determinado ordenamento jurídico o reconhecesse expressamente ou não. Daí porque se falar em respeito (e não direito) à dignidade da pessoa humana.²

Portanto, a dignidade da pessoa humana, conforme já visto, comporta diversos significados, podendo ser extraída de diversas dimensões, tal como a ontológica, a histórico-cultural, e inclusive política. Portanto, limitar o conceito é algo difícil, a verdadeira importância aqui é entender não o máximo, mas sim o mínimo necessário para se considerar a dignidade respeitada.

O substrato mínimo para compreendermos dignidade humana pode ser extraído do pensamento kantiano, que veda a coisificação e instrumentalização do ser humano. Mesmo para

² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006, p. 134 e 141.



os autores que seguem uma linha historicista e negam um fundamento absoluto para os direitos do homem, como Norberto Bobbio, pelo menos dois direitos seriam absolutos: o direito a não ser escravizado e o direito a não ser torturado.

Nos tempos atuais, tem-se a noção de que, mesmo não sendo o ser humano escravizado e torturado, este poderá claramente sofrer violação a sua dignidade. Fica evidenciada aqui a dificuldade de se traçar o mínimo necessário para que se entenda a dignidade como violada, especialmente com civilizações influenciadas por culturas extremamente diversificadas.

Há de se constatar que o direito caminha para uma conceituação mínima do que venha a ser dignidade da pessoa humana, uma espécie de consenso. Para isto, a questão não é tanto o que é, mas sim em quais situações há flagrante violação ao princípio em tela.

O fato de se considerar a dignidade humana como um atributo próprio de cada indivíduo, conforme a corrente kantiana, levando diversos juristas a preferir usar a expressão direito ao respeito à dignidade, mormente o fato de uma definição não ser possível, faz com que o princípio ganhe força e possa ser usado universalmente, não o impedindo a variação histórico-cultural acerca dos conceitos de dignidade. Devido a ideia de a dignidade humana ser uma expressão que contém o próprio cerne do significado do indivíduo, isto se torna o elemento primordial para a sua força perante o ordenamento jurídico, mesmo que um consenso quanto ao significado do termo ainda não tenha sido alcançado.³

Isso posto, tendo em vista uma difícil fixação do conceito de dignidade da pessoa humana, multiplicam-se decisões dos tribunais acerca dos mais variados assuntos em que é alegada violação deste princípio, muitas vezes de forma exagerada, o que contribui sobremaneira para a deturpação do sentido que melhor lhe possa ser atribuído. O aumento desenfreado de invocações ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana faz com que haja uma

³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

banalização do seu uso, o que contribui para o enfraquecimento e a própria desautorização do conceito, o que é algo extremamente grave.

Tal panorama se intensificou tendo em vista a situação atual em que a ciência jurídica vive, caracterizada pelo pós-positivismo. Um dos eixos do Pós-Positivismo, portanto, é a valorização dos princípios, reconhecendo-se a sua força normativa e a importância destes para o cenário jurídico, servindo-se muitas vezes de norteadores para as diversas leis existentes. Neste diapasão, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser verdadeiro princípio, ocupa um papel de destaque.

Nesse ínterim, mister se faz também a análise do Princípio Democrático, para entendermos a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Podemos dizer que a democracia forma, ao lado da dignidade da pessoa humana, o eixo de sustentação de toda a ordem constitucional brasileira. Isto fica evidente ao analisarmos o art. 1º da Constituição Federal, que traz como fundamento do Estado brasileiro a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), o pluralismo político (inciso V), além do parágrafo único estabelecer, *in verbis*: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Por fim, insta estabelecer que a dignidade da pessoa humana, conforme todo exposto, não poderá ser suprimida, inclusive por escolha da maioria, como consequência do princípio democrático. A sociedade não pode, apenas por ser maioria, suprimir direitos que violem a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ante a todo exposto, tendo em vista a importância de tal princípio, é que se irá posteriormente estabelecer que ao Poder Judiciário incumbe a devida observância do mesmo, mesmo que tenha que adentrar, parcialmente, ao mérito de decisões que devam ser tomadas pelo Poder Executivo. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana permite, com parcimônia, que o princípio da separação dos poderes seja mitigado.



2. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FUNDAMENTO PARA O NÃO ATENDIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS.

A tese da “reserva do possível” teria origem na Alemanha, na década de 1970. Tal tese, conforme originalmente estabelecida, traria a questão dos limites econômico-financeiros em relação aos direitos sociais de cunho prestacional, limitando a possibilidade de o Estado vir a atendê-los em sua plenitude. Nesse sentido, temos os ensinamentos de Ingo Sarlet:

A utilização da expressão ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.⁴

O caso paradigma que deu origem a tal teoria, na Alemanha, envolvia uma lei que havia limitado o número de vagas para ingresso em determinados cursos universitários tendo em vista a grande quantidade de interessados.

Alguns estudantes alemães entenderam, com fundamento no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, que todo cidadão alemão teria direito de escolher sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação⁵.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237.

⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287

Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que o direito de obter admissão nos referidos cursos universitários estaria limitado pela reserva do possível, no sentido de que tal limite estaria dentro daquilo que o indivíduo possa, razoavelmente, esperar do Estado. Em outras palavras, de que certos direitos não são possíveis de ser garantidos de forma plena, a todos os cidadãos, por uma limitação de ordem prática.

Neste ponto, se faz importante a observação de que, na Alemanha, na época em que a teoria foi elaborada, não existia um entendimento de que os direitos sociais seriam direitos fundamentais, de sorte que sua efetivação poderia sim ser limitada pelo legislador. Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres leciona:

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a ‘reserva democrática’, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador⁶

Dessa forma, em sua acepção original, tem-se a ideia de que seria plenamente legítimo, à luz da reserva do possível, que o Administrador Público deixasse de implementar políticas sociais relevantes, haja vista seu poder discricionário para tal, de sorte que tais direitos sociais eventualmente violados não poderiam ser buscados no Poder Judiciário.

Com efeito, a transposição de institutos jurídicos de um sistema jurídico para outro não é tão simples quanto parece. Diversos fatores sociais e econômicos devem ser observados. Em especial, quanto à teoria da reserva do possível, por óbvio que sua aplicação perante o ordenamento jurídico brasileiro deverá atender a diversas peculiaridades que certamente diferem daquilo que se apresentou no contexto alemão.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324



Quanto a adaptação da teoria da reserva do possível ao ordenamento jurídico brasileiro, se faz relevante a lição de Ana Carolina Lopes Olsen⁷, ao disciplinar que referida teoria deve ser observada sob dois aspectos (i) quanto a lógica, de sorte a reserva do possível impediria que se exigissem do Estado prestações logicamente impossíveis e, (ii) quanto à existência de recursos materiais, de maneira que a reserva do possível impediria a exigência de prestações do Estado quando não houvesse disponibilidade fática ou jurídica dos recursos para sua efetivação.

Percebe-se que é neste segundo sentido, qual seja, referente à disponibilidade fática e jurídica de recursos, que a teoria da reserva do possível possui maior relevância, não raro sendo utilizada para não efetivação de direitos sociais fundamentais, que por via de consequência acabam por violar a dignidade da pessoa humana.

É evidente que o Estado nem sempre terá dinheiro para arcar com todos as suas obrigações, isso é um fato. Porém, o que o Estado poderá e deverá fazer, é eleger a prioridades que deverão ser atendidas, assim entendidas aquelas que garantam as necessidades básicas do cidadão brasileiro, em especial os de baixa renda.

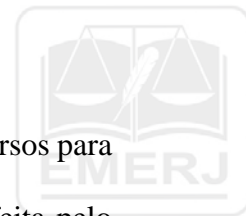
Portanto, quando o Administrador Público se utiliza de recursos para construção de uma rodovia, por exemplo, enquanto comprovadamente faltam materiais hospitalares básicos em diversos hospitais sob sua administração, resta evidente que evocar a teoria do possível nesse caso não seria um argumento juridicamente válido.

Sobre o ponto leciona, de forma brilhante, Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse ‘vontade política’, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável.⁸

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 204-205.

⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 209.



Dessa forma, se faz eminentemente necessário verificar se a ausência de recursos para uma determinada prestação não é decorrente de alocação de alocação de recursos feita pelo Poder Público, contrariamente às disposições constitucionais.

Em regra, a Constituição não disciplina, de forma detalhada, onde e como deverão ser gastados os recursos públicos, porém é indubitável que, dentre as prioridades eleitas pelo Constituinte, a efetivação de direitos fundamentais que garantam a dignidade da pessoa humana é uma das principais.

Assim, é possível dizer que a discricionariedade do Administrador Público possui parâmetros, não podendo ser confundida com arbitrariedade, devendo observar todos os ditames constitucionais, de sorte que a avocação da teoria da reserva do possível como argumento para não consecução dos objetivos mais fundamentais do Estado caracteriza verdadeiro ilícito, sendo plenamente possível de ser revisto pelo Poder Judiciário.

3. ATIVISMO JUDICIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Um dos temas de maior relevância no contexto jurídico atual é justamente o chamado ativismo judicial. Para entendê-lo, antes se faz necessária a análise de um conceito prévio, qual seja, o de Judicialização.

Judicialização, à luz do que dispõe Barroso, seria um fenômeno no qual o Poder Judiciário passasse a decidir questões de larga repercussão política e social, em substituição a



outros órgãos representativos de funções republicanas, tais como o Congresso Nacional e a Presidência da República.⁹

Tal fenômeno é bastante complexo e possui diversas causas. Luís Roberto Barroso aponta três principais causas para o surgimento de tal situação no Brasil, quais sejam: (i) a redemocratização do país, a partir da promulgação da Constituição Federal da República de 1988; (ii) a chamada Constitucionalização Abrangente, que deu *status* constitucional a diversas matérias que anteriormente possuíam tratamento infraconstitucional; e (iii) o Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.¹⁰

Portanto, tendo em vista a maior relevância política do Judiciário, o maior volume de matérias com tratamento constitucional, em conjunto com um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, tem-se que a Judicialização é um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado pós Carta de 1988, e não apenas um exercício deliberado partido do Judiciário.

Feitas tais considerações, parte-se para análise do conceito de ativismo judicial. Tal conceito, no entender de Barroso, seria a forma pela qual o Poder Judiciário se decide se comportar, diante do fenômeno da Judicialização. Estaria associada a uma “participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.¹¹

Não obstante, muitas críticas são feitas ao controle de políticas públicas feita pelo Poder Judiciário. As duas principais críticas seriam: (i) de que a intervenção do Poder Judiciário violaria o princípio da separação de poderes e; (ii) de que o Judiciário não possuiria meios

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2016.

¹⁰ *Ibid.*, Acessado em 30 de abril de 2016.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.



suficientes para aferir se a destinação dos recursos pública se deu efetivamente de forma legal, constitucional ou não.

Fato é que o Brasil, país historicamente carente de políticas públicas sociais, passa a viver momento de compromisso com a efetividade de suas normas, em especial as constitucionais, que possuem aplicabilidade imediata e refletem verdadeiros objetivos da República.

Sendo assim, resta evidente que o controle jurisdicional das políticas públicas, em especial as que visam atender à direitos fundamentais, caso revistas pelo Poder Judiciário, não irão ferir a discricionariedade do Administrador Público, pelo contrário, irão sim fazer com que esta seja obedecida, e não seja confundida com verdadeira arbitrariedade, conforme não raro acontece no Brasil.

Ana Paula de Barcellos, em lição sobre o tema disciplina que, a macro justiça somente será alcançada se forem atribuídos aos indivíduos os bens essenciais à dignidade humana, ou seja, se forem consideradas as micro-justiças. Segundo a autora, “a ‘macro-justiça’ – assim como a clássica noção de interesse público -não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas”¹². Assim, conclui que haverá injuricidade na concepção da macro-justiça se não se respeitarem os direitos mínimos à vida digna dos indivíduos.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, oriundo do Rio Grande do Sul, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que reformou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para determinar reformas em casa de albergado, não efetivadas pela Administração Pública local.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 139.



Sobre a decisão, importante se faz a transcrição de passagem do voto do Min. Relator:

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema¹³

No referido julgamento o Ministro Relator entendeu que a dignidade da pessoa humana possui eficácia plena e imediata, consubstanciada no caso pela disposição do art. 5º, inc. XLIX, da Constituição da República, de sorte que a intervenção judicial no presente caso não violou o Princípio da Separação dos Poderes e os limites da reserva do possível.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar com o presente artigo que, tendo em vista o novo panorama constitucional que se estabeleceu após 1988, em conjunto com todas as mudanças políticas e sociais vividas pelo país, a utilização da reserva do possível como limite à efetivação de políticas públicas que garantam o princípio da dignidade da pessoa humana, não é argumento juridicamente subsistente, de sorte que caberá ao Poder Judiciário, de forma absolutamente legítima, rever tal decisão, alocando os recursos públicos em consonância com o previsto na Constituição.

A alocação de recursos público, bem como a elaboração de políticas públicas é, indubitavelmente, uma atribuição precípua do Poder Executivo, de sorte que jamais caberá ao Poder Judiciário tomar partido destas funções. Porém, nos casos em que a dignidade da pessoa

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>> . Acessado em 01 de maio de 2016.



humana se demonstrar violada por não ter o Administrador Público agido como deveria, deverá o Poder Judiciário agir em seu nome, garantido princípios básico e fundamentais da República.

É importante salientar que não caberá ao Judiciário se imiscuir na discricionariedade que permeia a forma de administrar. Caberá sim, a intervenção judicial quando premissas basilares, quando garantia fundamentais forem deixadas de lado, não havendo que falar em violação do princípio da separação dos poderes ou superação dos limites da reserva do financeiramente possível.

Existem situações em que não haverá ponderação, de sorte que os recursos públicos deverão ser necessariamente investidos para o alcance de determinado fim, quando houve possibilidade de violação de direitos básicos do ser humano.

Portanto, à luz do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a conclusão do artigo é no sentido de que, não apenas em situações que envolvam presídios, mas sim em todas as outras situações em que se vislumbre eventual violação de direitos fundamentais, que ocasionem ofensa à dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário poderá e deverá agir.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Lex: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 de abril 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em 30 de abril de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O DIREITO DO TRANSEXUAL DE SER TRATADO DE FORMA SOCIALMENTE CONDIZENTE COM A SUA IDENTIDADE SEXUAL.

Rafaela da Cunha Nascimento

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Advogada. Pós-Graduada pela Escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro em direito público e privado na preparação para a carreira da magistratura.

Resumo: No contexto social atual é crescente o número de transexuais que realizam procedimentos médicos a fim de que suas identidades psíquicas e físicas entrem em consonância. Diante dessa realidade e da ausência de regulamentação legal específica, é imperiosa a discussão jurídica acerca do alcance dos direitos fundamentais dessas minorias, especialmente no que concerne ao tratamento social condizente com sua identidade sexual no que diz respeito ao registro civil, o qual, sem dúvidas é expressão inequívoca da dignidade da pessoa humana, fundamento insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Dignidade da pessoa humana. Direito à identidade sexual. Direito ao nome. Jurisprudência.

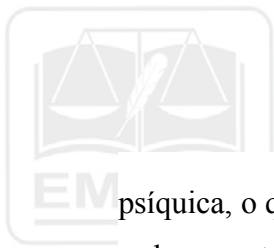
Sumário: Introdução. 1. Conceito de Dignidade da pessoa humana e o direito à identidade sexual. 2. Direito ao nome. 3. Evolução jurisprudencial do tratamento condizente com a identidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de análise o direito do transexual de ser tratado de forma condizente com a sua identidade social no ordenamento jurídico pátrio. O tema, que ganhou maior relevo nos tempos atuais, traduz sua importância pelo fato de que o sexo não deve mais ser considerado um elemento fisiológico determinado pela natureza e imutável.

De um lado, há na sociedade um número crescente e expressivo de pessoas que possuem convicção firme de que pertencem ao sexo oposto do biologicamente determinado e que não somente repudiam suas características físicas e seus órgãos sexuais, como também vivenciam inúmeras dificuldades de convívio social em razão da discordância de gênero.

De outro lado, os crescentes avanços científicos permitem que esses indivíduos realizem intervenções em seu corpo, a fim de transformá-lo e adequá-lo à sua realidade



psíquica, o que de certo consiste de expressão da dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento pátrio insculpido no artigo 1, inciso III da Carta Magna.

Diante dessa realidade inovadora e da ausência de regulamentação específica que discipline situações como essa, inúmeros casos de violação aos direitos fundamentais das minorias têm sido levados ao Supremo Tribunal Federal, que por sua vez reconheceu recentemente a repercussão geral de recursos extraordinários sobre o tema, os quais serão abordados futuramente, diante da sua relevância social e do seu dever de se manifestar acerca da aplicação de direitos constitucionais. Portanto, faz-se necessária a discussão jurídica acerca do alcance dos direitos fundamentais nesses casos, em especial o alcance do direito fundamental de tratamento condizente com a identidade social dos transexuais, bem como uma análise da evolução jurisprudencial sobre o tema no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Para tanto, no primeiro capítulo será feita uma análise do conceito de dignidade da pessoa humana e do direito à identidade sexual e sua evolução nas sociedades contemporâneas.

No segundo, a análise do direito ao nome e a possibilidade de alteração do registro civil de acordo com a lei e jurisprudência.

Por fim, no último capítulo, uma breve exposição acerca da jurisprudência sobre o tema dos Tribunais Superiores.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e histórica, com análise da evolução jurisprudencial sobre o tema.

1. O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IDENTIDADE SEXUAL

A questão do direito do transexual de ser tratado de forma condizente com a sua identidade sexual passa inicialmente pela reflexão acerca do conceito da dignidade da pessoa humana. Como fundamento jurídico, a dignidade da pessoa humana passou a ser, no ordenamento pátrio e em diversos outros ordenamentos, um parâmetro a ser seguido na aplicação de direitos extremamente relevantes para o convívio social, e, especialmente, o norte usado pelo Poder Judiciário no momento da interpretação e aplicação de leis.

O processo de consolidação da dignidade da pessoa humana como parâmetro possui origem religiosa, pois a própria Bíblia trouxe em seu texto a concepção de que o homem fora feito à imagem e semelhança de Deus. Durante o Iluminismo o conceito se aperfeiçoa, já que o homem, e não Deus, passa a desempenhar o papel de protagonista da história social. E, posteriormente, o conceito de dignidade ganha contornos próprios, especialmente após o fim da 2ª Guerra Mundial, em razão da necessidade restabelecimento das garantias mínimas dos cidadãos após os efeitos devastadores trazidos pelos regimes totalitários.

Durante o período pós-guerra, no âmbito internacional diversas Constituições passaram a prever a dignidade da pessoa humana em seus textos, tamanha a necessidade de dar novos contornos aos direitos fundamentais, em especial a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que fora pioneira ao estabelecer a sua inviolabilidade. Ressalve-se ainda que, diversos outros países, ainda que não diretamente afetados pelos efeitos devastadores gerados pela 2ª Guerra Mundial, tomaram a dignidade da pessoa humana como garantia expressa no texto constitucional, ou passaram a aplicá-la na argumentação jurídica em diversos tribunais.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, Ano 101, Volume 919, páginas 127-196, mai. 2012.



No ordenamento pátrio, se observa que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de dignidade da pessoa humana, previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, passou a ser debatido pelos Tribunais, na tentativa de delimitação de sua abrangência, sempre sendo tomado como parâmetro na fundamentação de questões de ampla complexidade, em especial as surgidas em decorrência dos novos contornos sociais, como a que será tratada adiante.

Por se tratar de um conceito abrangente, a dignidade da pessoa humana assume diversas facetas em cada caso concreto, mas sua essência é indubitável: cada ser humano possui um valor intrínseco. Diante disso, há um consenso na jurisprudência de que ela consiste num valor geral, característico das democracias modernas.

Muito embora haja tal consenso, deve ser feita uma ressalva: não há espaço para conceitos absolutos no ordenamento. Sendo assim, e não raras vezes, o conceito de dignidade da pessoa humana é suprimido parcialmente em sua aplicação, garantindo, assim, o espaço de coexistência para outro direito, igualmente cabível no caso concreto.

Exemplo notável dessa ponderação de valores se deu com a descriminalização do aborto de feto anencéfalos. Na ocasião do julgamento de ação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, se ponderou que, ao lado da proteção dada pelo ordenamento pátrio à vida do feto, residia o direito de integridade física e psicológica da mulher. Assim, restou decidido que, embora o feto anencéfalo tenha o pleno desenvolvimento de algumas de suas funções vitais, a função cerebral, cujo fim determina a ocorrência da morte para todos os efeitos jurídicos, sequer havia se iniciado, não havendo, portanto, vida a se garantir. Ademais, se ponderou que não se podia impor à mulher, quem de fato se submete a todo o processo de

gestação, a manutenção de uma gravidez que não lhe dará um filho com vida plena contra a sua vontade.²

Como visto, em todo processo de ponderação de valores a dignidade da pessoa humana atua não somente como estrutura da discussão jurídica, como também assume um papel interpretativo de direitos fundamentais. Assim, ela conduz a interpretação subjetiva do julgador, ajudando-o a estabelecer o seu sentido em cada caso concreto que se apresenta, e, em especial na discussão proposta, como será visto adiante. Além disso, o núcleo da dignidade da pessoa humana funciona como norte nos casos em que há lacunas legais, ambiguidades interpretativas e colisões entre direitos.

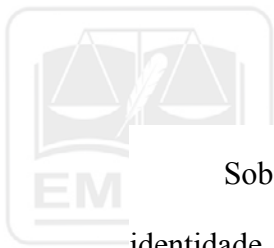
Nesse sentido, a discussão acerca do direito do transexual de ser tratado de forma condizente com a sua identidade sexual exige a adoção do conceito da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos como parâmetro.

Os transexuais são indivíduos que possuem a convicção de que não pertencem ao seu sexo biológico, aquele definido em seu Registro de Nascimento. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Em razão dessa convicção íntima, suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identificam psíquica e socialmente.³

A transexualidade pode ser analisada através de duas óticas: a social e a biomédica. De acordo com a ótica social é garantida a autodeterminação de cada pessoa, que possui o direito de se afirmar livremente sem sofrer qualquer forma de coação. A ótica social reflete claramente o princípio da liberdade, do qual decorre a autonomia privada de cada um. De um lado, um dever social de respeitar cada indivíduo em sua singularidade, de outro, o direito de cada indivíduo de viver como quer ser.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 25 mar. 2016

³ HOGEMANN, Edna Raquel. Direito ao nome. Rev. SJ RJ, Rio de Janeiro, v.21, p. 217-231, abr. 2014



Sob a ótica da concepção biomédica, a transexualidade é definida como distúrbio de identidade de gênero, que evolui severo sofrimento social em razão de o indivíduo se considerar membro de sexo oposto, sem qualquer conexão com o seu sexo biológico.

A impossibilidade de reconhecimento da identidade sexual de cada indivíduo em todos os seus desdobramentos é deixá-lo limitado em sua própria existência como ser humano. Afinal, a convicção de pertencer ao sexo oposto àquele que lhe fora oficialmente dado é inabalável, e se caracteriza pelas manifestações da perseverança dessa concepção, segundo uma progressão constante e irreversível, escapando a seu livre arbítrio.

A busca do indivíduo pelo equilíbrio entre o corpo e a mente nada mais é do que um desdobramento natural do processo de adequação por ele buscado, que por sua vez é constituído por um longo caminho, que se inicia no acompanhamento psicológico, passa pelo tratamento hormonal e que pode alcançar a etapa da intervenção cirúrgica. Não há sentido submeter o transexual que já passou por todo esse processo, ou que ainda passa por ele, ao tratamento social conforme o gênero por ele repudiado.

O reconhecimento do transtorno psicológico sofrido pelo transexual e a disponibilidade de modalidades terapêuticas e cirúrgicas possui uma finalidade precípua: a adequação da pessoa transexual à sua identidade de gênero. Deixar de reconhecer a necessidade de dar a esses indivíduos tratamento social condizente com a sua identidade sexual retira a essência das medidas terapêuticas e médicas, além de violar flagrantemente seu direito da personalidade, em especial o aspecto da identidade pessoal, cuja importância se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em consonância com esse entendimento, o Projeto de Lei 5.002/2013, de autoria dos deputados Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF), que ainda aguarda análise a ser

realizada pela Comissão de Direitos Humanos do Congresso Nacional, reconhece a identidade de gênero como direito.⁴

O referido projeto disciplina ainda que, qualquer alteração a ser realizada no registro civil, seja quanto ao nome do requerente, seja quanto ao seu gênero, bem como as modificações físicas só podem ser alteradas mediante autorização expressa do transexual, e desde que preenchidos os requisitos formais impostos pela lei, inclusive o acompanhamento médico e psicológico.

O projeto, inspirado em diploma argentino semelhante, é de certo um avanço em termos de reconhecimento dos direitos das minorias.

2. O DIREITO AO NOME

Quando se discute o direito do transexual ser tratado de forma condizente com a sua identidade sexual, a primeira questão que se impõe é a do nome. O nome é a forma de identificação da pessoa. É algo maior que um acessório, é parte intrínseca da personalidade. Através dele, é possível que a pessoa seja identificada no âmbito social e familiar.⁵

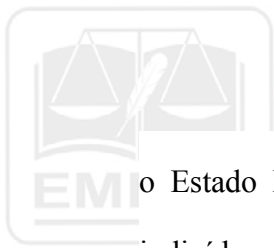
Não por acaso o Código Civil prevê o direito indisponível do homem de ter um nome, compreendido pelo conjunto formado pelo prenome e sobrenome. Além disso, o Código Civil dá igual proteção ao pseudônimo usado em atividades lícitas. Em outras palavras, a previsão legal não se limita a permitir a identificação de cada pessoa, mas busca tornar eficaz o direito absoluto e personalíssimo à identidade pessoal, derivado da previsão constitucional de dignidade da pessoa humana.⁶

A identidade pessoal é adquirida com o Registro Civil no ordenamento pátrio. Através desse ato formal é que os indivíduos, normalmente crianças, estabelecem relação formal com

⁴ BRASIL. Projeto de Lei 5.002/201. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 30 mai. 2016

⁵ HOGEMANN, op. cit., p. 219.

⁶ BRASIL. Código Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



o Estado Brasileiro. Em termos estritamente formais, é a partir do Registro Civil que o indivíduo passa a ter nome, sobrenome, filiação e nacionalidade.

Apesar de existir previsão legal que garanta o Registro Civil, fundamental à aquisição da identidade social e, conseqüentemente, ao exercício de atos de cidadania, o ordenamento pátrio não possui garantias expressas de adequação do registro civil à identidade social dos transexuais. A lei que regula os Registros Públicos, Lei 6.015/73, prevê a possibilidade de alteração fundamentada do prenome após o atingimento da maioridade, através de decisão fundamentada, e com a intervenção do Ministério Público.⁷

A própria lei dos Registros Públicos prevê a possibilidade de alteração do prenome nas hipóteses em que ele é considerado vexatório ou constrangedor por seu titular. Diante da abrangência do dispositivo, é de fato possível defender a tese do cabimento da alteração do prenome do transexual, tendo em vista o imenso abalo psíquico por ele sofrido ao ser tratado socialmente por nome não condizente com a sua aparência física e comportamento.

Logicamente que a manutenção de um prenome pertencente ao sexo oposto imporia ao transexual permanente constrangimento, perpetuado desde os atos mais simples da vida civil, como a compra de algum bem, aos mais complexos, como nas hipóteses de realização de concurso público e a participação em demandas levadas ao Judiciário.

Diante desse fato e da necessidade de se reconhecer o indivíduo pelo seu nome, ou seja, pela identidade social por ele escolhida para conviver nos âmbitos social e familiar, diversos órgãos públicos permitem ao transexual, que ainda não teve reconhecido seu nome social legalmente, o direito de registrar o seu nome social, o qual gostaria de ser tratado.⁸

Ao lado dessa tendência, e da inexistência de norma expressa que permita ao transexual alterar o seu Registro Civil sem pedido judicial, o Poder Judiciário tem

⁷ BRASIL. Lei 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/eis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016

⁸ HOGEMANN, op. cit., p. 221.

reconhecido a possibilidade de alteração do prenome dos transexuais nos casos levados à sua apreciação, especialmente quando comprovada a realização prévia da cirurgia de transexualização⁹ restando, assim, superada a antiga posição de que nem mesmo com os procedimentos médicos alteradores seria possível a mudança do registro civil, tendo em vista que tais procedimentos seriam incapazes de modificar a condição genética do indivíduo.¹⁰

Como dito, o entendimento difundido nos Tribunais que admite o provimento jurisdicional nos pleitos de alteração do prenome exige que já tenham sido realizados os procedimentos terapêuticos e cirúrgicos para alteração do seu sexo biológico.

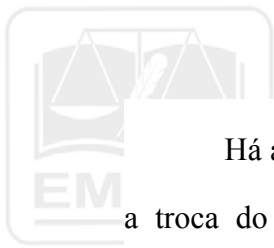
A celeuma reside na possibilidade de alteração do registro quando ainda não realizados os procedimentos alteradores, ou, quando o indivíduo não se reconhece no seu sexo biológico e vive socialmente como se pertencesse a outro gênero, mas não possui a pretensão de alterar o seu registro.

Diversos argumentos contrários à possibilidade de alteração do registro civil sem que o indivíduo realize a cirurgia de transexualização são postos. A tese defensiva da necessidade de realização dos procedimentos médicos alteradores se funda, em primeiro lugar, na interpretação simplória da previsão da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.955/2010, que estabelece que a cirurgia alteradora tem caráter terapêutico e de grande importância no tratamento dos indivíduos que demonstram ter desvio psicológico quanto à sua identidade de gênero, mas que certamente não se aplica absolutamente a todos os casos de transtorno de identidade de gênero.¹¹

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC 0003025-02.2008.8.26.0047. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1425__e3586f71581a60dfe631265595da077>. Acesso em: 12 fev. 2016

¹⁰ D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Corrigir registro do transexual é uma irresponsabilidade*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-abr-11/autorizacao_justica_juridicamente_insustentavel>. Acesso em: 21 abr. 2014

¹¹ BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016



Há ainda o argumento que diz respeito à segurança jurídica: afirma-se que, ao permitir a troca do nome sem a comprovação de alterações físicas, se estaria promovendo uma verdadeira dificuldade de identificação do indivíduo com precisão. Esse argumento por si só não é capaz de se sustentar, tendo em vista que a identificação civil não é feita apenas com a verificação do registro. Há diversas outras formas de identificação, como a impressão digital, análise cartorária e o DNA.¹²

Ambos os argumentos não se sustentam, pois nem sempre a cirurgia de transexualização é necessária e indicada. Cada indivíduo expressa a sua sexualidade de uma forma diferente, seja ao considerar imprescindível a realização da cirurgia, seja ao considerá-la desnecessária ao seu bem-estar. Além disso, a insegurança jurídica se consolida ainda mais ao tratar indivíduo em desconformidade com a forma que se apresenta socialmente, tendo em vista a existência de diversas formas de identificação permitidas no ordenamento.

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRATAMENTO CONDIZENTE COM A IDENTIDADE.

O entendimento dos tribunais acerca do tratamento do transexual de forma condizente com a sua identidade social foi alterado ao longo dos últimos anos, especialmente no que diz respeito ao direito à alteração do registro civil, um de seus maiores expoentes.

A seguir, busca-se demonstrar a evolução desse entendimento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo que serão utilizadas, para elucidação da explanação, julgados extraídos do site do tribunal, bem como de outros tribunais, apenas a título ilustrativo.

Como dito, a maioria das decisões relativas a possibilidade de alteração do registro civil se fundava na necessidade de realização da cirurgia de transexualização. Esse posicionamento foi de grande expressividade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e tinha por fundamento a segurança jurídica em especial. Havia de fato um grande consenso no

¹² DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 438.

Tribunal na concessão do pedido de alteração quando comprovada a realização da cirurgia.

Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. AUTOR QUE SE SUBMETEU A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO DE HOMEM PARA MULHER (ORQUIECTOMIA BILATERAL, AMPUTAÇÃO PENIANA E NEOCOLPOVULVOPLASTIA). DIREITO A ALTERAÇÃO DO SEXO NO REGISTRO CIVIL, SOB PENA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO UNIVERSAL DA DIGNIDADE HUMANA. PRECEDENTES DA CORTE E DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO AO ABRIGO DO ART. 557, § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.¹³

Houve ainda entendimento no sentido de ser possível a alteração do prenome, sem que fosse deferida a alteração do sexo no registro civil. Nesse caso, o requerente possuía comprovadamente um transtorno quanto à sua identidade sexual, pois sua aparência e comportamento estavam em consonância com o sexo oposto. Apesar disso, a cirurgia de alteração do sexo ainda não havia sido realizada. Com base no direito ao tratamento digno, a alteração do prenome foi deferida, por outro lado, entendeu-se que o registro quanto ao sexo deveria estar em consonância com sua condição biológica, a qual ainda não havia sido alterada, e, assim, foi deferido apenas o pedido de alteração do prenome, restando o registro quanto ao sexo do requerente inalterado. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO JUDICIAL DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA OBJETIVA-SE A RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL PARA MODIFICAÇÃO DO PRENOME E SEXO NOS ASSENTAMENTOS DO REQUERENTE. HIPÓTESE DE TRANSEXUALISMO. 1) A prova dos autos é robusta no sentido da abrangência do transtorno sexual que acomete o autor, o qual rejeita o sexo biológico respectivo, bem assim a sua própria aparência física, considerando-os em desarmonia com a sua identidade sexual psicológica. 2) O conjunto probatório, ademais, dá conta de que a cirurgia de transgenitalização é indicada no caso dos autos, sendo certo que ainda não foi realizada por razões alheias à vontade do requerente, que aguarda a sua vez em fila de espera de hospital público, no qual vem fazendo o acompanhamento médico que antecede o procedimento cirúrgico. 3) Portanto, invocando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da identidade, da não discriminação, e, por fim, da busca da felicidade, recentemente mencionado pela Corte Suprema quando do exame da questão relativa às uniões homoafetivas, reconhece-se assistir, a qualquer indivíduo, o direito fundamental à orientação sexual, pelo que legitimada está a pretensão de retificação do nome

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0003274-54.2008.8.19.0044. Relator Desembargador Ademir Pimentel. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201100131023&CNJ=0003274-54.2008.8.19.0044>> Acesso em: 25 mar. 2016



registral veiculada nestes autos, uma vez que as razões que permitem dita alteração correspondem a fatores psicológico e social, desvinculados da aparência física do apelado, cuja condição de transexual está devidamente demonstrada. 4) Todavia, uma vez que o requerente ainda não se submeteu à cirurgia de "transgenitalização", marco identificador maior para o processo de adequação do sexo biológico ao sexo psicossocial, não se pode permitir a modificação do sexo registral. 5) Deveras, a fim de preservar a segurança das relações sociais, não se pode compactuar com a existência de discrepância entre o sexo natural, cuja conformação anatômica é masculina, e o sexo registral, sendo certo que a aparência morfológica deve equivaler, fielmente, ao registro do requerente. 6) Recurso ao qual se dá parcial provimento. Vencido o Des. Henrique de Andrade Figueira

A questão era extremamente controvertida e o entendimento foi sendo relativizado. Atualmente há decisões esparsas que entendem ser possível a alteração do registro civil ainda que não realizado a cirurgia de alteração do sexo biológico do indivíduo, seja em razão de fatos alheios à sua vontade, como a espera pela realização do procedimento nos hospitais públicos' seja em razão da escolha do próprio transexual. Para todos os casos, o fundamento das decisões é o direito ao tratamento humano e digno que faz jus todo homem ou mulher, transexual ou não, e pelo fato de que negar a alteração do prenome traria ao transexual maiores constrangimentos e situações vexatórias, tendo em vista que seu registro estaria em desconformidade com a sua aparência.¹⁴

Observe-se que, muito embora existam diversas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido de negar a retificação do registro civil diante da ausência da cirurgia de transexualização, é possível verificar uma tendência do tribunal em acolher tais pedidos sob o fundamento de se buscar a maior eficácia dos direitos fundamentais, como se percebe na decisão supracitada.

A título ilustrativo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro no assunto, possui firme entendimento no sentido de permitir a alteração do registro civil, ainda que não realizada qualquer alteração física, justamente sob o argumento de que o nome constitui para o indivíduo um direito personalíssimo, intimamente ligado à autonomia da vontade e ao direito de autodeterminação, expoentes do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵

De fato, a questão ainda é controvertida, e em razão de estar em jogo a aplicação de normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral de dois Recursos Extraordinários levados à sua apreciação.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0028710-71.2009.8.19.0208. Relator Desembargador Heleno Ribeiro Nunes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201300108456&CNJ=0028710-71.2009.8.19.0208>> Acesso em: 25 mar. 2016

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70065879033. Relator: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 25 mar. 2016

O primeiro deles, o Recurso Extraordinário 670.422 do Rio Grande do Sul, versa justamente sobre a discussão proposta neste artigo, qual seja a possibilidade de alteração do registro sem a cirurgia modificadora como expoente do tratamento digno instituído pela Constituição Federal. No caso, o requerente pleiteou pela alteração do nome e do sexo no registro, mas só obteve provimento do primeiro pleito. O Tribunal entendeu ser imutável o aspecto cromossômico, e que não haveria dano ao requerente diante do fato de que tal dado não constaria de seus documentos de identificação.¹⁶

Irresignado, o autor interpôs o referido recurso e arguiu que a decisão violaria os artigos 1º, inciso IV, 3º, inciso IV, e 5º, inciso X, e 6º da Lei Maior.

No segundo, o Recurso Extraordinário 845.779, a questão versa sobre a possibilidade ou não do tratamento condizente com a identidade social. No caso, um transexual foi retirado de um banheiro feminino público, pois supostamente a sua presença geraria desconforto às demais mulheres presentes no local.¹⁷

Em ambas as hipóteses, as questões postas apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois, além de alcançarem todo o universo das pessoas que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, também repercutem no seio de toda a sociedade.

Diante da necessidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal de se discutir a questão do tratamento a ser dado ao transexual e suas variantes, há decisões esparsas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reconhecendo a possibilidade de alteração do registro com o fundamento de que o sexo não mais pode ser compreendido como o biológico, mas na compreensão interna que o indivíduo possui sobre sua identidade, e

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 670. 422. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>> Acesso em: 25 mar. 2016

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 845.779. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>> Acesso em: 25 mar. 2016



consequentemente, reconhecendo a possibilidade de alteração do registro como concretização do tratamento digno, sem que seja necessária a realização da alteração física através de cirurgia, como se vê no julgado a seguir:

Pedido de retificação de registro civil, com mudança de nome e gênero. Transexual. Ausência de cirurgia de transexualização. Características femininas. Requerente visto e reconhecido com mulher. Exame pericial confirma do Transtorno de Identidade sexual. Sentença de procedência parcial. Modificação do nome sem mudança do gênero. Inconformismo do requerente. Matéria reconhecida pelo STF como de repercussão geral, ausente, ainda, acórdão paradigmático. ADI 4275. Interpretação da Lei de Registros Públicos. Reconhecimento do direito dos transexuais à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente de cirurgia de transexualização. Busca pela identidade de gênero. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito da personalidade. Precedentes desta Casa. PROVIMENTO DO RECURSO.¹⁸

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar o direito ao tratamento condizente com a identidade social, especialmente no que diz respeito aos transexuais, em atenção à necessidade de discussão do tema, intimamente ligado ao reconhecimento de garantias constitucionais, tais como a liberdade e dignidade da pessoa humana, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal ao entender pela repercussão geral de dois Recursos Extraordinários levados à sua apreciação.

A questão do transexual tem recebido maior relevo diante dos inúmeros casos levados ao Judiciário em busca de amparo estatal diante das dificuldades recorrentes impostas pela vida social, dentre elas a questão do registro civil. Fato é que o transexual, além de enfrentar a dificuldade de auto identificar-se de acordo com o seu sexo biológico, chegando a negá-lo por completo, enfrenta igualmente a dificuldade de se posicionar socialmente. A questão se torna ainda mais complexa quando não lhe é dispensado amparo para ser tratado da forma como se identifica, especialmente no que diz respeito ao seu nome.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0012283-95.2013.8.19.0066. Relator: Desembargador Sirley Abreu Biondi. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> Acesso em: 25 mar. 2016

A fim de reduzir a discriminação e o impacto social negativo que o nome incondizente com a forma como se apresenta socialmente lhe traz, o transexual busca provimento jurisdicional a fim retificar o seu registro civil em busca de harmonizar ambos os elementos.

A dificuldade se impõe no fato de não existir lei expressa permitindo a alteração. Diante disso, os tribunais vêm posicionando-se de acordo com a interpretação da Constituição Federal e de outros diplomas legais, tais como o Código Civil e a Lei de Registros Públicos.

Para análise dessa questão, foram analisadas algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ainda não há entendimento consolidado no Tribunal acerca do tema. As decisões variam entre a possibilidade de alteração do registro, desde que realizado o procedimento cirúrgico de alteração do sexo, tratado como condição indispensável; e a possibilidade de alteração sem a mudança, desde que demonstrado que o indivíduo não se identifica com o seu sexo biológico, não sendo a cirurgia condição determinante para a alteração, mas uma condição concretizadora do direito constitucional à liberdade e autodeterminação.

Ainda não há nos tribunais orientação consolidada a respeito. Diante da relevância da questão, o STF se manifestará acerca de dois Recursos Extraordinários levados à sua apreciação. Como dito, cada um deles trata de questão diversa, mas ambos possuem a mesma questão de fundo, qual seja a aplicabilidade da norma constitucional do direito ao tratamento digno.

Por conseguinte, e justamente em razão de a garantia constitucional ao tratamento digno ter como destinatários todas as pessoas sem qualquer forma de discriminação, os transexuais fazem jus ao reconhecimento social e judicial do sexo com o qual se identificam, sem que lhes sejam impostas quaisquer formas de discriminação.



Nesse sentido, considerando que o direito ao nome é parte intrínseca da identidade, e expoente do direito individual de autodeterminação, cabe ao Poder Judiciário tutelar a afirmação de gênero de cada indivíduo, e, em especial, o direito à alteração do registro civil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Código Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Lei 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/eis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016

_____. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 670. 422. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>> Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 845.779. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>> Acesso em: 25 mar. 2016

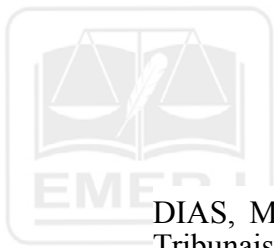
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0028710-71.2009.8.19.0208. Relator Desembargador Heleno Ribeiro Nunes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201300108456&CNJ=0028710-71.2009.8.19.0208>> Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0003274-54.2008.8.19.0044. Relator Desembargador Ademir Pimentel. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201100131023&CNJ=0003274-54.2008.8.19.0044>> Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0012283-95.2013.8.19.0066. Relator: Desembargador Sirley Abreu Biondi. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70065879033. Relator: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 25 mar. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC 0003025-02.2008.8.26.0047. Disponível: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1425__e3586f71581a60dfe631265595da077>. Acesso em: 12 fev. 2016



DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Corrigir registro do transexual é uma irresponsabilidade*.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-abr-11/autorizacao_justica_juridicamente_insustentavel>. Acesso em: 21 abr. 2014.

HOGEMANN, Edna Raquel. *Direito ao nome*. Rev. SJ RJ, Rio de Janeiro: Rev. SJ RJ, 2014.

A INFLUÊNCIA DO CLAMOR SOCIAL NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA PENAL BRASILEIRA

Rafaela da Silva Matildes

Graduada pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O cenário brasileiro é de grande instabilidade político-econômica. A sociedade, cada vez mais participativa, luta por mudanças no combate a criminalidade. Diante de um caso de maior repercussão nacional, o direito penal surge como meio imediato de solução de conflito. É o direito penal de emergência. De fato, os três poderes são responsáveis por zelar pelos bens jurídicos fundamentais da população. Entretanto, atrelada a edição de normas penais está a aplicação do direito penal do inimigo. O conceito de inimigo da sociedade, desde tempos coloniais, acaba sendo imposto apenas as minorias e, conseqüentemente, acarreta maior exclusão e desigualdade. Por fim, em pleno Estado Social, o direito penal é utilizado como instrumento de política pelo Congresso Nacional que se utiliza de uma dramatização da violência e da imposição de leis mais severas para camular a ineficiência das políticas sociais.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito penal do inimigo. Direito penal de emergência. Repressão. *Ultima ratio*.

Sumário: Introdução. 1. A autotutela da sociedade. 2. Controle social por meio do direito penal de emergência e direito penal do inimigo. 3. Hipertrofia legislativa penal em contrasenso a política da *ultima ratio*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eficiência da produção legislativa penal no Brasil diante do contexto de fortes manifestações e interação nas redes sociais, as quais influenciam o Congresso Nacional na resolução imediata de problemas da sociedade. Procura-se demonstrar que esses representantes do povo optam pela criação da norma penal em detrimento de investimentos no âmbito social em razão da facilidade de sua rápida produção e baixos custos, mas que tal imediatismo resulta em vícios da lei.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, apresentando inclusive reportagens atuais, de modo a conseguir discutir como o Congresso



Nacional deve atender aos anseios populares, sem se afastar dos princípios de um Estado Democrático de direito, defendendo as garantias constitucionais e políticas públicas.

O Brasil vive em uma situação de crise. Crise econômica, crise política, crise social. Diante dos fatos, a população está mais participativa, ansiando por mudanças. No âmbito penal, as reivindicações são para o combate à impunidade e a criminalidade, diante de escândalos de corrupção e crimes violentos. Como reação, a população adota a “justiça pelas próprias mãos”.

Inicia-se o primeiro capítulo do artigo demonstrando que, pelo sentimento de ineficiência do judiciário brasileiro, são constantes as reportagens de manifestações pró impeachment e linchamentos públicos, idéias difundidas pela mídia e a internet. Este capítulo busca explicar que essa falta de civilidade pela “ausência do Estado” conflita com a democracia, uma vez que são criados esteriótipos como a do jovem negro, pobre e bandido que se tornam reprimidos pela própria sociedade.

O cenário de instabilidade gera pressão. Mas até que ponto a pressão popular deve influenciar a atuação dos poderes?

No segundo capítulo se debate o surgimento do direito penal de emergência e o direito penal do inimigo no Brasil. A norma penal é criada a partir de casos de violência extrema que abalam a sociedade, cada vez mais severa, com desproporcionalidade de penas ou até mesmo a supressão de garantias processuais, e direcionada a determinados agentes.

Por fim, o terceiro capítulo visa a demonstrar que a violação do princípio do direito penal como *ultima ratio* como forma de controle social é apenas uma solução imediatista para proteger a sociedade do caos, em prejuízo de investimentos sociais, mas o resultado é a hipertrofia legislativa, ainda sim incapaz de resolver a criminalidade no país.

A pesquisa utiliza metodologia bibliográfica, de natureza qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes a legislação, a doutrina, a jurisprudência, além de reportagens como forma de contextualização.

1. A AUTOTUTELA DA SOCIEDADE

Na metade do século XX, a segurança era predominantemente realizada pelas forças policiais públicas. Havia um certo grau de confiabilidade na prestação do Estado, de modo que a reação do público era comunicar qualquer fato à polícia. A justiça privada se atrofiava, restringindo-se a trancar suas portas, atravessar a rua para não cruzar com pessoas suspeitas. No entanto, atualmente é sensível a regressão quanto ao sentimento de responsabilidade pelo controle do crime. A população sente que a polícia pública não possui o mesmo grau de efetividade e que o judiciário não aplica rigor em suas decisões. Surge, então, a autotutela da sociedade.

A abordagem do tema deve ser iniciada com uma importante contextualização. Em 2015 o Brasil vive uma crise econômica que há anos não enfrentava. Mas não é apenas a economia que vai mal. São escândalos de corrupção em todo lugar: na Petrobrás, no Congresso Nacional, nas prefeituras, sem mencionar o aumento da violência que assola todas as regiões.

O doutrinador argentino Eugenio Raul Zaffaroni já ressalta que “a globalização foi precedida por uma revolução tecnológica que é, antes de tudo, uma revolução comunicacional. Este formidável avanço permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial”¹.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 53.

Neste sentido, a mídia informa e o povo reage. As redes sociais são utilizadas como forma de desabafar, discutir, mas, principalmente, para reunir. As pessoas e as idéias se unem e, assim, surgem as manifestações. “Em todos os estados e no Distrito Federal, centenas de milhares de pessoas foram às ruas no domingo (16) exigindo o fim da corrupção e pedindo o impeachment da presidente Dilma Rousseff. Pela primeira vez, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi também fortemente criticado pelos manifestantes”². Essa é uma notícia comum da atualidade, mas nem sempre as reportagens são tão pacíficas.

Outro debate em voga diz respeito aos crimes cometidos por menores. São constantes e cada vez mais brutais os delitos praticados por aqueles inimputáveis à luz do direito penal. Entretanto, é difícil explicar ao leigo que o legislador estipulou, por presunção legal, que a imputabilidade se inicia aos dezoito anos, ignorando o desenvolvimento mental daqueles menores de idade e sua capacidade de entender a ilicitude do fato³. Por serem inimputáveis, tais adolescentes não cometem crime, mas sim ato infracional análogo ao crime. Do mesmo modo, não podem ser presos, mas apenas sofrer medidas socioeducativas ou, no máximo, internação em casa de custódia. Certo é que, mesmo diante de tais penalidades, esses agentes agem na certeza da impunidade, assegurados pela própria legislação e, com isso, cometem assaltos em série, agressões e inclusive atos de extrema violência.

O Poder Judiciário, criado para punir as violações às normas da sociedade, é visto sem credibilidade e, aliado à grande instabilidade do sistema, favorece o aumento da insegurança na população.

² Burnier, José Roberto. “*Manifestações pedem impeachment de Dilma e o combate à corrupção*”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/08/manifestacoes-pedem-impeachment-de-dilma-e-o-combate-corrupcao.html>>. Acesso em 14 out.2015.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte 1. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p 476.

É possível dizer que “todo crime grave desperta na sociedade o reclamo de expiação, porém, na realidade, esta demanda tem sua raiz na pulsão de segurança e, neste sentido, exige o restabelecimento da consciência, sacudida pelo fato, de viver numa ordem jurídica que garante a paz e a segurança”⁴.

Sem proteção, a sociedade se defende sozinha. Nascem na internet grupos de extermínio e aqueles que se autoneameiam “justiceiros”. As notícias mudam: Um homem é espancado até a morte após roubar um comércio e matar um professor na zona rural da cidade de Matinha, interior do Maranhão. “Leonilson Alves, 20, tornou-se mais uma vítima da violência no Estado, que registrou 30 linchamentos de janeiro de 2013 a julho de 2015”⁵; “Os populares, revoltados e indignados com a falta de segurança em uma das praias movimentadas da capital, diziam que era pra matar”⁶. É o que consta nos veículos de informação.

Após sucessivos “arrastões” nas praias da zona sul carioca, as redes sociais demonstram a reação e os ânimos exaltados. “A reação violenta por parte dos moradores da região foi amplamente apoiada nas postagens. ‘Vamos reagir sim. Não é covardia não, pois quando eles estão em 30 para assaltar idosos, mulheres e etc. não é covardia. Então encher a cara deles de porrada é mais que justo’, escreveu um usuário”⁷. A “justiça pelas próprias mãos” é a forma encontrada pela sociedade para reagir contra a “ausência do Estado”. Contudo, essa falta de civilidade não encontra respaldo com as ideologias da democracia.

Isso porque o cidadão não tem legitimidade para exercer sua própria defesa em detrimento dos direitos de outrem. “A autotutela remonta aos primórdios da civilização e caracteriza-se,

⁴ ZAFFARONI, op. cit., p112

⁵ Estadão. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/09/03/homem-e-espancado-ate-a-morte-apos-assaltar-comercio-no-maranhao.htm>>. Acesso em 14 out. 2015.

⁶ Soares, Adonias. Disponível em: <<http://www.adoniassoares.com.br/?p=18231>>. Acesso em 14 out. 2015

⁷ Do Uol, no Rio. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/21/animos-exaltados-nas-redes-sociais-a-reacao-aos-arrastoes-no-rio.htm>> Acesso em 14 out. 2015

basicamente, pelo uso da força bruta para satisfação de interesses. Seus dois traços característicos são a ausência de juiz imparcial e a imposição da decisão de uma das partes à outra⁸. É vedada pela legislação penal brasileira, caracterizando o crime do “Exercício arbitrário das próprias razões”, previsto no artigo 345 do Código Penal. Por essa norma se afirma que “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.”

Do tipo penal insurge-se que apenas o Estado pode utilizar de meios coercitivos para aplicar o direito. Ao indivíduo jamais será permitido o uso da força ainda que sua pretensão seja legítima. Além disso, a aplicação de uma penalidade deve ser precedida de um processo, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa. Do contrário, a sociedade se tornaria o caos.

Também porque existe a criação de um esteriótipo do criminoso. Em regra, é o jovem, negro e pobre. Em artigo publicado ao site Brasileiros, o jornalista Alex Tarja ressalta o papel da mídia sensacionalista no fomento a esses linchamentos públicos. A notícia traz dado científico, como a seguir transcrito.

Importante ressaltar que grande parte das vítimas de linchamentos são negras e de classes sociais baixas, revelando um perfil que é seguido pelos ‘justiceiros’. A pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), Ariadne Natal, autora de uma tese sobre casos de justiça sumários disse, em uma entrevista concedida à Agência Brasil, que as pessoas não julgam aleatoriamente quem será alvo deste tipo de crime, e que existe uma ‘escolha’ de quem será linchado.

A pesquisadora estudou 385 casos de linchamento que foram noticiados pela imprensa, entre 1º de janeiro de 1980 e 31 de dezembro de 2009, e concluiu que não é qualquer pessoa que pode ser ‘desumanizada’. “As potenciais vítimas de linchamento carregam consigo a marca daquele que pode, em última análise, ser eliminado, (...) tanto que é muito raro identificarmos alguém de classe média entre as vítimas de linchamento⁹.”

⁸ CINTRA, Grinover e Dinamarco apud CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.5.

⁹ TAJRA, Alex. *O papel da mídia no duplo linchamento do Maranhão*. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2015/07/o-papel-da-midia-no-duplo-linchamento-maranhao/>>. Acesso em 14 out. 2015

Neste sentido, não há democracia em que parcela da população é excluída em razão de sua raça ou classe social, sem qualquer chance de defesa contra a própria sociedade. Pessoas inocentes são vítimas de esteriótipos criados pela comunidade e reiterados pela mídia. São cidadãos que têm restringido seu direito de ir e vir ou têm suas vidas extirpadas por agentes dotados de ignorância e insatisfeitos com o Estado.

Com efeito, a coletividade anseia por mudanças concretas. Mas será que os representantes do povo agem corretamente na tentativa de conter essa demanda?

2. O CONTROLE SOCIAL POR MEIO DO DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO

A nova ótica do controle do crime encontra, cada vez mais, respaldo no clamor social. Em regra, após a ocorrência de um crime de alta repercussão, surgem novas políticas penais com a finalidade de acalmar os ânimos. O sentimento das vítimas e suas famílias são exaltados para a criação de novas leis. A isso se dá o nome de Direito Penal de Emergência.

“A lei fundamental de toda emergência é a salvação e o bem do Estado.”¹⁰ O que é visto, atualmente, é a produção legislativa penal apressada, haja vista que a população não aguenta mais viver a mercê da criminalidade e sua rotina do medo. Com isso, o direito penal de emergência se torna apenas a resposta imediata. “Imagens publicadas de vítimas reais servem de metonímia personalizada da vida real, do ‘poderia ter sido você’, relacionada ao problema de segurança que se tornou um componente decisivo da cultura contemporânea”¹¹.

¹⁰ ZAFFARONI, op.cit., p.150

¹¹ GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, 1ª reimpressão, janeiro, 2014. P. 56

Leis rígidas para aplicação de penas privativas de liberdade são aprovadas rapidamente, sem observância a preservar os escassos recursos, já que o encarceramento possui elevado custo social, ou a direitos assegurados constitucionalmente, como a individualização das penas, que busca equalizar a punição ao indivíduo e não ao seu ato. Um exemplo está na declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º art. 2º da Lei nº 8.072 pelo Supremo Tribunal Federal no qual impunha o regime inicial fechado obrigatório para cumprimento de pena privativa de liberdade por prática dos crimes naquele diploma.

Atrelado a essa emergência penal, tem o crescimento da discriminação. Os estereótipos de criminosos aumentam a segregação de parcela da população, em geral, aqueles jovens, negros e pobres. Automaticamente estigmatizados pela coletividade, esses cidadãos são verdadeiros delinquentes presumidos. É um preconceito que impõe medo. Desse preconceito surgem os inimigos.

A classe média costuma gozar de benefícios e garantias nos poucos casos em que são criminalizados. Conclui-se que o poder punitivo é exercido mediante a contenção de suspeitos perigosos, ou seja, um direito penal de periculosidade presumida¹².

A forma de contenção que provocou maior debate foi formulada por Gunther Jakobs. O direito penal do inimigo é o tratamento diferenciado de alguns delinquentes, mediante medidas de contenção, como táticas destinadas a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir todo o campo penal.

Conforme este autor, o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os *cidadãos* e de outra para os *inimigos*, reservando o caráter de pessoa para os primeiros e considerando *não-pessoas* os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal. Tratar-se-ia de uma espécie de *quarentena penal do inimigo*.¹³

¹² ZAFFARONI, op. cit., p.71

¹³ JAKOBS, apud ZAFFARONI. Ibid., p.155 e 156

A criação de “inimigos” está sempre em colisão com direitos fundamentais. Por conseguinte, o conceito de inimigos nunca é compatível com um Estado democrático de direito, nem com os princípios do liberalismo político¹⁴.

Em recente episódio, após decisão judicial da Vara da Infância e da Juventude proibindo a apreensão de menores sem flagrante delito que seguiam de ônibus para a orla da zona sul, diversos arrastões tomaram as praias cariocas. A reação da população foi imediata. Em resposta, o secretário estadual de segurança retomou o cerco a ônibus em acessos à zona sul, afirmando, inclusive, que a ação da polícia teria como fim evitar uma tragédia maior, como um “linchamento”¹⁵.

O ato de revistar menores, em geral negros e pobres, e impedi-los de frequentar determinados lugares fere flagrantemente a liberdade de locomoção que, em razão da isonomia de direitos, a qualquer cidadão é assegurado. O fato demonstra como a sociedade cria o esteriótipo desses inimigos no direito penal.

Professor Jaffaroni ressalta que tais indivíduos deixam de receber um tratamento igualitário de ser humano, para serem simplesmente entes perigosos:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por consequência, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*.¹⁶

O problema no Brasil é que boa parte da comunidade é composta por negros e pobres. Assim, ao passo que se admite um tratamento penal diferenciado para supostos inimigos, tem-se

¹⁴ Ibid., p.144

¹⁵ MAGALHÃES, Luiz Ernesto. Et al. *Beltrame defende a PM e diz que cerco a ônibus em acessos à Zona Sul será retomado*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/beltrame-defende-pm-diz-que-cerco-onibus-em-acessos-zona-sul-sera-retomado-17559406>>. Acesso em 12 jan. 2016

¹⁶ ZAFFARONI, op. cit., p.18

reconhecido um controle social mais autoritário sobre a população, aplicando uma série de limitações à sua liberdade, bem como o risco de uma identificação errônea e condenações a inocentes.

Em estudos criminológicos realizados por David Garland sobre o controle do crime nos EUA e Grã-Bretanha, o que pode se encaixar perfeitamente a realidade brasileira, tem-se que o Estado pós-moderno agora está diante de sua própria inabilidade de proporcionar os níveis esperados do controle do crime. “Sua preocupação mais premente é fazer algo decisivo, reagir com efeitos imediatos à indignação do público, demonstrar que o Estado está no controle e disposto a usar seus poderes para manter a ‘lei e ordem’ e a proteger o público cumpridor da lei”¹⁷.

O direito penal de emergência e o direito penal do inimigo fomentam um discurso político fortemente carregado que circunda todos os temas sobre o controle do crime, “de modo que toda decisão política é tomada sob as luzes dos holofotes e da disputa política e todo erro se transforma em escândalo”¹⁸.

Naturalmente, o Estado possui a responsabilidade de cuidar da criminalidade, estabelecendo a melhor forma de repressão e controle de crimes. Não obstante, deve ainda zelar pela integralidade dos direitos civis, liberdades constitucionais e bem-estar de seus cidadãos. A Magna Carta defende valores os quais não podem ser diminuídos ou limitados na justificativa de impor uma segurança pública. Nesse ponto, salienta mais uma vez, o renomado doutrinador argentino:

A melhor garantia de eficácia do direito penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais. Sua violação obscurece qualquer intervenção penal desacredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre sua correção, com a agravante de que

¹⁷ GARLAND, op. cit., p 249 e 282

¹⁸ Ibid., p. 57

essas dúvidas podem facilmente descambar em impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias etc.¹⁹

Ao conceder legitimidade no tratamento de pessoas como inimigos, existe uma renúncia aos princípios do Estado de direito, e, conseqüentemente, permite-se o avanço do poder punitivo sobre a população.

Como contrabalancear o direito penal do inimigo e as garantias individuais? Em que pese o Congresso Nacional ser formado por representantes do povo e dos Estados, até que ponto esses devem ceder a pressão popular na resposta ao combate de crimes?

3. A HIPERTROFIA LEGISLATIVA PENAL EM CONTRASENTO À POLÍTICA DA *ULTIMA RATIO*

Primeiramente, é necessário ter em mente que a finalidade precípua do direito penal encontra-se na retribuição/punição, prevenção de crimes e a ressocialização do infrator. Isso porque o Brasil adotou, no art. 59 do Código Penal, a Teoria Mista para justificar a função da pena, a qual reúne as Teoria Absoluta e Relativa.

Pela Teoria Absoluta, a função da pena se resume, exclusivamente, a reprovação e retribuição do mal causado pelo criminoso. A pena, nesse caso, está desvinculada de um fim social. Nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli: são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena com um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio

¹⁹ZAFFARONI, op. cit., p.187

fundamento²⁰. Já a Teoria Relativa tem como foco a prevenção de outros eventuais crimes, em breve síntese, com a intimidação para novos delitos e a ressocialização do indivíduo.

Outra importante diretriz está no princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* que rege a legislação penal. Por esse corolário do direito, a matéria penal somente deve ser aplicada quando as demais fontes de solução de conflitos não forem suficientes para eliminar o problema, como a mediação, conciliação, direito privado e outros. A melhor concepção para o referido princípio está nos dizeres do professor Luiz Regis Prado que dispõe:

O princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito democrático. O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.²¹

Isso porque o direito penal pode ensejar duras penas e restrições civis. Uma condenação judicial sempre resultará em uma mancha à honra do indivíduo, além de um tratamento diferenciado pela sociedade.

Contudo, não só a sociedade brasileira, mas toda a sociedade moderna vive na certeza da insegurança, oriunda da crescente desigualdade social decorrente da era pós revolução industrial. Com frequência, as políticas públicas utilizam-se das vítimas e seus parentes para desviar culpas e elaborar o dolo, necessários para campanhas de lei e ordem, nas quais a vingança é o principal objetivo²².

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 1 - Parte Geral arts. 1º ao 120. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119/120.

²² ZAFFARONI, op. cit., p.75.

Nesse sentido, houve uma regressão no que tange à política criminal, na qual as idéias abolicionistas ou reducionistas perderam espaço na expansão do poder punitivo, ganhando destaque a questão do “inimigo” na sociedade. O forte clamor público, aliado ao despreparo dos parlamentares, resultam na criação desenfreada de leis penais, muitas delas aprovadas e batizadas com o nome das vítimas como Lei Maria da Penha, Lei Carolina Dieckman, Lei Menino Bernardo. É a hipertrofia da legislação penal.

O sistema penal se transformou em um método rápido de controle social, um meio de neutralização e retribuição que satisfaz as exigências populares. Zaffaroni salienta:

Por todos estes meios poucos éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.²³

O mencionado autor, em parceria com o saudoso José Henrique Pierangeli, aduz que a intervenção penal se mostra violenta e pouco racional, resultando em mais violência. “Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio”²⁴.

Atualmente, vende-se a sensação de que a “prisão funciona”. Com efeito, a solução do problema social da criminalidade na prioridade de tratamento das consequências do crime, mas sim das suas causa. Os custos de se manter o aparato de um sistema penal, incluindo a esfera judiciária da ação penal e o próprio sistema penitenciário são elevados, entretanto, quando comparados às despesas necessárias para promover uma reforma social, aqueles se mostram muito mais econômicos.

²³ Ibid.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 80 e 81

O combate à criminalidade se inicia na estruturação das instituições sociais, como escolas, universidades, previdência, a redução das desigualdades sociais, o oferecimento de serviços públicos eficazes a população, o investimento na integração das comunidades. Se o crime é um problema social, então essas respostas individualizadas, correccionalistas falharão; Elas intervirão somente depois que o mal estiver feito, tratando das consequências e não das causas, focando em indivíduos já formados, e frequentemente incorrigíveis, em lugar de cuidar dos processos sociais que já estão se encarregando de formar uma nova geração²⁵.

Os governos devem reconhecer que os processos de ordem são, na verdade, processos sociais. Contudo, Garland repreende que “O novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e proteção. O mote aparente da política é agora mais a revolta coletiva e o justo reclamo por retribuição do que um compromisso com a construção de soluções sociais justas²⁶.”

Os políticos preocupam-se em editar medidas rápidas e econômicas, mas não eficazes, apenas como forma de atender e aumentar seu eleitorado. Nesse sentido, Zaffaroni expõe:

Nessa conjuntura, os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal cool, sem contar muitos outros folclorismos penais, como pretender condenar, por favorecimento, parentes de vítimas de sequestro que não denunciem ou que paguem o resgate exigido.²⁷

Correlacionando com o direito penal do inimigo e o direito penal de emergência, a edição de leis penais nada mais é do que uma forma imediata de conter o clamor social, mas que, na

²⁵ GARLAND. op.cit., p. 111/112

²⁶ Ibid., p.54

²⁷ ZAFFARONI, op. cit., p.78/79

prática, atinge apenas aqueles mais desfavorecidos e que se enquadram no esteriótipo de delinquentes. Certo é que aqueles mais afetados carecem de poder político e são tidos como perigosos e indesejáveis, que aqueles menos afetados são tranquilizados de que algo está sendo feito e que a criminalidade não é tolerada, bem como que poucos políticos estão dispostos a mudar tal política uma vez que a mudança não oferece maiores vantagens²⁸.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que a postura do Congresso Nacional frente às manifestações populares carece de eficiência, demonstrando um viés imediatista e de controle social.

A crescente criminalidade no país gera insatisfação e insegurança na população que, aterrorizada, legitima o Poder Público a adotar uma postura mais autoritária.

O direito penal, em sua essência, jamais poderia ser adotado com caráter emergencial. Aplicável somente quando todas as demais fontes de direito não se mostrarem eficazes, atualmente, as leis penais vêm sendo utilizadas como moeda de troca política. Diante da falta de concretização dos direitos sociais, políticos exaltam o sofrimento das vítimas, criam normas sem qualquer estudo prévio de razoabilidade e ganham a confiança da população.

Contudo, a parcela da sociedade atingida por essas novas leis é justamente aquela que se situa “à margem”. A construção de esteriótipos do criminoso exsurge do antigo direito penal do inimigo. Tal pensamento criminológico evidencia a discriminação. Abandonam-se direitos fundamentais em razão da incompetência do Estado em solucionar os problemas que realmente são a origem da violência.

²⁸ GARLAND, op. cit., p. 281

A conjugação desse direito penal de emergência e do direito penal do inimigo na criação legislativa do país não combate a conduta delitiva, nem sequer a previne. Na maioria das vezes, criam-se leis incongruentes com a defesa de um Estado Social.

É necessário observar que a norma penal não é a única ferramenta de repressão e prevenção, nem tampouco deve ser utilizado como instrumento de controle social. A forma adequada para equalizar as distorções da sociedade é através da colaboração de outros ramos do direito, principalmente, no que tange as políticas estatais de benefício as classes mais desfavorecidas, como saúde, educação, entre outros, ajudando na formação do caráter da comunidade.

Somente haverá a diminuição da criminalidade quando o Poder Público se conscientizar que o combate ao crime não está nas dependências da penitenciária, mas sim na elevação dos direitos sociais como *prima ratio* .

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte 1*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código Penal e Constituição Federal. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BURNIER, José Roberto. “*Manifestações pedem impeachment de Dilma e o combate à corrupção*”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/08/manifestacoes-pedem-impeachment-de-dilma-e-o-combate-corrupcao.html>>. Acesso em 14 out.2015.

CINTRA, Grinover e Dinamarco apud CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002

ESTADÃO. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/09/03/homem-e-espancado-ate-a-morte-apos-assaltar-comercio-no-maranhao.htm>>. Acesso em 14 out. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, 1ª reimpressão, janeiro, 2014.

MAGALHÃES, Luiz Ernesto. Et al. *Beltrame defende a PM e diz que cerco a ônibus em acessos à Zona Sul será retomado*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/beltrame-defende-pm-diz-que-cerco-onibus-em-acessos-zona-sul-sera-retomado-17559406>>. Acesso em 12 jan. 2016

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V1 - Parte Geral arts. 1º ao 120. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SOARES, Adonias. Disponível em: <<http://www.adoniassoares.com.br/?p=18231>>. Acesso em 14 out. 2015

TAJRA, Alex. *O papel da mídia no duplo linchamento do Maranhão*. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2015/07/o-papel-da-midia-no-duplo-linchamento-maranhao/>>. Acesso em 14 out. 2015

UOL. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/09/21/animos-exaltados-nas-redes-sociais-a-reacao-aos-arrastoes-no-rio.htm>>. Acesso em 14 out. 2015

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Rafael Mansur de Oliveira

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Código Civil de 2002, ao elencar diversos prazos prescricionais para hipóteses específicas, fixou um prazo trienal para a pretensão de reparação civil. Em que pese a literalidade do dispositivo, surgiu na doutrina, com posterior reflexo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, controvérsia sobre o prazo aplicável às hipóteses de responsabilidade civil contratual. O escopo deste trabalho é analisar as possíveis soluções para a celeuma, identificando, entre elas, aquela que se revele mais adequada à luz da Constituição da República.

Palavras-Chave: Direito Civil. Prescrição. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Contratual.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: distinção e convergências. 2. Panorama dos prazos aplicáveis. 3. E o que a prescrição tem a ver com a Constituição? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca enfrentar a controvérsia instaurada na doutrina e na jurisprudência quanto ao efetivo prazo prescricional da pretensão à reparação civil na hipótese de responsabilidade contratual, à luz do ordenamento civil constitucional.

O Código Civil de 2002, apesar das diversas críticas recebidas, trouxe importante avanço no tratamento do instituto da prescrição, ao distinguir os prazos prescricionais, que foram concentrados nas disposições da seção própria (artigos 205 e 206), daqueles de natureza decadencial, distribuídos em cada um dos artigos que veicula o respectivo direito potestativo atingido, ao longo do Código.

A alteração foi sem dúvida salutar, conferindo maior segurança a uma matéria que apresenta inúmeras dificuldades. Todavia, não foi capaz de eliminar todas as controvérsias referentes à questão dos prazos prescricionais. Pelo contrário, a previsão de prazos para

situações não tratadas na legislação anterior deu origem a novos questionamentos, dentre os quais se destaca a dúvida hoje existente sobre o prazo aplicável à pretensão de reparação civil decorrente de responsabilidade contratual.

Trata-se de matéria da maior relevância. Sob o ponto de vista prático, a questão é recorrente no Poder Judiciário, exigindo resposta uniforme e adequada. Sob a perspectiva jurídica, diz respeito diretamente à pacificação dos conflitos socioeconômicos, tema de grande destaque na moderna sociedade de risco.

Para o devido enfrentamento do tema, serão investigadas, no primeiro capítulo, as categorias da responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo a distinção entre elas verdadeiro pressuposto teórico para a compreensão da celeuma.

No segundo, serão apresentados os diversos entendimentos existentes na doutrina, os fundamentos que lhes dão suporte e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça frente ao debate.

Por fim, no terceiro capítulo, será apresentada proposta de solução para a questão, amparada na tábua axiológica contida na Constituição da República.

Será empregada metodologia bibliográfica, com análise da doutrina e jurisprudência pertinentes, de tipo qualitativa e explicativa, de modo a propor solução que se julgue mais consentânea aos valores do ordenamento.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL: DISTINÇÃO E CONVERGÊNCIAS

Sob a égide do Código Civil de 1916, a prescrição nas hipóteses de responsabilidade civil, por se tratar de ação pessoal, era regulada pelo artigo 177, submetida a um prazo



vintenário. O Código Civil vigente instituiu uma drástica redução no prazo aplicável, ao dispôr que:

Art. 206. Prescreve:
(...)
§ 3º Em três anos:
(...)
V - a pretensão de reparação civil;

A interpretação do preceito, à primeira vista, parece inequívoca. O legislador teria utilizado a expressão “reparação civil”, de ampla abrangência, de modo a englobar todas as modalidades de responsabilidade civil não disciplinadas por legislação especial.

Em que pese a clareza do preceito legal, a questão hoje recebe um tratamento diverso. Passou-se a diferenciar, com base na natureza da responsabilidade civil – se contratual ou extracontratual –, o prazo a ser efetivamente aplicado. A compreensão quanto à distinção formulada requer, preliminarmente, um exame das espécies de responsabilidade.

A responsabilidade civil constitui-se no dever de reparar o dano causado pela violação de um dever jurídico¹. A cisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual tem por critério a natureza deste dever jurídico violado.

A responsabilidade civil extracontratual, aquiliana ou absoluta é oriunda do desrespeito a um dever geral de não causar danos, conhecido desde o Direito Romano pela expressão *neminem laedere*. Não há, a princípio, qualquer relação jurídica prévia entre causador do dano e vítima, emanando diretamente da lei o dever de reparação².

A responsabilidade contratual ou relativa, por sua vez, resulta de uma relação jurídica obrigacional preexistente entre as partes³. Embora seja amplamente difundida a nomenclatura “responsabilidade contratual”, a rigor este tipo de responsabilidade surge sempre que há

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-2.

² *Ibidem*, p. 15-16.

³ *Ibidem*.



violação de deveres no âmbito de um vínculo obrigacional, pouco importando sua fonte⁴, sendo mais usual que se origine de um negócio de natureza contratual.

O Código Civil de 2002 acolheu essa clássica distinção, tratando da responsabilidade contratual no título do inadimplemento das obrigações (art. 389 e ss.) e da extracontratual nos títulos dos atos ilícitos (art. 186 e ss.) e da responsabilidade civil (art. 927 e ss.). Como bem ressaltado por Sérgio Cavalieri, tal distinção não é estanque, uma vez que existem regras previstas para uma determinada espécie que também são aplicáveis à outra⁵.

A doutrina⁶ elenca alguns exemplos que ilustram as diferenças nos regimes jurídicos das modalidades de responsabilidade. Quanto ao ônus da prova sobre a culpa (logo, no caso de responsabilidade subjetiva), na responsabilidade extracontratual este ônus recai sobre a vítima, enquanto que na contratual cabe ao causador do dano provar que não agiu com culpa. Na hipótese de haver pluralidade de causadores, na responsabilidade contratual a solidariedade entre eles tem caráter excepcional, devendo estar expressa no acordo (art. 265 do Código Civil); já na extracontratual, a solidariedade é a regra (art. 942 do CC). A lista poderia prosseguir.

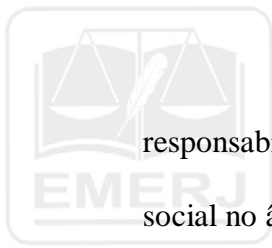
Muito embora o Código tenha acolhido a separação dos regimes de responsabilidade, essa opção sofre críticas da chamada tese unitária ou monista, que defende a uniformidade dos efeitos independentemente da espécie de responsabilização⁷. A teoria unitária, apesar de não ter sido adotada pelo legislador na reformulação do Código Civil, não é completamente estranha ao nosso sistema jurídico. O Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar o sistema de responsabilidade pelos acidentes de consumo, superou a dicotomia entre

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62.

⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 16.

⁶ KONDER, Carlos Nelson. Boa-Fé Objetiva, Violação Positiva do Contrato e Prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 50, abr./jun., 2012, p. 229-230; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. *Tuiuti: Ciência e Cultura*, n. 30, FCJ 04, Curitiba, mai. 2002, p. 116-117.

⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 62.



responsabilidade contratual e extracontratual, reputada inadequada para regular a realidade social no âmbito da atual sociedade de consumo⁸.

A teoria dualista também começa a ser confrontada pela admissão de novos institutos que desafiam um perfeito enquadramento em qualquer das espécies. Dois exemplos demonstram bem o ponto.

A violação positiva do contrato tem sido entendida como modalidade de inadimplemento consistente na violação de deveres instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva⁹. Esses deveres, embora funcionalmente vinculados à relação obrigacional, encontram sua gênese não na vontade dos contratantes, mas sim na cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do CC), dificultando a qualificação da responsabilidade derivada da sua violação como contratual ou extracontratual¹⁰.

Outra hipótese que suscita dificuldades é a da responsabilidade civil do terceiro cúmplice, também conhecida como tutela externa do crédito, situação na qual se imputa o dever de indenizar a um terceiro que contribui para que uma das partes de um contrato promova seu inadimplemento. Embora na atualidade se reconheça a importância de afirmar esse dever de indenização (anteriormente afastado pela doutrina clássica com base no princípio da relatividade dos contratos), existe grande controvérsia sobre o fundamento jurídico adequado para amparar essa responsabilização. A depender da solução teórica adotada, altera-se a natureza da responsabilidade deste terceiro¹¹.

Compreendida, em linhas gerais, a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, bem como algumas dificuldades ocasionadas pela sua manutenção em um

⁸ TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 280.

⁹ Confira-se o teor do Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

¹⁰ KONDER, op. cit., p. 235-236.

¹¹ BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 30, abr./jun., 2007, p. 79-127, *passim*.

ordenamento complexo como o brasileiro, importa analisar os efeitos que se tem extraído dessa dualidade no tocante à definição do prazo prescricional aplicável.

2. PANORAMA DOS PRAZOS APLICÁVEIS

Com o início da vigência do atual Código Civil, coube ao STJ o desafio de conferir interpretação adequada aos preceitos constantes da nova legislação. As primeiras decisões do tribunal sobre a matéria se limitaram à aplicação do prazo trienal a ambas as espécies de responsabilidade, sem maiores problematizações:

DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL SEM CONDIÇÕES DE USO IMEDIATO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ILÍCITO CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. OCORRÊNCIA. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Configura-se ação de reparação de dano por ato ilícito contratual aquela em que o locador visa cobrar do ex-locatário despesas referentes a danos causados no imóvel locado. Precedente do STJ.
2. Nas ações de reparação de dano por ilícito contratual, o prazo prescricional é de 3 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.
3. Hipótese em que a ação foi ajuizada quando já ultrapassados mais de 3 (três) anos da devolução do imóvel locado, o que importa na prescrição do próprio fundo de direito pleiteado na inicial.
4. Agravo improvido.¹²

No entanto, importantes vozes na doutrina se insurgiram contra a referida exegese. Segundo Humberto Theodoro Júnior¹³, a regra do artigo 206, § 3º, V seria aplicável apenas às hipóteses de ato ilícito em sentido estrito, ou seja, nos casos de responsabilidade extracontratual. Havendo uma relação contratual entre as partes, a indenização exerceria uma

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 1.085.156/RJ. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=860673&num_registro=200801769956&data=20090330&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 822.914 /RS. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=631036&num_registro=200600437818&data=20060619&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016. Destaca-se o seguinte trecho do voto do relator: “A pretensão do autor - relembre-se - é de reparação de dano, causado por suposto inadimplemento contratual imputado à ré. A prescrição era, portanto, vintenária (Art. 177 do Código Bevilacqua), até a entrada em vigor do novo Código Civil (em 11.01.2003). A partir de então, passou a ser trienal (Art. 206, § 3º, V, do Código Civil/2002).”

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, 3. ed., v. 3, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 333-334.



função secundária, sancionatória em relação à inobservância da obrigação principal, que é a de cumprimento do contrato. Dessa forma, a pretensão acessória – de indenização por perdas e danos – deveria aderir ao regime da pretensão principal – de cumprimento da obrigação assumida –, inclusive no tocante ao prazo prescricional.

Note-se que o artigo 206 não traz regra expressa sobre o prazo prescricional da pretensão de cumprimento da prestação contratual, razão pela qual o STJ já entendeu ser aplicável o prazo residual do artigo 205¹⁴. Logo, segundo o autor, deveria ser este prazo, ou eventualmente algum outro aplicável em razão da situação concreta (a exemplo do prazo previsto no art. 206, § 5º, I, quando se tratar de dívida líquida constante de instrumento público ou particular), o aplicável às demandas de responsabilidade negocial.

A crítica é endossada por Judith Martins-Costa¹⁵, que enfatiza a função substitutiva da indenização em relação ao cumprimento contratual para afirmar que, em uma visão lógico-sistemática, o prazo geral aplicável à reparação por danos derivados de contratos deve ser o do artigo 205. Solução diversa seria ilógica, pois sendo o prazo para exigir o cumprimento mais longo que o para exigir a reparação, surgiria situação na qual seria possível exigir a pretensão principal sem que se pudesse exigir a secundária, opinião compartilhada por Athos Gusmão Carneiro¹⁶.

Essa questão não se coloca no âmbito da responsabilidade extracontratual, pois não há uma pretensão principal relativa ao dever genérico de não causar danos, de modo que a

¹⁴ “CIVIL. PRETENSÃO À SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PRESCRIÇÃO. Havendo pluralidade de pedidos, o prazo de prescrição deve ser definido à luz da pretensão mais favorecida pelo tempo. *A pretensão ao cumprimento de obrigação contratual está sujeita à regra geral do art. 205 do Código Civil, que fixa o prazo de prescrição em dez anos.* Recurso especial não conhecido” (grifou-se) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 976.968 / RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728665&num_registro=200701902991&data=20071120&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016).

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, 2. ed., v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 160-161.

¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição Trienal e “Reparação Civil”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, n. 49, jul./set. 2010, p. 20-21.



própria pretensão indenizatória assume o caráter principal, sem estar vinculada ao regime jurídico do dever originário¹⁷.

Outro argumento favorável à distinção aduzido por Judith Martins-Costa¹⁸, fundado em critério axiológico, é o de que o prazo maior conferido à responsabilidade contratual se justifica pelo dinamismo próprio dessas relações, formadas por sucessões de atos e negociações dispostos no tempo, se contrapondo à responsabilidade extracontratual, que encontra origem em um ato atomizado, consubstanciado no dano.

Essa corrente, embora tenha surgido minoritária, encontrou eco em diversos artigos doutrinários voltados especificamente para a questão¹⁹, sendo finalmente acolhida pelo STJ. Com efeito, embora existam acórdãos anteriores acolhendo a tese, o posicionamento parece ter se solidificado no STJ pela influência do Ministro Luis Felipe Salomão, que a reafirmou de modo enfático em diversos julgados, dentre os quais se extrai o seguinte exemplo:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. INADIMPLENTO CONTRATUAL. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE.

1. Não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade quando o Tribunal apenas adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.
2. O artigo 206, § 3º, V, do Código Civil cuida do prazo prescricional relativo à indenização por responsabilidade civil extracontratual, disciplinada pelos artigos 186, 187 e 927 do mencionado Diploma.
3. A Corte local apurou que a presente execução versa sobre montante relativo a não cumprimento de obrigação contratual, por isso que não é aplicável o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.
4. Recurso especial não provido.²⁰

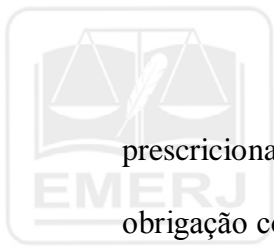
As ementas de decisões mais recentes demonstram o prestígio que a tese alcançou naquele tribunal, assinalando que “É firme a jurisprudência desta Corte de que o prazo

¹⁷ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Pretensão indenizatória fundada em responsabilidade contratual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 181-182.

¹⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 161-162.

¹⁹ Veja-se: CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição Extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 478-483; VIANNA, Guilherme Borba. O prazo prescricional nas ações indenizatórias por violação (descumprimento) de contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 920, jun. 2012, p. 115-130; FIGUEIREDO, op. cit., p. 174-186.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.222.423/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088790&num_registro=201002005525&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016



prescricional relativo à reparação civil por danos decorrentes de descumprimento de obrigação contratual é decenal, nos termos do art. 205 do Código”²¹.

No entanto, a discussão prossegue no campo doutrinário. Autores importantes, como Wilson Rodrigues Alves²² e Antônio Junqueira de Azevedo²³, sustentam que a dicção empregada pelo legislador abrange tanto as hipóteses de responsabilidade contratual como de extracontratual²⁴.

Essa posição é defendida com veemência por Gustavo Tepedino²⁵. Além da clareza do preceito legislativo, o autor destaca a dificuldade de produção de provas relativas aos danos sofridos após quase uma década, o que justificaria a adoção do prazo trienal. Ademais, este prazo resolveria “anomalia” surgida na vigência da codificação anterior, na qual o prazo para ressarcimento previsto nas relações de direito civil era vintenário, enquanto o CDC prevê prazo quinquenal. Uma vez que a lei consumerista foi editada com vistas à tutela da vulnerabilidade do consumidor, o natural seria que o seu prazo fosse maior que o da legislação civil; ampliar pela via interpretativa o prazo prescricional da responsabilidade contratual de 3 para 10 anos ensejaria novamente o descompasso entre as regras.

O professor critica ainda “o suposto matiz progressista que tem sido associado à extensão de prazos prescricionais”²⁶, pelo qual prazos mais longos resultariam em soluções

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.485.344 / SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1380206&num_registro=201402423798&data=20150213&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.

²² “A regra jurídica do Código Civil, art. 206, § 3, V, abrange o prazo prescricional do exercício da pretensão de reparação civil concernente a todas essas espécies, em que haja dano em decorrência de ato ilícito relativo, como também naquelas em que haja dano em razão de ato positivo ou negativo ilícito absoluto, ou ainda naquelas em que haja lesão acarretada por ato negativo ou positivo lícito cujo dano se haja indenizar, desde que não exista para o exercício da pretensão condenatória regra jurídica especial a reger outro prazo de prescrição” (ALVES, Wilson Rodrigues. *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3. ed. Campinas: Servanda, 2006, p. 358-359).

²³ Em parecer datado de abril de 2008, conforme relatado em: CARNEIRO, op. cit., p. 19-20.

²⁴ Posição igualmente esposada por: NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 99.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 37, jan./mar., 2009, p. iii-v.

²⁶ *Ibidem*, p. iv.

mais justas, com uma maior proteção à vítima, quando na verdade a redução dos prazos vem ao socorro do réu, em um contexto no qual a velocidade dos meios de comunicação contribui para a dissipação das provas.

Esta tese foi a consagrada no Enunciado 419 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, proposto por Gustavo Tepedino, com o seguinte teor: “O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

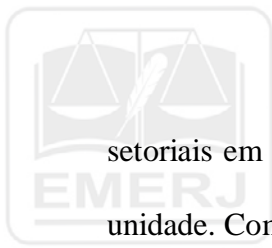
Delineados os posicionamentos contrapostos, resta investigar qual seria efetivamente o prazo aplicável à pretensão de reparação civil negocial.

3. E O QUE A PRESCRIÇÃO TEM A VER COM A CONSTITUIÇÃO?

Conforme exposto na introdução, o objetivo deste trabalho é apresentar uma proposta de solução à controvérsia exposta que seja compatível com a Constituição da República. A afirmação pode causar alguma surpresa. Com efeito, a constitucionalização do Direito Civil é fenômeno hoje largamente difundido na doutrina e aceito pela jurisprudência dos mais diversos tribunais. O resultado desse esforço doutrinário foi a reconstrução de diversos institutos basilares do Direito Privado – como a família, o contrato e a propriedade – à luz dos valores constitucionais. No entanto, algumas matérias parecem ser imunes a essa abordagem metodológica.

É o caso da prescrição, temática em que “[a] frieza numérica das suas normas e a exatidão matemática dos seus prazos parecem desencorajar a intervenção do intérprete e a direta aplicação dos valores constitucionais”²⁷. Contudo, é justamente nessas matérias que se faz urgente uma releitura interpretativa adequada à Lei Maior, evitando a formação de guetos

²⁷ SCHREIBER, Anderson. A Decadência da Prescrição? In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 88.



setoriais em desacordo axiológico com o restante do ordenamento, afetando a sua necessária unidade. Como bem destacado por Anderson Schreiber²⁸:

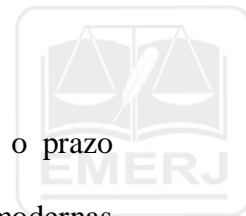
O ordenamento jurídico brasileiro passa por um momento de valorização dos princípios e do método ponderativo, com escolas de pensamento as mais diversas enfatizando uma contínua “oxigenação” do sistema legal. O instituto da prescrição não escapa e não deve mesmo escapar a essas transformações, impondo-se à doutrina e à jurisprudência a definição de hipóteses e critérios que permitam que a aplicação das normas constitucionais se dê com previsibilidade e isonomia, pois são esses fatores (e não a subsunção matemática da hipótese concreta à frieza numérica da norma) que caracterizam a segurança jurídica na era contemporânea.

Nesse diapasão, adianta-se que o prazo prescricional mais adequado para reger a pretensão indenizatória decorrente de responsabilidade contratual é o prazo trienal do artigo 206, § 3º, V do Código Civil. É possível identificar 3 princípios constitucionais que amparam esta conclusão: (i) o princípio democrático, (ii) o princípio da segurança jurídica e (iii) o princípio da isonomia.

Pelo princípio democrático (art. 1º, *caput* da CF), o povo fica adstrito a obediência das normas elaboradas pelos seus representantes (Poder Legislativo), que extraem sua legitimidade do fato de serem eleitos pelo povo para tal mister. Daí se desdobra o princípio da legalidade, segundo o qual – a princípio – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II da CF). Dessarte, as escolhas políticas do legislador vinculam, embora não de maneira absoluta, o intérprete.

Nesta ordem de ideias, procede o argumento, embora careça de algum aprofundamento, de que a redação do art. 206, § 3º, V claramente abrange a situação sobre a qual se controverte. Note-se que o artigo 206 é dotado de um total de 5 parágrafos, 17 incisos e 5 alíneas, nos quais são descritas as mais variadas pretensões. Nesse contexto, fica difícil crer que em um trabalho tão detalhado, o legislador tenha optado por consignar expressamente o prazo para a responsabilidade aquiliana, relegando de forma implícita a disciplina da responsabilidade contratual ao prazo subsidiário do artigo 205.

²⁸ *Ibidem*, p. 92.



Houve, em verdade, uma inequívoca opção política no sentido de reduzir o prazo prescricional para a hipótese, seguindo tendência identificável nas legislações mais modernas e justificada pelo maior dinamismo social e pelos avanços tecnológicos²⁹.

Não se trata, obviamente, de defender um retorno ao positivismo exegético, com afirmações de que o juiz seria “a boca da lei” ou de que *in claris no fit interpretatio*. Em um contexto pós-positivista, admite-se que o intérprete valore as escolhas do legislador, mesmo quando se tratar da fixação de prazos prescricionais. No entanto, essa valoração deve ter por parâmetro as normas de hierarquia superior, fixadas na Constituição³⁰, e não juízos de oportunidade e conveniência realizados pelo hermeneuta.

No caso em exame, não só os argumentos empregados pelos defensores da tese da incidência do art. 205 não buscam promover de forma imediata valores constitucionais³¹ – fato que advoga fortemente a prevalência da opção política do legislador – como os demais parâmetros constitucionais aplicáveis também parecem indicar a solução pelo prazo trienal, como se tentará demonstrar na sequência.

O princípio da segurança jurídica³² igualmente justifica, por 2 distintas razões, a adoção do prazo de 3 anos. Primeiramente, conforme exposto no primeiro tópico deste texto, a evolução da dogmática privatista levou à admissão de situações que rompem com a clássica cisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Assim, a defesa da distinção de prazos em razão da categoria de responsabilidade afeta a segurança jurídica no que toca a

²⁹ A questão é colocada de modo claro por Gustavo Kloh Müller Neves: “No sistema do Código Civil de 2002, nota-se a tendência, de resto geral nas legislações novéis, de redução dos prazos prescricionais. Essa tendência se ampara em muito na simplificação e generalização da prática de atos jurídicos, não mais se justificando que se espere muito. A mensagem do legislador é clara: o mundo está acelerado, portanto, aja rápido. Essa diminuição é ainda mais abrangente do que pode vir a se imaginar em razão da redução drástica do papel desempenhado pelo prazo geral do art. 205 do Código Civil, de aplicação muito mais restrita no ordenamento no CC/2002” (NEVES, op. cit., p. 95).

³⁰ Na lição de Anderson Schreiber: “É certo que o estabelecimento de um prazo prescricional pelo legislador já consiste, ele próprio, no fruto de uma ponderação levada a cabo em sede legislativa, como ocorre, de resto, com qualquer outro instituto vinculado por leis ordinárias na concretização dos valores constitucionais. Tal ponderação prévia não exime, contudo, o intérprete de reavaliá-lo, à luz das circunstâncias do caso concreto, a constitucionalidade da atuação legislativa” (SCHREIBER, op. cit., p. 89-90).

³¹ Embora tenham o mérito de buscar zelar pela coerência interna do sistema de prescrições.

³² Princípio constitucional que, apesar de implícito, é amplamente aceito.



previsibilidade das decisões, pois insere um elemento de incerteza em matéria que o legislador decidiu simplificar. Ao cogitar ajuizar ação indenizatória fundada na responsabilidade de terceiro cúmplice, por exemplo, a parte não saberá exatamente a que prazo se submete, em razão da divergência quanto à qualificação do instituto. A questão é facilmente superada pela adoção do prazo unificado³³.

Ademais, o prazo decenal também parece se contrapor à segurança jurídica pelo prisma da estabilização dos conflitos sociais. Conforme já apontado, Judith Martins-Costa³⁴ entende que o prazo do art. 205 seria adequado em razão da complexidade das relações negociais, que muitas vezes se protraem no tempo, exigindo um lapso maior para que a vítima do dano pondere suas alternativas, os prós e contras de optar por medida capaz de afetar a relação entre as partes. No entanto, a dilação do prazo prescricional acaba acrescentando um fator de instabilidade a essas relações, pois faz com que a possibilidade de um determinado dano ensejar um litígio se estenda por longos anos após a ocorrência da lesão. No âmbito das relações patrimoniais, e particularmente na seara empresarial, para as quais a segurança e a previsibilidade são valores tão caros³⁵, a permissão para que uma parte busque reparação por um dano sofrido há quase uma década atrás traduz injustificável aviltamento à segurança jurídica.

Resta examinar de que modo o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da CF) contribui para a defesa do prazo trienal. Em uma primeira leitura, o princípio parece incidir sob seu aspecto material (“tratar os desiguais na medida de sua desigualdade”), pois, conforme os defensores da tese da diferenciação dos prazos, haveria relevantes distinções fáticas e

³³ Não se ignora que, ainda que se adote como solução única o prazo trienal, ainda subsistirão dúvidas relacionadas aos demais aspectos distintivos entre os regimes de responsabilidade. No entanto, reputa-se a questão do prazo prescricional particularmente relevante, em razão do embaraço que causa ao próprio exercício do direito de ação.

³⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 161-162.

³⁵ Sobre a importância da segurança e da previsibilidade para as relações mercantis: FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75-80.



jurídicas entre a responsabilidade relativa e a absoluta aptas a justificar o tratamento diferenciado.

Neste ponto, deve-se novamente resgatar o argumento de Judith Martins-Costa³⁶ de que a responsabilidade contratual careceria de maior prazo prescricional em função do dinamismo das relações jurídicas subjacentes, enquanto a responsabilidade extracontratual seria adequadamente resguardada pelo prazo trienal em decorrência do contato social atomizado entre as partes.

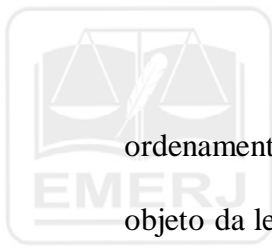
No entanto, a questão pode ser analisada sob outra perspectiva. Com efeito, nas relações contratuais, nas quais necessariamente existe entre as partes um vínculo que antecede a produção do dano, o mais comum é que a vítima já possua, no momento em que toma ciência da lesão, todos os elementos (ou ao menos a maioria deles) necessários ao ajuizamento da ação. De modo diverso, na responsabilidade aquiliana, a inexistência de contato prévio entre as partes pode se revelar óbice intransponível à deflagração da demanda³⁷. Sob este ângulo, a incongruência residiria na atribuição de prazo maior para a hipótese em que o prévio contato entre as partes torna mais fácil a propositura da ação.

Outra objeção possível é o fato de o legislador não ter tomado em conta outros critérios – axiologicamente mais relevantes – na fixação dos prazos de reparação civil. Nesse sentido, não há uma explícita diferenciação entre os prazos para a indenização de danos materiais e a compensação de danos morais, embora se tratem de situações extremamente díspares: na primeira, há lesão apenas ao patrimônio da pessoa, enquanto na segunda, atinge-se sua dignidade³⁸, sua esfera existencial, elevada ao patamar de valor nuclear do

³⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 161-162.

³⁷ Basta pensar na situação de atropelamento de um pedestre sem que o motorista pare para prestar socorro, na qual a primeira e maior dificuldade da vítima será identificar o autor da lesão.

³⁸ Sobre a conceituação do dano moral como lesão à dignidade humana, a referência é a obra de Maria Celina Bodin de Moraes, na qual conclui a autora que “é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através da prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a ela causados. A reparação ao dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da



ordenamento pela cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III da CF). Ora, se o objeto da lesão, em que pese sua relevância, foi desconsiderado no momento de arbitramento dos prazos, poderia o intérprete eleger circunstância de menor importância como um critério legítimo para sua diferenciação?

Ainda que se entenda positivamente, é preciso indagar se a distinção entre os prazos é minimamente proporcional à diferenciação entre as espécies de responsabilidade. Dessa forma, mesmo aceito o argumento de que seria justificável um prazo prescricional maior na responsabilidade contratual, em deferência à relação prévia entre as partes, isso justificaria um prazo decenal? Note-se, em uma análise comparativa, que se trata de prazo maior que o triplo daquele conferido à responsabilidade extracontratual. Destaque-se ainda que, entre os prazos previstos no artigo 206, o mais extenso é o de 5 anos, constante do § 5º, o que torna ainda mais evidente a desproporcionalidade, verdadeiramente antisonômica, da solução pelo prazo decenal, que deve assumir caráter absolutamente residual em nosso ordenamento.

Finalmente, não seria possível concluir sem dedicar algumas linhas ao argumento, reputado central, de que a regência do prazo prescricional pelo artigo 205 se justificaria para manter a simetria entre a prescrição da pretensão de execução específica (cumprimento do contrato) e a pretensão substitutiva (indenização por perdas e danos). Muito embora se objetive conferir certa sistematicidade ao tratamento das consequências do inadimplemento, a argumentação empregada não tem o condão de superar a escolha política legitimamente levada a efeito pelo legislador no sentido de reduzir o prazo da pretensão reparatória.

Não obstante se afirme que a inexigibilidade da pretensão indenizatória enquanto ainda plenamente exigível a execução do contrato seria completamente ilógica, a assertiva não encontra respaldo em nosso sistema. É que, na atual configuração do direito obrigacional, o cumprimento específico da obrigação assume a condição de “remédio prioritário

dignidade humana: é o reverso da medalha” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132).

disponibilizado pelo ordenamento jurídico” em face do inadimplemento, implicando o caráter subsidiário da indenização por perdas e danos³⁹. A questão é bem delineada quando se visualiza a relação obrigacional sob uma perspectiva funcionalizada, como faz Gabriel Rocha Furtado⁴⁰:

Uma vez assumido que o adimplemento é a inspiração maior do processo obrigacional, e que atrai o seu inteiro desenvolvimento, não há maiores dificuldades para se concluir que a execução da prestação pelo devedor é, em regra, a via que mais precisamente satisfaz o interesse do credor. Quer-se com isso afirmar que, mesmo diante da mora do devedor, a melhor saída não será necessariamente a resolução do contrato. Em muitas situações, desde que ainda exista utilidade na prestação, a sua finalidade será melhor atingida pela purgação da mora.

Logo, diante de eventual momento patológico na relação obrigacional, o ordenamento prestigia aquela solução voltada ao atingimento da função da relação jurídica, o adimplemento, que melhor realiza os interesses mercedores de tutela, contemplando a pretensão direcionada ao cumprimento com prazo maior que aquela destinada à substituição da prestação por equivalente pecuniário. Nesse contexto, exsurge plenamente justificada a tutela preferencial conferida pelo ordenamento à execução específica – inclusive no tocante ao prazo prescricional maior –, em detrimento da tutela indenizatória⁴¹. Aqui sim incide o princípio da igualdade material, admitindo um tratamento diferenciado para soluções que são valoradas de maneira distinta pelo ordenamento.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: Direito das Obrigações*, v. IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 345-347.

⁴⁰ FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e Inadimplemento Substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119.

⁴¹ Na densa análise de Gustavo Tepedino: “o Código Civil de 2002 dá especial ênfase à execução específica das obrigações, sendo inteiramente coerente com o sistema atribuir-se o prazo quinquenal para o seu cumprimento, quando ainda há interesse útil do credor; e reservando-se o prazo trienal para o credor que, uma vez frustrada a possibilidade de cumprimento específico (por perda da utilidade da prestação em decorrência do comportamento moroso do devedor), se encontra apto a promover, imediatamente, a ação de ressarcimento de danos.

Enquanto há interesse útil na prestação, há ainda, de ordinário, diálogo entre os interessados e o prazo trienal nem sempre é suficiente para ajustar a complexa gama de interesses colidentes no âmbito da qual, com frequência, purga-se a mora, acomodam-se as desavenças, cumpre-se afinal a prestação. O legislador prestigia e incentiva, por diversos expedientes, o adimplemento ainda plausível. Daí o prazo quinquenal nessa hipótese. Uma vez, contudo, caracterizado o inadimplemento, não interessa ao sistema e à segurança jurídica postergar a desavença. Nada justifica a delonga. Impõe-se ao credor, como dispõe o art. 206, ajuizar, em três anos, a ação de danos” (TEPEDINO, Prescrição aplicável..., op. cit., p. iii-iv).



Em face dos argumentos expostos, defende-se que o correto prazo prescricional da pretensão indenizatória na responsabilidade civil contratual, em uma análise feita em conformidade com a tábua axiológica constitucional – notadamente, com os princípios democrático, da segurança jurídica e da isonomia –, seja aquele de 3 anos encartado no artigo 206, § 3º, V do Código Civil, em que pesem os relevantes argumentos esgrimidos em prol da tese contrária.

Portanto, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça revise a questão, reconsiderando a posição que vem adotando, que afirma a aplicabilidade à hipótese do prazo decenal previsto no artigo 205. Não obstante a importância da pacificação da jurisprudência nacional, não deve o STJ descurar de seu papel de conceder ao Direito Privado uma interpretação afinada com a Carta da República. A uniformização da adoção do prazo trienal impõe-se como garantia de uma solução mais justa, isonômica e compatível com a sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3. ed. Campinas: Servanda, 2006.

BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos da Responsabilidade Civil do Terceiro Cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 30, abr./jun., 2007, p. 79-127.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 1.085.156/RJ. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=860673&num_registro=200801769956&data=20090330&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 822.914 /RS. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=631036&num_registro=200600437818&data=20060619&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.



_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 976.968 / RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728665&num_registro=200701902991&data=20071120&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.222.423/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088790&num_registro=201002005525&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.485.344 / SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1380206&num_registro=201402423798&data=20150213&formato=PDF>. Acesso em: 06 jan. 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição Trienal e “Reparação Civil”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, n. 49, jul./set. 2010, p. 15-21.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalréo. Prescrição Extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Pretensão indenizatória fundada em responsabilidade contratual: inaplicabilidade do prazo prescricional de três anos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e Inadimplemento Substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

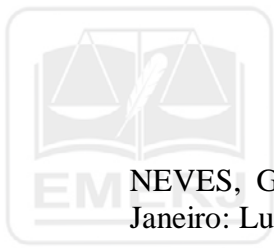
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-Fé Objetiva, Violação Positiva do Contrato e Prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 50, abr./jun., 2012, p. 217-236.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. *Tuiuti: Ciência e Cultura*, n. 30, FCJ 04, Curitiba, mai. 2002, p. 107-119.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, 2. ed., v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. A Decadência da Prescrição? In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil-Constitucional. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 37, jan./mar., 2009.

_____; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: Direito das Obrigações*, v. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

THEDORO JUNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. 3. ed. v. 3, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIANNA, Guilherme Borba. O prazo prescricional nas ações indenizatórias por violação (descumprimento) de contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 920, jun. 2012, p. 115-130.

A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DE NORMA PENAL INCRIMINADORA E SEUS EFEITOS NA TEORIA DO CRIME

Raphael Caio Magalhães

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Técnico em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual da Agência Nacional do Cinema. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Público e Privado na Preparação para a Carreira da Magistratura.

Resumo: No modelo constitucional do Direito Penal, a validade da norma incriminadora depende de sua conformidade com as regras e os princípios constitucionais. Essa concepção permite ao Poder Judiciário realizar o controle sobre o alcance dos tipos penais, valendo-se, para tanto, da técnica da interpretação conforme à Constituição. Este trabalho pretende examinar a compatibilidade desta atuação com as tradicionais categorias de análise sobre as quais se estrutura a teoria do crime, no intuito de aproximar duas realidades teóricas distintas.

Palavras-Chave: Direito Penal. Direito Constitucional. Interpretação Conforme à Constituição. Teoria do Crime. Tipo Penal.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do Crime e suas Tensões com a Moderna Doutrina Constitucional. 2. Interpretação Conforme à Constituição de Norma Penal Incriminadora na Jurisprudência do STF. 3. Repercussão Prática da Discussão na Interpretação Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, desde os julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Caso da “Marcha da Maconha”, em 2011, e nº 54, Caso do Aborto de Fetus Anencéfalos, em 2012, intensificou o papel de protagonismo das normas constitucionais também no âmbito criminal, ao proferir decisões que limitam o alcance de tipos penais a partir da reafirmação de direitos e garantias fundamentais.



Isso se fez por meio da aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição sobre as normas incriminadoras, a partir do reconhecimento de que a Constituição veda materialmente a criminalização de determinadas condutas.

Como substrato dessa atuação é possível reconhecer a adoção de uma teoria do crime inserida em um modelo constitucional-garantista, que delega ao judiciário a atribuição de eleger os limites do alcance das normas penais, em compatibilidade com os direitos fundamentais veiculados na Constituição.

Ao se colocar em prática tal concepção, entretanto, vem se evidenciando um contexto de conflito entre a teoria do crime, que se estrutura a partir de conceitos desenvolvidos no século XIX, e a moderna teoria constitucional.

Por sua vez, na esfera acadêmica, enquanto abundam estudos focados na identificação dos pressupostos que permitem afastar determinadas condutas do âmbito de normatividade penal, não se verificam esforços na mesma medida para a delimitação das consequências dessa atividade judicial à dogmática penal.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende delimitar a influência que a realização de interpretação conforme à Constituição de norma penal incriminadora exerce nos institutos que compõem o conceito analítico de crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Para tanto, inicialmente será preciso identificar as tensões entre a teoria do crime e o atual fenômeno de prevalência constitucional sobre a legislação penal, evidenciando o descompasso entre duas realidades teóricas distintas.

Na sequência, se pretende aproximar essas realidades, ao se analisar em que aspecto do conceito analítico de crime a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz recair o afastamento do caráter criminoso da conduta que foi alvo de interpretação conforme à Constituição e se discutir a correção desse entendimento.



Por fim, poder-se-á mencionar possíveis repercussões práticas que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal pode gerar.

Isso será realizado através de uma pesquisa qualitativa, de metodologia primordialmente bibliográfica e com propósitos explicativos.

1. TEORIA DO CRIME E SUAS TENSÕES COM A MODERNA DOUTRINA CONSTITUCIONAL

Em um modelo constitucional e garantista do Direito Penal, a validade da norma incriminadora não decorre de sua mera existência formal em lei, mas sim de sua compatibilidade com o texto e os valores constitucionais.

Por sua vez, esta norma incriminadora é estudada à luz de uma teoria do crime que se funda em uma concepção analítica estratificada de delito, cuja formulação teórica, embora tenha evoluído significativamente, se baseia em conceitos cunhados ainda no século XIX, a partir da noção de *Tatbestand*.

Este é o vocábulo alemão que designa a ideia de tipo penal. Seu conteúdo original concebia o delito com todos seus elementos e pressupostos de punibilidade¹, antes de sua estrutura ser decomposta em uma estrutura estratificada, chegando-se à concepção de Beling, que o torna independente da ilicitude e da culpabilidade², a qual se mostra ainda hoje predominante³.

¹ Nas lições de Damásio de Jesus “A expressão *Tatbestand* é composta de *Tat* (‘fato’) e *bestehen* (‘consistir’), significando aquilo em que o delito consiste. O *Tatbestand* era, então, o fato do delito, o seu conteúdo real. Era o conjunto de todos os caracteres do delito, de natureza interna ou externa e essenciais à sua existência” (JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 28. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 262.)

² Nas lições de Fernando Galvão “A inicial estruturação analítica bipartida pelo critério objetivo--subjetivo sofreu constantes revisões. Com Beling, tomou a forma tripartida, por meio da introdução do conceito de tipo” (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.)

³ Reconhece-se aqui a divergência entre modelos bipartidos, tripartidos ou até mesmo quadripartidos na estruturação analítica do conceito de crime, bem como a predominância do modelo tripartido. Entretanto, sem negar relevância à distinção teórica, a análise realizada neste trabalho daqui em diante levará em conta as

No momento histórico em que se operaram tais conceituações, ainda não se trabalhava a possibilidade de irradiação da Constituição e dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico, de forma que se faz preciso compatibilizar essas duas realidades.

Nessa ótica, a estrutura do delito com que se trabalha na dogmática penal apresenta elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade, afora a punibilidade para aqueles que adotam uma teoria quadripartida – que precisam apresentar-se reunidos para que se reconheça a configuração de um delito.

Esses elementos devem ser enxergados a partir de uma ordenação lógica, na qual a culpabilidade sucede a ilicitude e esta, por sua vez, sucede a tipicidade. Isso, entretanto, não significa que configurem uma soma de elementos autônomos, mas sim uma sequência de categorias lógicas de análise de uma conduta, como leciona Zaffaroni⁴:

La mayoría de los autores reconocen que la afirmación de un concepto analítico del delito no importa la consideración del mismo como una suma de elementos. Ello resulta a nuestro juicio certero, al punto que creemos que la consideración del delito como una ‘suma’ o ‘añadido’ de elementos configura una desviación grosera del pensamiento analítico, por lo que el rechazo de esta concepción nunca puede justificar el rechazo del criterio analítico que impone el avance por pasos, es decir, estratificadamente.

Para nosotros, el delito nunca puede ser una ‘suma de elementos’ porque su unidad está dada por la acción o conducta. Sus tres caracteres específicos son precisamente características que están en la acción, que pertenecen a ella y que sólo podemos escindir por análisis. Ahora bien, la circunstancia de que éstos sean solamente niveles analíticos no autoriza a que nos podamos mover de un plano al otro del análisis cuando nos convenga. Así, para determinar un plano A no podemos tomar en cuenta elementos que están en un plano C, que es una etapa posterior de análisis; eso nos lo impide el procedimiento analítico que exige que el análisis avance siguiendo un orden lógico, o sea en una prelación lógica.

Assim, ao se reconhecer a incidência de direitos fundamentais de caráter constitucional sobre a norma incriminadora, afastando o caráter delituoso de determinada conduta, é preciso estabelecer em qual dessas categorias se operarão tais efeitos.

categorias internas destes modelos - tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade – e suas interrelações, sem considerar o enquadramento que lhes é conferido.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 18.



Para se realizar tal tarefa, entretanto, não pode ser ignorada essa ordem sequencial e lógica de análise, sob pena de se ignorar toda a premissa teórica sobre a qual se assenta a responsabilidade penal em nosso ordenamento.

Vale dizer, partindo deste modelo tradicional de configuração de delito, é preciso analisar primeiro se a irradiação da norma constitucional elide a própria tipicidade da conduta para, apenas diante de uma resposta negativa a esta questão, analisar sua repercussão sobre a ilicitude, e assim sucessivamente.

É esta a questão a ser analisada no segundo capítulo desta obra, o que se fará à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas decisões em que confere interpretação conforme à Constituição a normas penais incriminadoras, afastando o caráter delituoso de determinadas condutas.

Antes disso, contudo, é preciso mencionar a existência de concepções que tornam mais fluidas as distinções entre esses elementos da conduta delituosa e podem interferir na resposta à questão posta em análise. Aqui se destaca a chamada tipicidade conglobante.

Em síntese, essa teoria prevê que o juízo de tipicidade não pode considerar o tipo incriminador de maneira isolada, mas sim correlacionado com toda ordem jurídica na qual inserido, no intuito de identificar o alcance da proibição que pretende veicular.

Vale dizer, se determinada conduta encontra correspondência no texto puro do enunciado normativo incriminador, essa circunstância não será suficiente para que seja penalmente típica, se fazendo necessário verificar se a sua proibição encontra respaldo no ordenamento considerado como um todo.

Assim explicam Zaffaroni e Pierangeli⁵:

Pois bem: pode ocorrer o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente, isto é, fazendo parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal

⁵ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 9. ed. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 478.



não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma.

Ressalte-se, entretanto, não ser tal teoria propriamente uma nova formulação de nenhum dos elementos que compõem a estrutura do delito, mas sim uma releitura da norma incriminadora da qual se extrai o tipo penal, como ressalta Paulo Queiroz⁶, ao afirmar que “[...] aquilo que se vem de chamar de ‘tipicidade conglobante’ é apenas um modo de interpretar o texto a partir do contexto, dando-lhe interpretação sistematizada [...]”.

Portanto, ao se analisar a repercussão da incidência de normas constitucionais sobre as normas incriminadoras, se mostra interessante também compreender a influência da teoria da tipicidade conglobante na discussão, no intuito de verificar se a premissa teórica adotada pode ou não ensejar consequências diversas.

2. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DE NORMA PENAL INCRIMINADORA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

Como já ressaltado, o Supremo Tribunal Federal – a quem compete precipuamente a guarda da Constituição – julgou nesta década dois casos emblemáticos para a discussão aqui travada.

Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Caso da “Marcha da Maconha”, e nº 54, Caso do Aborto de Fetos Anencéfalos, a Corte se valeu da técnica da interpretação conforme à Constituição sobre normas incriminadoras, afastando sua incidência em determinados casos.

⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 149/150.



Inicialmente, cumpre destacar que a referida técnica, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni⁷:

[...] não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. Constitui técnica que impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido – ou uma interpretação – conforme à Constituição.

Vale dizer, ao aplicá-la, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das normas incriminadoras em questão, afirmando que elas possuiriam interpretações admitidas pela CRFB. Entretanto, em hipóteses específicas, a sua aplicação conduziria à inconstitucionalidade.

No primeiro caso, se definiu que o crime de Apologia de Crime ou Criminoso, previsto no art. 287⁸ do Código Penal, deveria ser interpretado de forma a se permitir a realização de manifestações públicas em prol da legalização de substâncias entorpecentes.

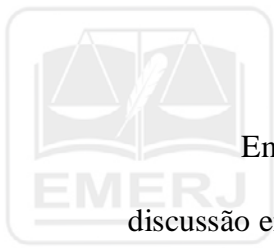
A decisão se funda, em síntese, na ideia de que esse tipo de manifestação configuraria legítimo exercício do direito à livre expressão do pensamento, o qual seria ainda sustentado pelo exercício do direito de reunião, ambos de estatura constitucional (CRFB, art. 5º, IV, IX, XVI e 220).

A Corte ainda demonstrou uma postura mais ativa ao fixar parâmetros para a realização dessas manifestações, esclarecendo os limites em que tal prática se mostraria admitida pela CRFB. A enumeração de tais apontamentos, entretanto, é despicienda à discussão abordada no presente trabalho.

No segundo caso, a Corte⁹ reconheceu “[...] a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal [...]”.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1056/1057.

⁸ BRASIL. Código Penal. “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.”.



Em relação à estrutura do delito mencionada no capítulo anterior, poderia surgir uma discussão em tal decisão. Isso porque as hipóteses previstas no art. 128, I e II do Código Penal são vistas pela doutrina, de forma majoritária, como causas de exclusão da ilicitude¹⁰.

Entretanto, o voto condutor da decisão na ADPF 54 foi além, incluindo a interrupção da gestação nos casos de anencefalia não como uma terceira causa de justificação extraída diretamente da CRFB, mas como uma causa apta a afastar a própria tipicidade da conduta.

Isso porque se reconheceu a ausência de vida, sob o ponto de vista jurídico, a se lesar com tal conduta, uma vez que a ausência de potencialidade de vida extrauterina afastaria o feto anencefálico do âmbito de proteção reconhecido ao tipo penal do aborto.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, chega a discutir a inclusão da anencefalia como causa excludente de ilicitude, mas deixa claro que o faz para fins argumentativos, como se percebe da seguinte passagem de seu voto¹¹:

Definido o fato como atípico, em princípio a discussão (sobre a inclusão da anencefalia no rol do art. 128) estaria prejudicada, não cabendo cogitar de interpretação extensiva daquele preceito legal, e sim dizer que a antecipação do parto em caso de anencefalia não está abrangida pelo conceito de aborto. Repita-se: atípico o fato. Contudo, no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado [...]

Essa concepção é corroborada por abalizada doutrina, como se percebe da obra do professor Cezar Roberto Bitencourt¹²:

Com efeito, na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa interrupção de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, nem sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 1. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> > Acesso em 29/02/2016.

¹⁰ Em relação à causa do inciso II, Rogério Greco diverge, para afirmar ser a consagração de uma inexigibilidade de conduta diversa in GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 9 ed. V. 2. Niterói: Impetus, 2012, p. 240.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. p. 24.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial Dos Crimes Contra a Pessoa*. (Livro Digital) 12. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199.

No julgamento da ADPF 187, entretanto, o voto condutor foi silente acerca das categorias em que se estrutura a teoria do crime, não revelando sobre qual elemento faria incidir o afastamento do caráter criminoso da chamada “Marcha da Maconha”.

Em conclusão, o Ministro Celso de Mello, relator da ação, se limita a dar ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “[...] de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica”¹³

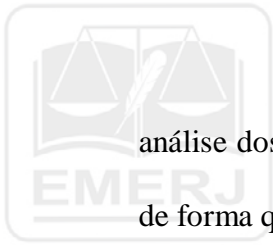
A despeito do silêncio da Corte, a conclusão também deve situar o efeito dessa interpretação conforme no âmbito da tipicidade. Isso porque, o que está em análise quando da submissão de determinado enunciado normativo ao controle de constitucionalidade é sua própria validade. Vale dizer, quando se conclui que o enunciado do art. 287 possui validade constitucional apenas se não atingir a realização de manifestações públicas pela legalização das drogas, se está a afirmar, no âmbito da normatividade, que o próprio enunciado não pode ser aplicado neste caso.

Assim, embora previsto abstratamente no ordenamento, aquele tipo penal não alcança a conduta que ensejou a interpretação conforme à Constituição. A própria tipicidade estaria afastada. A conduta não seria, e não poderia ser, alcançada pelo tipo.

E aqui se trata de tipicidade formal, visto que a discussão está no âmbito da normatividade, ou seja, da possibilidade de submissão de determinada conduta à norma que se extrai do tipo penal.

Para se falar em tipicidade material, que se insere no âmbito da lesividade, ou seja, da afetação ou não, no caso concreto, do conteúdo material de proteção da norma, seria preciso reconhecer estar caracterizada a tipicidade formal, uma vez que, como já exposto, a

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 187. Relator Ministro Celso de Mello. p. 58. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195> > Acesso em 29/02/2016



análise dos elementos que compõem o crime deve se realizar segundo uma ordenação lógica, de forma que a discussão só avance à categoria seguinte se a anterior já estiver caracterizada.

Essa visão que situa o debate no âmbito da tipicidade, entretanto, não é compartilhada pela integralidade dos autores que se dispuseram a enfrentar o tema. Uma voz dissonante é a do professor Fernando Galvão, que trata o conflito aludido não à luz da atipicidade, mas a partir do conceito de crime impossível¹⁴:

Se não houver compatibilidade da norma incriminadora com os princípios fundamentais encartados na Constituição da República, a impossibilidade jurídica da incriminação caracterizará o crime (juridicamente) impossível. Com base em tais premissas, por exemplo, seria o caso de reconhecer o crime impossível na previsão legal que estabelecesse tipificação para a conduta de não comparecer a um determinado culto religioso. Considerando que a Constituição garante a liberdade de crença religiosa, a incriminação se apresentaria juridicamente impossível.

Percebe-se que o autor pretende ampliar a conceituação de crime impossível para abranger não apenas as situações em que sua consumação é faticamente impossível, pela impropriedade absoluta do objeto ou pela ineficácia absoluta do meio, mas também aquelas em que haveria uma impossibilidade jurídica da incriminação.

Tal construção, entretanto, revela-se um alargamento desnecessário do instituto do crime impossível, que foi concebido para determinar a punibilidade ou não de crimes tentados, a se perscrutar se sua consumação possuía alguma viabilidade ou se o bem jurídico esteve livre de qualquer ameaça desde o início da conduta frustrada.

A figura do crime juridicamente impossível que o autor propõe reflete concepção totalmente diversa, a guardar com o crime impossível tradicional apenas a semelhança de nomenclatura.

Parece mais acertado trabalhar com a categoria da tipicidade para tais hipóteses, visto que a impossibilidade jurídica da incriminação, a que o autor se refere, conduz necessariamente à não incriminação. E aquilo que a norma penal não pode incriminar tem que ser considerado fora dos limites típicos.

¹⁴ GALVÃO, op. cit., p. 268.

Vale ressaltar que reconhecer a solução no âmbito da tipicidade se revela resposta ainda mais adequada ao se verificar que ela mantém sua integridade ainda que se considere a aplicação da Teoria da Tipicidade Conglobante, antes mencionada.

É preciso, em realidade, reconhecer que o professor Zaffaroni, ao cunhar tal teoria, não chegou a propor que ela solucionasse a questão da irradiação dos princípios constitucionais em seu conflito com a norma incriminadora.

O autor se limita a aplicá-la para excluir a lesividade da conduta que i) não afete bem jurídico de maneira significante; ii) corresponda a um dever imposto pelo ordenamento; iii) corresponda a uma atividade fomentada pelo direito; iv) não ultrapassa o risco assumido pelo sujeito passivo e; v) não ultrapassa o risco permitido pelo ordenamento¹⁵.

Nos casos em análise, seria forçoso afirmar que as condutas de manifestar-se publicamente pela legalização de determinada substância ou de interromper a gravidez de feto anencéfalo seriam fomentadas pelo direito. Para efeitos de comparação, o próprio Zaffaroni elenca como atividades fomentadas a prática desportiva, a investigação científica e a atividade médica¹⁶, reconhecendo o papel positivo do Estado não apenas na regulamentação, mas na própria implementação de condições, inclusive orçamentárias, para a realização de tais atividades, o que não ocorre nos casos em análise.

Entretanto, o próprio autor deixa claro que a referida Teoria, ao considerar a norma incriminadora em conformidade com o resto do ordenamento, objetiva justamente resolver no âmbito da normatividade o conflito entre proibição e aceitação de uma mesma conduta, sem que se precise recorrer aos demais elementos da estrutura dogmática do crime¹⁷.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. V. II.i. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 214.

¹⁶ *Ibid.*, p. 244.

¹⁷ O autor exemplifica a desnecessidade de recorrer aos outros elementos da teoria do crime como uma consequência da Tipicidade Conglobante na realização de cirurgias terapêuticas: “A consideração conglobada da norma deduzida do tipo legal permite resolver a questão ao nível da normatividade, sem recorrer ao consentimento quando for evidente o fomento jurídico da ação, tal qual se dá nas intervenções cirúrgicas de finalidade terapêutica(...)”. *Ibid.*, p. 247.



Assim, ainda que a atividade não seja propriamente fomentada, se o seu exercício é admitido por uma norma de caráter central no ordenamento, não há razão para deixar de solucionar a questão no âmbito da normatividade ou, em outras palavras, no âmbito da tipicidade.

Desse modo, ainda que não se pretenda discutir neste trabalho o acerto ou não da Teoria da Tipicidade Conglobante, essa análise serve para reforçar que o problema se resolve no âmbito da tipicidade, mesmo partindo de um paradigma teórico diverso do inicialmente analisado.

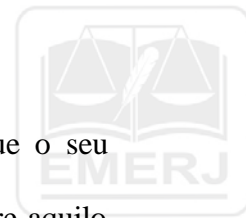
3. REPERCUSSÃO PRÁTICA DA DISCUSSÃO NA INTERPRETAÇÃO PENAL.

Uma vez definida a natureza dos efeitos da realização de interpretações conforme à Constituição de normas penais incriminadoras como forma de exclusão da própria tipicidade formal do delito, é preciso identificar as consequências práticas dessa conclusão.

Para ilustrar essa repercussão de maneira clara, é possível trazer à baila, a título de exemplo, a situação em que uma mulher grávida, pretendendo realizar um aborto, desconhecendo a condição anencefálica do feto que carrega, realiza procedimento de extração desse de maneira eficaz. Apenas após este ato se constata a anencefalia e, conseqüentemente, a ausência de qualquer potencialidade de vida daquele feto que fora objeto material de sua conduta.

Diante de tal situação, os distintos posicionamentos abordados neste trabalho apresentam conclusões divergentes, como se verá.

De um lado, admitindo-se que a anencefalia afasta a própria tipicidade da conduta, na medida em que a ausência de viabilidade de vida extrauterina esvazia o próprio conceito de “aborto”, a extração antecipada de feto anencéfalo jamais constituiria crime.



Se o agente não realiza a conduta formalmente típica, pouco importa que o seu *animus* esteja direcionado à prática criminosa. Quando tal situação se verifica, ocorre aquilo que a doutrina denomina Delito Putativo por Erro de Tipo ou Crime Putativo.

Nos dizeres de Fernando Galvão¹⁸, o crime putativo “[...] existe somente na interpretação do sujeito que realiza a conduta, posto que não há previsão legal para a incriminação da conduta realizada”.

Essa manifestação volitiva dissociada da realização de uma conduta típica não possui qualquer repercussão penal. Ela não preencheria sequer o conceito de ação adotado pela teoria finalista, atualmente aplicada no direito penal pátrio.

Em tal concepção, a ação se realiza em duas fases. Na primeira, inteiramente realizada na esfera do pensamento, o agente antecipa o fim que deseja realizar e identifica os meios que pretende empregar para alcançá-lo. Na segunda, ele desenvolve sua ação no mundo real de acordo com a antecipação mental efetuada¹⁹.

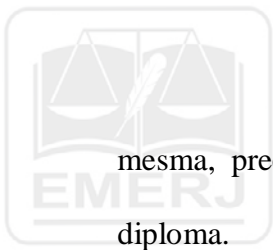
Se o sujeito limitar-se à primeira fase, mas colocar em prática conduta diversa, não há ação finalística. E reconhecer relevância penal a tal manifestação importaria clara violação ao princípio da lesividade, uma vez que sem a manifestação externa da conduta, não há como se conceber lesão ou perigo penalmente relevante a qualquer bem ou interesse.

Por sua vez, caso se reconheça que a descriminalização do aborto de feto anencéfalo é causa excludente da ilicitude da conduta, ampliando-se jurisprudencialmente o rol do art. 128²⁰ do Código Penal, como se chegou a discutir no âmbito da ADPF 54, a conduta acima narrada se mostraria formalmente típica, por se tratar de aborto provocado por gestante em si

¹⁸ GALVÃO, op. cit., p. 271.

¹⁹ Nesse sentido: WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. Uma Introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32/33

²⁰ BRASIL. Código Penal. “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.



mesma, preenchendo-se todas as elementares do crime previsto no art. 124²¹ do mesmo diploma.

Ressalte-se que, como tal entendimento não admite a ideia de que a ausência de potencialidade vital extrauterina descaracterizaria o conceito de “aborto”, a interrupção da vida intrauterina do feto, que é o objeto material do crime, já evidenciaria afetação do bem jurídico tutelado, ainda que ele jamais viesse a atingir uma condição viável de vida. Dessa forma, também estaria presente a tipicidade material da conduta.

Ao se verificar a ilicitude, próxima categoria lógica de análise da conduta, o afastamento do seu caráter criminoso também não seria possível.

Para compreender tal afirmação, é preciso destacar que Welzel²², no desenvolvimento da teoria finalista, já reconhecia um caráter subjetivo à categoria da antijuridicidade²³, na medida em que esta teria por objeto a ação, que se compõe necessariamente de um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo:

Devido à variedade de sentidos do conceito ‘objetivo’, surgiu a crença equivocada de que a antijuridicidade pode referir-se apenas à face objetiva (do mundo exterior) da ação, por ser um juízo de desvalor ‘objetivo’. Na realidade a palavra ‘objetivo’ é empregada aqui em dois sentidos. A antijuridicidade só é objetiva no sentido de um juízo valorativo geral; seu objeto, a ação, é, pelo contrário, uma unidade de elementos objetivos (do mundo exterior) e subjetivos (anímicos).

Assim, no bojo da concepção finalista parte da doutrina passou a reconhecer que todas as causas de exclusão da ilicitude exigiriam a presença de requisitos objetivos e subjetivos. Vale dizer, não bastaria o atuar em situação justificante, também seria preciso ter conhecimento desta situação e a partir disso dirigir a sua vontade.

²¹ BRASIL. Código Penal. “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”.

²² Ibid., p. 64

²³ Ou Illicitude, termo mais aceito atualmente.



Nesse sentido, Fernando Galvão²⁴ afirma que “[...] o desvalor da conduta não pode desaparecer se o sujeito orientar-se por motivos de desprezo aos bens ou interesses juridicamente tutelados”.

Dessa forma, a grávida que desconhece o fato justificante consistente na anencefalia do feto não estaria coberta pela causa legal de exclusão da ilicitude, visto que dirige a sua vontade para a realização de uma conduta ilícita, mantendo-se íntegro o desvalor de sua conduta.

No âmbito da culpabilidade sequer se afigura uma discussão sobre a existência de qualquer causa excludente na conduta narrada. O mesmo se pode dizer da punibilidade.

Assim, a se entender que a anencefalia teria natureza de causa excludente de ilicitude, a única solução possível para o caso narrado seria a responsabilização da agente pelo aborto realizado, em sua forma consumada, fazendo-a incidir nas penas do art. 124 do Código Penal.

Com isso se evidencia a distinção drástica de efeitos que pode se operar a partir da adoção de uma ou outra concepção sobre o enquadramento jurídico-penal que se deve dar à interpretação conforme à Constituição realizada na ADPF nº 54.

Situações semelhantes poderiam ser elaboradas para ilustrar qualquer outra hipótese de aplicação dessa técnica para afastar o caráter criminoso de determinada conduta. A depender do enquadramento dado a tal afastamento, ter-se-iam respostas penais diversas, a evidenciar a relevância de se trabalhar com as categorias da teoria do crime ao se discutir a constitucionalidade de determinada norma incriminadora.

²⁴ GALVÃO, op. cit., p. 354.



CONCLUSÃO



O reconhecimento de que a Constituição limita o alcance das normas penais e até mesmo veda a criminalização de determinadas condutas se tornou possível com a estruturação de um modelo constitucional do Direito Penal, no qual a validade da norma incriminadora depende de sua compatibilidade com as regras e os princípios constitucionais.

Esse contexto permitiu ao Supremo Tribunal Federal proferir decisões que concretizam essa limitação constitucional ao alcance de alguns tipos penais, valendo-se, para tanto, da técnica da interpretação conforme à Constituição.

Ao se analisar essas decisões, se mostrou fundamental realizar o necessário confronto de suas repercussões com as categorias de análise da teoria do crime. Nessa tarefa verificou-se que o STF não apresenta sempre de maneira clara o elemento sobre o qual recai o afastamento do caráter criminoso da conduta que está a declarar.

Quando o fez, como ocorreu no julgamento da ADPF 54, para concluir que estava afastando a tipicidade da conduta, foi levado a tanto pelas peculiaridades do caso, cuja discussão circundava o próprio significado de uma elementar típica: o “aborto”.

No julgamento da ADPF 187, por sua vez, não estava em discussão a interpretação de qualquer elementar do crime de Apologia de Crime ou Criminoso, mas sim o alcance que pode ser conferido à norma incriminadora diante das garantias constitucionais da livre expressão do pensamento e do direito de reunião. Nesse caso, a Corte passou ao largo dos conceitos de análise da teoria do crime, evidenciando o descompasso entre a discussão constitucional e a teoria sobre a qual se estrutura a dogmática penal.

Por esse motivo, o presente trabalho pretendeu conciliar as duas realidades ao identificar como a interpretação conforme à Constituição repercute na própria tipicidade



formal do delito. Assim, se conclui que aquela conduta cuja criminalização é vedada pela Constituição não é sequer alcançada pelos limites normativos do tipo penal.

Ao se testar tal constatação no âmbito da teoria da tipicidade conglobante, ela mostrou se amoldar de maneira adequada mesmo diante de uma premissa diversa de análise, reforçando o seu acerto.

E o esforço aqui empregado não apresenta apenas soluções para um problema dogmático, de compatibilização entre duas realidades teóricas distintas, que se poderia reputar estéril, mas também gera repercussões práticas, como se evidenciou no terceiro capítulo deste trabalho.

Assim, resta evidente a possibilidade de se aliar a hermenêutica constitucional à teoria do crime, aproximando duas realidades teóricas distintas. Tal tarefa mostra especial relevância quando a atuação jurisdicional prestigia um modelo constitucional do direito penal, e o esforço aqui empreendido destina-se a evitar o esvaziamento da clareza de que se deve revestir a norma penal perante seus intérpretes e seus destinatários.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial Dos Crimes Contra a Pessoa*. (Livro Digital) 12. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm > Acesso em 13/04/2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 1. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> > Acesso em 29/02/2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 187. Relator Ministro Celso de Mello. p. 58. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195> > Acesso em 29/02/2016

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 9. ed. v. 2. Niterói: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 28. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 9. ed. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal Uma Introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. V. II.i. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR

Raquel Dias de Almeida

Graduada em Direito pela UCAM. Advogada.

Resumo: A Constituição Federal junto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) possibilitaram mudanças fundamentais em relação ao panorama da infância e da juventude, inaugurando a Doutrina da Proteção Integral, a qual assegura com total prioridade as garantias individuais e fundamentais face às crianças e aos adolescentes. Vale salientar, que depois de diversas lutas, atualmente, a classe infanto-juvenil são sujeitos de direitos e se encontram em peculiar condição de desenvolvimento, e por esse motivo merecem atenção prioritária. O Estatuto da Criança e do Adolescente designou diferentes tipos de medidas socioeducativas, como: a advertência-coerção; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade e a internação em instituições educacionais. Institui também as medidas de proteção. Essas medidas socioeducativas são impostas aos adolescentes em conflito com a lei, entre a faixa etária de 12 a 18 anos de idade, podendo se estender até aos 21 anos, e tem por finalidade primordial a reinserção desse jovem infrator na sociedade, ou seja, as medidas socioeducativas não visam, somente, punir, mas também ressocializar esse adolescente para no futuro, esse possa ter uma vida digna.

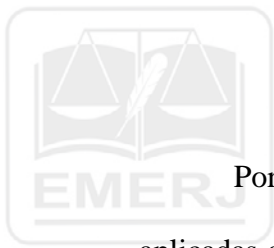
Palavras-chave: Constituição Federal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direitos Fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Medidas Socioeducativas. Princípio da proteção integral, princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse. Função ressocializadora das medidas socioeducativas.

Sumário: Introdução. 1. Medidas Socioeducativas. 2. Regressão e Progressão da Medida Socioeducativa. 3. Ressocialização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir a se há efetivação e ressocialização das medidas socioeducativas impostas aos adolescentes em conflito com a lei, considerando a trajetória histórica por meio de diversos códigos, tais quais, o Código de Mello Matos, o Código de Menores, a Constituição Federal de 1988 até o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com tal análise e discussão procura-se demonstrar que as medidas socioeducativas são importantes para salvaguardar os direitos e possibilidade de ressocialização dos adolescentes infratores, mas é necessário apreciar se essa proteção está sendo efetiva.



Portanto, é preciso analisar de maneira sucinta se as medidas socioeducativas, aplicadas aos adolescentes infratores, se coadunam com o objetivo ressocializador de fato ou se na prática essa nova política de atendimento, por meio de ações pedagógicas, e de cunho também punitivo estão sendo ineficazes.

Para isso, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico das leis vinculadas a esse ramo do Direito, bem como aplicações e espécies de medidas socioeducativas, os quais demonstram o interesse na ressocialização do adolescente infrator.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que as maneiras em que ocorrem as regressões e progressões das medidas socioeducativas, com o objetivo de aferir em que situações o adolescente poderia obter benefícios em seu regime.

Por fim, no terceiro capítulo procura-se explicitar que as medidas socioeducativas em geral possuem caráter ressocializador. Para tanto, que haja maior efetividade, é necessário que as políticas públicas que sejam favoráveis ao problema e que assegurem ao adolescente infrator, os direitos que esse possui.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, para que possa por meio de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais são viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, possa-se comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Assim, verifica-se uma abordagem ao objeto dessa pesquisa jurídica a necessidade de ser qualitativa, valendo-se o pesquisador da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS

No ano de 1923, Mello de Mattos foi o criador do juizado de menores, tendo sido também o primeiro juiz de menores da América Latina. Assim, foram estabelecidas regras

criminais para crianças e adolescentes menores de 18 anos, a qual se denominou Código Mello Mattos¹.

O Código de Menores², Lei 6.697/79, foi o resultado dos debates para reforma ou criação de uma legislação menorista. No entanto, sem pretender surpreender ou verdadeiramente inovar, consolidou de maneira expressa a doutrina da Situação Irregular, restrita, que ocupou o cenário jurídico infanto-juvenil por mais de meio século. Essa visão limitava-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo predefinido de situação irregular, estabelecido no art. 2º do Código de Menores, fundado no binômio carência-delinquência³.

A Constituição⁴ da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 228, traz a condição de inimputável ao menor infrator, fazendo a previsão que este deverá obedecer a regras a serem estabelecidas em legislação especial, a qual foi criada posteriormente no ano de 1990.

A legislação atual que estabelece regras relativas aos menores é o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA⁵ que foi promulgado em 13 de Julho de 1990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira na produção de um documento de direitos humanos em respeito aos direitos da população infanto-juvenil, em seu art. 2, o qual distingue a ‘criança’ (menor de 12 anos) do ‘adolescente’ (entre 12 e 18 anos). Somente para este ultimo é que se prevê medidas socioeducativas (art 110). No caso para a criança, existem medidas de proteção (arts. 99 a 102 e 105). Ademais, o presente estatuto visa tutelar todos os direitos relativos aos menores, observando sempre na sua aplicação a menoridade do indivíduo e preservando a ressocialização do indivíduo à sociedade e sua família.

¹ BRASIL. Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

² BRASIL. Lei. 6697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123>. Acesso em: 04 abr. 2016.

³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo. Atlas, 2011, p. 08

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 04 abr. 2016.

⁵ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016



Nesses termos, importante salientar que as medidas socioeducativas são distintas das medidas de proteção, haja vista que a primeira será aplicada ao adolescente, enquanto que a segunda será aplicada à criança, em conformidade ao disposto no art. 112, VII, art. 114 e art. 101, I a VI todos do ECA⁶.

Assim, a medida socioeducativa pode ser considerada a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por adolescentes, de natureza jurídica impositiva, retributiva e pedagógica cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógico-educativa⁷.

Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada independente da vontade do infrator, com exceção daquelas aplicadas em sede de remissão, que tem finalidade transacional. Tem cunho retributivo, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. Além disso, é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado. Soma-se, ainda, o caráter pedagógico, que visa à reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social.

A disciplina própria do Estatuto para cuidar do adolescente responsável por ato infracional vem recebendo nomenclatura variada entre os operadores do direito, sendo, por vezes, denominada “direito penal juvenil”, “direito infracional”, “direito socioeducativo”, entre outras.

Importante é reconhecer sua especificidade em relação à seara criminal, e pautar a atuação jurídica em conformidade com tal reconhecimento. Embora não estejam os adolescentes sujeitos à normativa penal, são responsáveis pelos seus atos ante a sistemática que lhes é peculiar e devem receber prestação jurisdicional condizente com os parâmetros legais ali definidos.

⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paul, Atlas, 2011, p. 08

⁷ LEAO, David Chaves. *As Medidas Socioeducativas Impostas aos Adolescentes em Conflito com a Lei*. Fortaleza, 2012. Monografia – Curso de Direito, Faculdade Farias Brito – FFB.



Há que se considerar o fato dessas medidas serem impostas de acordo com o devido processo legal, conforme art. 110 ECA e art. 5º, inciso LIV Constituição Federal⁸, uma vez que tem o condão de limitar e até mesmo suspender temporariamente a liberdade do adolescente. Portanto, o adolescente não poderá ser submetido ao cumprimento de uma medida socioeducativa de internação sem o devido processo legal.

O § 1º do art. 112 e o art. 113 do ECA⁹ explicitaram os critérios a serem observados para a aplicação das medidas socioeducativas: *i*) capacidade para cumpri-las; *ii*) circunstâncias e consequências do fato; *iii*) gravidade da infração; *iv*) necessidades pedagógicas. Também incidem aqui os princípios definidos no art. 100¹⁰ para a aplicação da medida, realçando a necessidade de que a intervenção estatal seja precoce, mínima, proporcional e atual, realizada de forma a estimular que os pais assumam seus deveres.

Assim, apesar de as medidas, diversamente das penas na área criminal, não terem sido previamente fixadas pelo legislador qualitativa ou quantitativamente em relação a cada fato, não poderá a autoridade judiciária, quando da respectiva aplicação, se afastar da aferição quanto aos critérios acima mencionados, na busca pela mais adequada à cisão da escalada infracional iniciada pelo jovem.

Levando em consideração esses fatores, o art. 112, §3º¹¹ estabelece necessidade de tratamento diferenciado para portadores de deficiência mental, pois, não têm a capacidade de compreensão dos demais adolescentes, motivo pelo qual a medida que se lhes destina não poderá ser a mesma.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 04 abr. 2016.

⁹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.



Assim como ocorre para as medidas protetivas, aqui existe possibilidade de aplicação cumulada de medidas e de sua substituição a qualquer tempo, por força do disposto no art. 113¹² visando a uma resposta mais completa ao caso concreto.

No que tange ao disposto no art. 114¹³, houve a exigência para a imposição das medidas dos incisos II a VI do art. 112¹⁴, que restassem suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade do ato infracional. A exceção neste caso é a aplicação de medidas cumulativas com a remissão (remissão imprópria), quando também não será necessária prova cabal de autoria e materialidade.

Já para a aplicação da medida de advertência, a exigência ficou restrita à prova da materialidade do ato, contentando-se, relativamente à autoria, apenas com a presença de indícios.

Aqueles adolescentes com idade entre 18 e 21 anos de idade, sofrem aplicação excepcional, conforme art. 104¹⁵, pois, determinou o legislador, que deve considerar a idade do adolescente à data do fato para os efeitos ali delineados, ou seja, há possibilidade de aplicação da medida socioeducativa ao adolescente que tenha cometido ato infracional até que este complete 21 anos de idade.

A Lei do SINASE¹⁶ afastou qualquer dúvida sobre a questão ora em estudo, ao prever que caberá à autoridade judiciária decidir acerca da eventual extinção da execução de medida socioeducativa em cumprimento por jovem maior de 18 anos que venha a responder

¹² BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. Lei 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 05 abr. 2016.



por processo criminal, determinando, inclusive, o desconto do tempo de prisão cautelar (art. 46, §§ 1º e 2º¹⁷).

O art. 112¹⁸ elenca as espécies de medidas socioeducativas, que, além disso, têm tratamento individual nos dispositivos que seguem.

A medida socioeducativa da advertência (art. 115 ECA¹⁹) é destinada ao adolescente que praticou um ato infracional de menor potencial ofensivo, ou seja, praticou um ato de pouca lesividade ou de natureza leve, bem como às hipóteses de primeira passagem do adolescente pelo juízo da infância e da juventude, por ato infracional.

Admoestação verbal feita pelo juiz da infância e da juventude ao adolescente deve ser reduzida a termo em audiência e assinada pelo infrator, pais ou responsável, e tem por objetivo alertá-los quanto aos riscos do envolvimento do adolescente em condutas antissociais e, principalmente, evitar que se veja comprometido com outros fatos de igual ou maior gravidade. Para aplicação da referida medida exige a lei prova da materialidade do ato infracional e apenas indícios suficientes de autoria.

A medida socioeducativa de advertência pode ser aplicada nas seguintes situações: 1º) ao adolescente que pratica ato infracional (art. 112, I c/c o art. 103²⁰); 2º) aos pais ou responsável (art. 129²¹, VII); 3º) às entidades governamentais ou não governamentais, responsáveis pelo desenvolvimento dos programas de internação (art. 97²², I, “a” e II, “a”).

A remissão no presente caso pode ser concedida pelo Juiz da Infância e da Juventude no início do procedimento, conforme preleciona o art. 126²³, parágrafo único e art. 127²⁴

¹⁷ BRASIL. Lei 12.594, de 18 de Janeiro de 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 05 abr. 2016.

¹⁸ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.



ECA, e pelo Ministério Público esta deve ocorrer ante do início do procedimento de apuração do ato infracional, conforme art. 126²⁵, caput ECA.

Cuida o art. 116²⁶ do Estatuto da medida de obrigação de reparação do dano causado por ato infracional com reflexos patrimoniais. Assim, deixa claro a lei que tal medida somente será aplicada quando a conduta do adolescente tenha causado um prejuízo material para a vítima, podendo, em tais casos, ser determinados a restituição da coisa, o ressarcimento do dano ou a compensação do prejuízo.

No caso de um adolescente com menos de 16 anos de idade considerado culpado e obrigado a reparar o dano causado, em detrimento de sentença definitiva, a responsabilidade para realização dessa indenização será exclusivamente dos pais ou responsáveis. Caso, de adolescente acima de 16 e abaixo de 21 anos, esse será solidário com os pais ou responsáveis quanto às obrigações decorrente de ato infracional por ele cometido²⁷.

Nesse diapasão, percebe-se que a medida aqui elencada é de caráter sancionatório e educativo, pois, por meio dela, busca-se a percepção pelo adolescente infrator o reconhecimento que sua conduta foi inadequada, ou seja, essa medida tem o objetivo de reeducar o adolescente, trazendo para ele o senso de responsabilidade.

Em sendo o adolescente desprovido de recursos, a medida deverá ser substituída por outra adequada, segundo dispõe o parágrafo único deste dispositivo.

A Medida Socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade está prevista art. 117²⁸, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades

²⁵ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016.

²⁶ Ibid.

²⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127

²⁸ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016.

assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Assim, essa medida socioeducativa tem o condão de fazer com que o adolescente retorne ao convívio com a comunidade, por meio de serviços gratuitos, que serão realizados em diversos locais como: entidades assistenciais, escolas, hospitais, entre outras, sempre sendo cumprida em meio aberto.

Não se pode confundi-la com a prestação de trabalhos forçados, vedada pelo art. 5º²⁹, XLVII, c, da CR, e pelo art. 112³⁰, §2º, do ECA, haja vista que a prestação de serviços à comunidade serve para que o adolescente desenvolva senso cívico, apurando sua percepção de cidadania.

Não poderá exceder o prazo de 6 meses e terá por jornada máxima a de 8 horas semanais, sem prejuízo do horário escolar ou profissional (art. 117³¹ e seu parágrafo único do ECA). É imprescindível que estes dados integrem a sentença, sob pena da inexecutabilidade desta. A omissão, portanto, enseja a interposição do recurso de embargos de declaração.

Disciplinada nos arts. 118³² e 119³³, devendo ser aplicada sempre que for observada a necessidade de o adolescente receber acompanhamento, auxílio e orientação, por parte de pessoa designada pela autoridade judicial e apta ao atendimento. É a medida mais rígida dentre as cumpridas pelo adolescente em liberdade.

De relevante importância é o papel do orientador, o qual a este cabe a condução da medida, em que se engloba uma gama de compromissos que envolvem não só o adolescente, mas também sua família. Cabe ao orientador, ainda, reunir elementos, por intermédio de relatório do caso, para subsidiar a análise judicial acerca da necessidade de manutenção,

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm . Acesso em: 04 abr. 2016.

³⁰ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.



revogação ou substituição da liberdade assistida por outra medida que venha a se afigurar mais adequada.

Aplicada pelo prazo mínimo de 6 meses, não havendo prazo máximo estipulado em lei, a jurisprudência do STJ (HC nº 172.017/SP³⁴) se consolidou no sentido de fixá-lo no máximo de 3 anos, aplicando-se por analogia o tempo máximo de internação (art. 121³⁵, §3º).

O orientador nomeado pela Autoridade Judicial é responsável pela condução da medida, o qual deve acompanhar e auxiliar o adolescente em conflito com a lei, bem como por sua família também. Dentre suas funções, o orientador deve reunir elementos para elaboração de um relatório obrigatório sobre a situação apresentada, com o objetivo de facilitar a análise judicial, caso haja necessidade de manutenção, substituição ou revogação da liberdade assistida por outra medida mais adequada. Ainda, sua função também concerne em conduzir o adolescente orientado em uma nova inserção social³⁶.

Dentre às medidas socioeducativas de meio aberto, a liberdade assistida é considerada a mais gravosa, pois caso o adolescente não cumpra as regras impostas na sentença ou então o seu orientador, há a possibilidade da liberdade assistida ser substituída por outras medidas, até mesmo pela a internação³⁷.

Assim, percebe-se que o objetivo principal da medida de liberdade assistida “é garantir que o adolescente possa contar com um adulto que o acompanhe, auxilie e oriente em sua inserção social, junto à família, na escola, e no mercado de trabalho”.³⁸

³⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC nº172.017/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21124306/habeas-corpus-hc-172017-sp-2010-0084302-3-stj/inteiro-teor-21124307>>. Acesso em 21 abril 2015

³⁵ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

³⁶ LEAO, David Chaves. *As Medidas Socioeducativas Impostas aos Adolescentes em Conflito com a Lei*. Fortaleza, 2012. Monografia – Curso de Direito, Faculdade Farias Brito – FFB.

³⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo. Atlas, 2011. p. 34

³⁸ MATTOS, Janaína Valéria. *Liberdade Assistida*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/1212.htm>>. Acesso em 26 abril 2015

A medida de liberdade assistida pode ser aplicada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto. Nesta, o adolescente trabalha e estuda durante o dia e, no período noturno, fica recolhido em entidade de atendimento.

Podem ser realizadas independentemente de autorização judicial, sendo obrigatória a escolarização e a profissionalização do jovem em conflito com a lei (art. 120 e § 1º do ECA).

Aplicam-se à semiliberdade, no que couber, as disposições relativas à internação (art. 120, § 2º), como os princípios e normas previstos nos artigos 121 a 125 do Estatuto (Lei nº 8.069/90) não podendo ser imposta por prazo determinado e devendo sua manutenção ser reavaliada pela autoridade judicial, após ouvido o Ministério Público e a defesa, no máximo a cada seis meses. Da mesma maneira, o prazo máximo de duração será de 3 anos, por força do art. 121³⁹, §3º.

Em se delineando a incapacidade do adolescente no cumprimento do regime de semiliberdade (art. 118, § 1º, da Lei n. 8.069/90), tem o julgador o adequado instrumento da regressão da medida (art. 122, III, do ECA) não se fazendo necessário transmudar a natureza da anteriormente aplicada, com o cerceamento das atividades externas, como por exemplo: a frequência à escola, às relações de emprego, entre outras. Ressaltando que caso não haja a possibilidade de realização dessas atividades externas, a medida socioeducativa de semiliberdade perde sua finalidade e função⁴⁰.

Se percebe, que essa medida de semiliberdade é uma forma de privação de liberdade e de institucionalização, uma vez que há limitação no direito de ir e vir do adolescente em conflito com a lei. Ainda, essa é considerada uma forma mais branda e atenuada de internação, que será estudada a seguir, uma vez que o adolescente pode realizar atividades externas, sem necessitar de autorização judicial para tal.

³⁹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁴⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.133



Permeiam todo o sistema relativo à internação, em virtude da natureza segregadora dessa, os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

O princípio da brevidade importa que a medida deve alcançar o menor período possível da vida do adolescente, o qual está em processo de formação e tem no seu direito fundamental à liberdade um dos mais relevantes fatores para a construção do seu caráter.

O princípio da excepcionalidade significa que sua aplicação somente se justifica quando não há outra que se apresente mais adequada à situação. As exceções pressupõem a existência de uma regra. Nesse caso, a regra é a da manutenção do jovem em liberdade. É consequência do caráter aflitivo das medidas restritivas de liberdade, e guarda estreita relação com a necessária delimitação do poder do Estado de impingir aos indivíduos cerceamento no exercício dos seus direitos.

O princípio do respeito à condição peculiar traz uma ótica multidisciplinar sobre o comportamento do adolescente, realçando as suas especificidades em relação ao adulto e impondo sejam tomadas em conta por todos os operadores do sistema suas circunstanciais condições psíquicas, físicas e emocionais.

Também decorre que, mesmo com a internação, é preciso tutelar de forma ampla o adolescente, pois essa não tem o mesmo caráter punitivo da pena. O objetivo é a ressocialização, e para isso o ECA prevê uma série de direitos garantidos ao adolescente internado (art. 124⁴¹).

Na internação, a realização de atividades externas é, em regra, liberada, a critério da equipe interprofissional⁴². No entanto, pode ser proibida expressamente pela autoridade

⁴¹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁴² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.142

judiciárias nos termos do art. 121⁴³, §1º. Essa proibição poderá ser revista a qualquer tempo, de acordo com o §7º do mesmo dispositivo, incluído pela Lei do SINASE⁴⁴.

A Lei do SINASE⁴⁵ trouxe, em seu art. 50, a alternativa de o programa de execução da internação autorizar a saída monitorada do adolescente nos casos de tratamento médico, doença grave ou falecimento comprovado, de pais, filhos, cônjuge e companheiros e irmãos, devendo ser o Juízo imediatamente comunicado.

A medida não se sujeita a prazo certo, de modo que na sentença o Juízo se limita a impor a medida de internação, que será reavaliada, no máximo, a cada 6 meses (art. 121⁴⁶, §2º). Para determinar a internação e decidir sobre a reavaliação, valer-se-á o Juiz de laudo técnico, o qual, contudo, não vincula sua decisão (HC nº 189.631/MT - STJ⁴⁷). Não obstante, o ECA fixa prazos máximos de cumprimento da medida, tendo como marco: *i*) tempo de cumprimento; *ii*) idade do internado.

Com relação ao tempo de cumprimento, esse variará conforme a hipótese que ensejou a determinação da internação. Assim, a medida não poderá ultrapassar 3 anos, caso tenha decorrido de ato infracional com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou por reiteração de condutas graves (art. 121⁴⁸, §3º, I e II). Após este tempo, será o adolescente posto em semiliberdade ou liberdade assistida (art. 121⁴⁹, §4º).

⁴³ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁴⁴ BRASIL. Lei 12594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em 04 abr. 2016

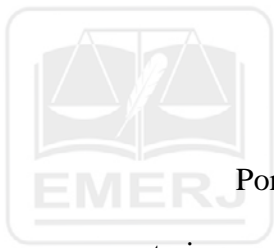
⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁴⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC nº189.631/MT. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21280178/habeas-corporus-hc-189631-mt-2010-0204226-4-stj/inteiro-teor-21280179>>. Acesso em 21 abril 2015

⁴⁸ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁴⁹ Ibid.



Por outro lado, quando a internação decorre do descumprimento reiterado de medida anteriormente imposta (art. 122⁵⁰, III), a chamada Internação-Sanção, o prazo máximo será de 3 meses (art. 122⁵¹, §1º).

Com relação à idade do internado, independentemente do tempo de cumprimento, o infrator será colocado em liberdade ao completar 21 anos, conforme se depreende do art. 121⁵², §5º. Diga-se que a diminuição da maioridade civil não teve o condão de alterar as disposições do ECA, conforme já decidido pelo STJ.

O art. 122⁵³ disciplina os casos nos quais a medida de internação é cabível. O rol ali descrito é taxativo e o fato de a situação se amoldar numa daquelas hipóteses não obriga a autoridade judiciária a aplicar a medida.

São três as situações contempladas: *i)* Ato infracional cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa; *ii)* Reiteração de infrações graves; *iii)* Descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta, conforme exposto:

a) Ato infracional cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa: Exemplos de tais atos são aqueles análogos a homicídios, roubos, latrocínios, estupros, etc. Aqui, ainda que o adolescente não tenha antecedentes, é possível a aplicação da medida de internação. Aliás, há precedente do STJ acatando a possibilidade de internação, inclusive, quando o ato infracional restar apenas tentado (HC nº 178.967/DF⁵⁴).

b) Reiteração de infrações graves: Nesse caso, o primeiro ato infracional cometido precisa ser grave para posterior caracterização dessa hipótese. Grave, mas não necessariamente da mesma espécie, tampouco necessariamente cometidos com violência ou

⁵⁰ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº178.967/DF. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285380/habeas-corpus-hc-178967-df-2010-0127178-3-stj/inteiro-teor-21285381>>. Acesso em 21 abril 2015



grave ameaça contra a pessoa. Os crimes considerados graves são apenados com reclusão. Ponto mais relevante desse assunto é determinar o que é compreendido pela ideia de reiteração. A jurisprudência ainda majoritária e clássica do STJ firmou-se no sentido de caracterizar a reiteração apenas após dois atos infracionais anteriores. Assim, a partir do terceiro ato a situação em estudo se perfazia. No entanto, após o STF se manifestar sobre o assunto e considerar não haver fundamento legal para exigir um número mínimo de 3 infrações, o STJ já acena com a possibilidade de alterar o entendimento, deixando de lado o requisitos de duas infrações prévias (HC nº 280.478/SP⁵⁵). Contudo, não é possível afirmar, ainda, que houve virada jurisprudencial sobre o tema.

c) Descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta: Trata-se de hipótese de regressão, isto é, substituição de uma medida menos gravosa pela internação. Essa é a chamada Internação-Sanção. O STJ consolidou entendimento no sentido de que sua aplicação deveria ser precedida de abertura do contraditório (Enunciado nº 265⁵⁶). Hoje, o art. 122⁵⁷, §1º, acolheu essa interpretação para prever expressamente a necessidade de observância de contraditório prévio para a decretação da medida.

Embora seja o tráfico um crime/infração de natureza grave, não são cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, razão pela qual não seria possível a aplicação da medida de internação quando da primeira ocorrência imputada àquele adolescente. Nesse sentido, o Enunciado nº 492⁵⁸, do STJ.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº280.478/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24968819/habeas-corpus-hc-280478-sp-2013-0356468-0-stj/inteiro-teor-24968820> >. Acesso em 21 abr. 2015

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 265. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?num=265&tri=stj>>. Acesso em 21 abr. 2015

⁵⁷ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 265. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=STJ&num=492>>. Acesso em 21 abr. 2015



O art. 123⁵⁹ determina que a internação será cumprida em entidade de atendimento exclusiva para adolescentes, obedecida a separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Ao longo do cumprimento, todos os internos serão obrigatoriamente submetidos a atividades pedagógicas.

O art. 124⁶⁰ elenca uma série de direitos próprios do adolescente interno. O artigo garante a possibilidade de entrevistar-se com membro do Ministério Público, peticionar a qualquer autoridade e entrevistar-se privativamente com seu defensor. Além disso, poderá, ainda, solicitar informações sobre sua situação processual, deverá ser internado no domicílio de seus pais ou responsáveis, ou local mais próximo.

O adolescente receberá visitas semanalmente, ao menos, e poderá corresponder-se com familiares e amigos. Contudo, poderá a autoridade judiciária, excepcionalmente, suspender o direito a receber visitas, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade ao adolescente (art. 124⁶¹, §2º).

O art. 124⁶², §1º, veda terminantemente a incomunicabilidade do adolescente.

2. REGRESSÃO E PROGRESSÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Conforme reiteradas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, as medidas sócias educativas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e semiliberdade aplicadas pelo Estado, podem ser substituídas por uma medida mais gravosa, desde que o adolescente possa fazê-lo sob o contraditório e ampla defesa, e a autoridade judicial proceda com a justificação de forma motivada, sob pena de nulidade absoluta. Nesse

⁵⁹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art267>. Acesso em 04 abr. 2016

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.



sentido, o Superior Tribunal de Justiça por meio do verbete nº 265⁶³ de sua súmula, estabelece: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa”.

Em sentido oposto, o juiz poderá conceder ao adolescente o benefício da progressão, no cumprimento das medidas socioeducativas, para que esse passe a cumprir uma medida menos grave, somente após cumprir durante determinado período uma medida mais gravosa, com a devida avaliação psicossocial, que deve ser realizada periodicamente.

O adolescente pode, portanto, passar do regime de internamento para o de semiliberdade, ou até mesmo da semiliberdade para a liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, desde que cumpra os requisitos, e cabendo ao magistrado analisar relatórios de avaliação psicossocial e de outros elementos que constem dos autos para embasar sua decisão, sob pena de nulidade, caso sua decisão não seja fundamentada⁶⁴.

Admite-se, também, ocorrer a progressão da medida socioeducativa diretamente de internamento para a liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. Entretanto, tal decisão deverá ser fundamentada e demonstre que o adolescente possa ser reinserido aos poucos à sociedade, pois há uma possibilidade de descaracterizar sua finalidade e promover a impunidade⁶⁵.

3. RESSOCIALIZAÇÃO

De acordo com as informações anteriormente analisadas podemos verificar que o Estatuto da Infância e do Adolescente apresenta diversos tipos de ressocialização em cada

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 265. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?num=265&tri=stj>>. Acesso em 21 abr. 2015

⁶⁴ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Execução das Medidas Socioeducativas em meio aberto: Liberdade Assistida e Prestação de Serviço à comunidade*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: INALUD, 2006, p. 400.

⁶⁵ Ibid.



aplicação da medida socioeducativa, ou seja, existem alternativas para que os jovens que cometem infrações, possam se ressocializar, se reinserindo na sociedade de maneira produtiva e igualitária. Como exemplo, é possível mensurar a oportunidade o qual o programa de liberdade assistida, pois por meio de os adolescentes tem a oportunidade de participar de diversas atividades que visam uma melhor qualidade de vida.

O programa de liberdade assistida visa a reeducar esse jovem sem que ele tenha que estar restrito de sua liberdade, inclusive algumas práticas culturais, de lazer, profissionais, esportivas, entre outras são utilizadas com a finalidade de resgatar o jovem e voltar sua atenção para atividades saudáveis ao invés da criminalidade.

Entretanto, para que essa ressocialização funcione de maneira mais efetiva é necessária uma parceria entre a família, a sociedade de modo geral, e o governo. Para que haja uma contribuição significativa com esses jovens é necessário que se faça uma reflexão sobre todos os aspectos de políticas públicas que envolvem o ambiente dos mesmos e que muitas vezes eles utilizam a necessidade como “justificativas” para seus crimes, com isso acabam não acreditando em nenhum auxílio que possa ser dado, visto que quando voltarem para suas casas o problema permanecerá lá.

Com base nas informações, pode-se verificar que as medidas existem e são embasadas pela lei, porém ainda faltam incentivos financeiros que contribuam com essas ações sociais e que possam resgatar a juventude desviada e também proporcionar maior conforto aos familiares e diminuir a criminalidade sem que tenham que se utilizar de medidas extremas como a própria detenção e até mesmo a “marginalização” desses jovens que cometeram um crime e tem a oportunidade de se redimir perante a sociedade⁶⁶. Para que se torne ainda mais viável o programa existe a necessidade do envolvimento de diversos profissionais, como educadores, assistentes sociais e psicólogos que tem a responsabilidade

⁶⁶ RANGEL, Paulo. *A Redução da Menor Idade Penal: Avanço ou Retrocesso Social? A Cor do Sistema Penal Brasileiro*. São Paulo. Atlas, 2015, p. 37

de auxiliar no processo de ressocialização do jovem infrator, fazendo com que o mesmo tenha a oportunidade de voltar a ter uma vida comum a um jovem sem que tenha que passar pela experiência de estar privado de sua liberdade.⁶⁷

Das medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente, as de inserção em regime de semiliberdade e de internação em estabelecimento educacional, essas são as únicas que são privativas de liberdade e devem ser aplicadas somente em casos mais graves. No que se refere à aplicabilidade das medidas, cabe ressaltar que as medidas socioeducativas cumpridas em regime aberto possuem uma nítida prevalência sobre as que privam o adolescente de sua liberdade.

Para que as medidas privativas de liberdade possam ter uma melhor eficácia, é necessário que haja políticas públicas que sejam favoráveis ao problema e que assegurem ao adolescente infrator, os direitos que este possui.

Por isso, o questionamento regularmente mencionado na sociedade, sobre o qual se a aplicação das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente é realmente eficaz e se chegam a atingir a finalidade para a qual foi criada, pois o que se verifica de fato é que o adolescente pratica o ato ilícito, passa pelas medidas socioeducativas, mas a ressocialização não é eficaz e este retorna para a prática de novo ato ilícito.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, destaca-se que a Constituição Federal junto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), possibilitaram mudanças fundamentais em relação ao panorama da infância e da juventude, inaugurando a Doutrina da Proteção Integral, a qual

⁶⁷ LAURINDO, Geisse Scarpellini. *A Ressocialização do Menor Infrator*. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/52644/a-ressocializacao-do-menor-infrator>>. Acessado em 29/01/2016.



assegura com total prioridade as garantias individuais e fundamentais face às crianças e os adolescentes. Vale salientar, que depois de diversas lutas, atualmente, a classe infanto-juvenil são sujeitos de direitos e se encontram em peculiar condição de desenvolvimento, e por esse motivo merecem atenção prioritária.

O Estatuto da Criança e do Adolescente designou diferentes tipos de medidas socioeducativas, como: a advertência-coerção; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade e a internação em instituições educacionais. Institui também as medidas de proteção, elencadas no artigo 101, I a IX do ECA.

Essas medidas socioeducativas são impostas aos adolescentes em conflito com a lei, entre a faixa etária de 12 a 18 anos de idade, podendo se estender até aos 21 anos, dependendo do caso concreto e tem por finalidade primordial a reinserção desse jovem infrator a sociedade, ou seja, as medidas socioeducativas não visam somente punir, mas também ressocializar esse adolescente, para no futuro, esse possa ter uma vida digna.

Aos institutos jurídicos que regulam o dia-a-dia dos Brasileiros é importante considerar que os sistemas de internação atualmente estão superlotados em todo o país e o número de crianças e adolescentes envolvidos no cometimento de crimes atualmente pode não ser tão alto, porém as ações desses jovens que cometem delitos evidenciam que os mesmos não são tão imaturos e ingênuos, é certo que precisam de atenção especial como amparo da Família e do Estado. Porém se analisarmos do ponto de vista da responsabilidade penal aos dezesseis anos é possível questionar dois momentos. De uma parte, as leis castigam a traição e para prevenir um crime, faz com que nasçam cem.

Nesse diapasão, apegando-se aos aspectos unicamente jurídicos, pode-se afirmar que a redução da idade penal no Brasil é impossível, tendo em vista o atual regime Constitucional pátrio, fere o princípio da dignidade humana. A questão da maioridade penal no Brasil é um

grande desafio e que dificilmente poderá resolver de maneira isolada, o problema da criminalidade, não se resume na redução da maioria penal envolve um conjunto de medidas sociais e de políticas públicas onde o Estado deverá ampliar a capacidade de fornecimento ao jovem às necessidades básicas como à educação, a cultura, o lazer além do preparo e qualificação desses jovens ao mercado de trabalho.

Ainda, será constante o clamor popular por recrudescimento de penas, aumento da severidade penal, uma desmedida resposta estatal à violência crescente, mas não podemos nos deixar influenciar por tais pensamentos, pois vivemos em um Estado Democrático e de direitos e que deve prezar pelas garantias e liberdades individuais que foram construídas secularmente em nossa legislação e abrange fundamentos e princípios que servem como bases norteadoras na atuação do Estado na repressão penal, sempre se orientando no sentido da subsidiariedade. O equilíbrio entre os anseios societários e a manifestação de infrações resulta da responsabilização do infrator, nos deparamos com uma movimentação cada vez maior da sociedade no sentido de apoiar tais ideias.

Em suma, a maioria penal propicia questionamentos que vão muito além da redução da idade do menor. A criança e o adolescente que atualmente ingressa no mundo do crime perde mais do que sua própria liberdade, perde sua infância, seus sonhos, enfim, vivem num mundo sem destino. Nesse sentido, cria-se um ciclo onde ingressa no vício como algo normal fosse, encara o mundo do crime, depara-se com a prisão considerada centro de internação para menores e muitas vezes acabam com a morte, num sistema de represarias social. Caberá ao Estado oferecer dois papéis clássicos para melhoria de qualidade desses jovens a estrutura e oportunidades para os adolescentes brasileiros, o problema é social, a falta de estrutura familiar, e social aponta-se como uma grande influência de adultos motivam esses jovens a prática de atos ilícitos.



AMIM, Andréia Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Lei nº. 12.594, de 12 de janeiro de 2012. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*. Brasília: Congresso Nacional, 2012.

_____, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

DOCUMENTÁRIO: Profissão repórter, reportagem sobre os adolescentes infratores. Acesso em 14 de abr. 2015, Rede Globo de Televisão.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Execução das Medidas Socioeducativas em meio aberto: Liberdade Assistida e Prestação de Serviço à comunidade*. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: INALUD, 2006.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RANGEL, Paulo. *A Redução da Menor Idade Penal: Avanço ou Retrocesso Social? A Cor do Sistema Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.



IMPLICAÇÕES DO ESTATUTO DO DEFICIENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Renata Viana da Cunha

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida.

Resumo: A forma como o deficiente mental é tratado no nosso ordenamento jurídico, principalmente no campo do direito penal é intrigante. Com o advento do Estatuto do Deficiente, Lei 13.146/15, que entrou em vigor em janeiro de 2016, houve algumas mudanças no tratamento dos deficientes quando eles são autores de crimes. Contudo há de se observar que existem dois tipos de impedimentos mentais, a deficiência mental e a doença mental. Quando um deficiente mental comete um crime, quais são as punições previstas na legislação penal brasileira, quando será determinada sua incapacidade. A essência do trabalho é abordar esses assuntos, a relevância de cada um e apontar a melhor forma de tratar o agente que comete crime e possui uma doença mental.

Palavras-Chave: Direito Penal. Medidas de Segurança. Doente Mental. Inimputabilidade.

Sumário: Introdução. 1. O Estatuto do Deficiente e como o deficiente é visto. 2. O deficiente na legislação penal brasileira. 3. Os impactos do Estatuto do Deficiente no conceito de imputabilidade trazido pelo Código Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a imputabilidade no momento da responsabilização penal pela prática de um fato delituoso quando se tratar de deficiente, pois é necessário que o agente possua capacidade de compreender a ilicitude da sua conduta no momento do fato. Desta forma busca-se analisar como ocorre o tratamento de doentes mentais quando cometem crimes e a aplicação das Medidas de Segurança, pois deve ser levada em consideração sua condição física e psíquica. A aplicação das Medidas de



Segurança se baseia na periculosidade do agente e não da sua culpabilidade, assim acabam se tornando mais uma prevenção do cometimento de novos crimes do que efetivamente uma punição pelo fato já praticado. Desta forma, o que se observa quando da análise do que a lei determina e o que é aplicado na prática, fica evidente a ineficácia de tratamento, cura nos “manicômios judiciais”, pois eles não recebem o tratamento adequado e acabam ficando esquecidos. Diante desse panorama será analisada a forma como as medidas de segurança são aplicadas, sua ineficácia em virtude do tratamento inadequado que acaba por se tornar uma prisão perpétua para esses pacientes criminosos, fato vedado pela nos Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, “b”. Assim, busca-se uma forma de aplicação mais efetiva e eficaz de aplicação de medidas de segurança que consigam tratar e ressocializar, na medida do possível, os doentes mentais que cometem crimes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a excepcionalidade da medida de segurança como é aplicada atualmente é realmente eficaz para que não ocorra perigo para a sociedade no caso de reincidência e se realmente o cumprimento dessas medidas de segurança realizam um tratamento que seja adequando ao agente do fato.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a questão de crimes cometidos por doentes mentais e a aplicação de medidas protetivas de forma que realmente sejam eficazes e temporárias, pois muitas vezes eles não têm noção da gravidade dos atos que praticam e em contrapartida a proteção constitucional que o Estado deve conferir a esses “pacientes criminais”.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o que são as medidas de segurança, em especial o sentimento de uma vingança punitiva com relação aos atos praticados pelos considerados doentes mentais, tendo em vista a gravidade desses atos.



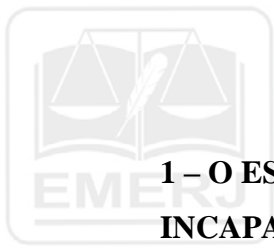
Todavia, deve ser considerado que já há punição prevista em lei de forma a tentar diminuir esses atos de violência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a situação do deficiente perante o Estatuto do Deficiente, Lei 13.146 de 6 de Julho de 2015, se ele é visto como incapaz, as medidas protetivas e seus objetivos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o tratamento do deficiente na legislação penal brasileira, no que se refere a aplicação de uma sanção quando do cometimento de um delito, no caso do inimputável será placada a medida de segurança, porém deve ser observado o momento em que será determinada essa incapacidade, pois comprovada a deficiência existe a previsão da redução da pena de 1/3 a 2/3. No caso de ser verificada a incapacidade, a culpabilidade servirá de base para determinar o grau de periculosidade real, em que se determinará entre a sanção comum, penitenciária ou a aplicação da medida de segurança, que deverá ser cumprida em estabelecimento próprio.

No terceiro capítulo traz-se para a discussão a questão dos impactos que o Estatuto do Deficiente trouxe para o conceito de imputabilidade previsto no Código Penal, pois nos dias atuais a legislação brasileira não prevê tempo máximo para a internação e sim somente o tempo mínimo, sendo apenas verificado o grau de periculosidade e o crime cometido. Menciona-se a questão da necessidade de mudança com relação a aplicação dessas medidas de segurança para se torem um meio adequado de regeneração, tratamento e de posterior oportunidade de reinserção desse doente mental na sociedade, como alguém apto a conviver em sociedade. E, por fim, aborda-se a questão dos direitos do deficiente mental, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à integridade física e moral.

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



1 – O ESTATUTO DO DEFICIENTE, A VISÃO SOBRE ELE E SUA INCAPACIDADE

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor, em janeiro de 2016, trouxe grande impacto. Traz a abordagem de um sistema de normas que se torna inclusivo por homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana¹. Pois, o Estatuto não mais trata a pessoa com deficiência como alguém incapaz². Assim, com a entrada em vigor do Estatuto, as pessoas com deficiência não deverão mais serem consideradas como civilmente incapazes, pois de acordo com os artigos 6º e 84 do referido Estatuto, a capacidade civil não é afetada pela deficiência.

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

A visão do Estatuto de acordo com Pablo Stolze:

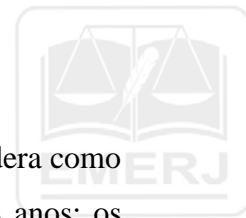
Em verdade, este importante estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis³.

Assim, com a entrada em vigor do Estatuto, as pessoas que foram consideradas incapazes e por isso interditadas, por consequência de enfermidade ou deficiência mental, irão tornar-se plenamente capazes. Como forma de exemplificar, no caso do deficiente, o enfermo ou excepcional ser considerado como tendo plena capacidade, haverá outra desvantagem em termos jurídicos, pois passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do

¹ BRASIL. Artigo 1º, III. Constituição da República Federativa do Brasil. 19. ed. São Paulo: RT, 2014.

² Art. 2º da Lei 13.146: Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

³ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em 18 jan. 2016.



Código Civil⁴. A incapacidade está presente no artigo 3º do Código Civil, que considera como absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O Estatuto refere-se a dois tipos de impedimento mental, quais sejam, deficiência mental e doença mental. A primeira trata do indivíduo que tenha total compreensão de tudo que o cerca, sendo sua limitação exclusiva do cérebro. A segunda, diz respeito a uma forma mais discreta de deficiência, como é o caso de uma pessoa que comete crimes inexplicáveis, até que psicólogos e psiquiatras forenses concluam que ele tem uma deficiência mental que o impossibilita de viver em sociedade, pois voltará a cometer os mesmos crimes⁵.

Contudo, nem todo deficiente está incapacitado civilmente, pois há atos que eles podem praticar normalmente, como trabalhar e constituir família. A limitação em a lei se refere é a de praticar atos jurídicos sozinhos, pois a lei prevê que se estiverem acompanhados, ou melhor, representados os atos praticados serão válidos.

O Código Civil, antes do Estatuto, adotava quanto ao sistema de incapacidade um critério incoerente ao alocar a pessoa como incapaz, absolutamente ou relativamente, necessitando de terceiros como intermediários para o exercício de atos ligados, especificamente, a interesses econômicos, deixando, todavia, em aberto a tutela dos interesses existenciais do indivíduo⁶. Porém, caso seja constatada a deficiência, sempre deverá ser avaliada e identificada o nível da incapacidade de forma individual, devendo sempre se verificar o que diz a lei para cada caso.

Considera-se deficiente a pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁷.

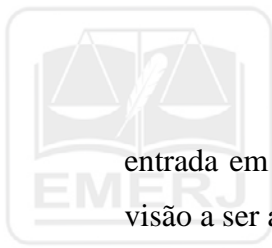
O Código Civil de 2002, no artigo 4º, refere-se ao deficiente mental como relativamente incapaz, pois possui sua capacidade de discernimento diminuída, todavia com a

⁴ Disponível em: <http://www.Conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em 18 jan. 2016.

⁵ Disponível em: <http://www.mybrazilianculture.tk/2015/07/Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia.html>. Acesso em 18 jan. 2016.

⁶ DUQUE, Bruna Lyra. *Estatuto da pessoa com deficiência: Novos rumos da autonomia existencial*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 13 Jul. 2015. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/331086. Acesso em: 16 Jan. 2016

⁷ Disponível em: <http://advocaciabral.jusbrasil.com.br/artigos/225725023/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seu-impacto-no-codigo-civil>. Acesso em 22 fev. 2016.



entrada em vigor do Estatuto do Deficiente, este inciso foi revogado, tendo em vista a nova visão a ser aplicada a quem possui deficiência mental.

A partir do Estatuto, a avaliação da deficiência passa a ser realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, em vez da avaliação exclusivamente médica, tendo como base a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF)⁸.

Com a entrada em vigor do Estatuto do Deficiente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ficou evidenciado, pois tratou com mais respeito os deficientes. Uma vez que, desvinculou-se a deficiência da incapacidade, ainda que continue se adotando os institutos de assistência, como a curatela, quando se tratar de atos de natureza patrimonial e negocial e também trouxe a previsão da tomada de decisão apoiada. De acordo com Pablo Stolze⁹:

A pessoa com deficiência passa a ser considerada legalmente capaz. Por consequência, dois artigos matriciais do Código Civil foram reconstruídos. O art. 3º do Código Civil, que dispõe sobre os absolutamente incapazes, teve todos os seus incisos revogados, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor impúbere (menor de 16 anos). O art. 4º, por sua vez, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificação. No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos); o inciso II, por sua vez, suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”; o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a tratar, apenas, das pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade” (06); por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo.

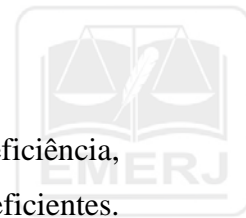
A incapacidade que sempre foi vinculada às pessoas que possuem deficiência mental, que foi modificada pelas inovações do Estatuto do Deficiente, que tentou preservar a nova visão mundial sobre a capacidade das pessoas que possuem alguma deficiência mental e a tentativa de privilegiar a dignidade da pessoa humana.

As pessoas com deficiência merecem e devem ser protegidas, mas não é alteração do regime das incapacidades de fato que vai fazê-lo. Na verdade, tais alterações correm o risco de gerar insegurança e, eventualmente, causar prejuízo às pessoas com deficiência. O afastamento das pessoas com deficiência do regime das incapacidades, na forma das alterações inseridas pelo Estatuto, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, não é uma garantia de proteção às pessoas com deficiência. Institutos como a incapacidade sempre existiram para proteção e não para punição do sujeito¹⁰.

⁸ Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticias/aprovado-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-brasileira-da-inclusao>. Acesso em 22 fev. 2016.

⁹ Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/pablostolze/posts/861379603942222>. Acesso em 09 abr. 2016.

¹⁰ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistemica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15/2>. Acesso em 09 abr. 2016



Assim, entende-se que as inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe diversas inovações no campo do direito com relação ao tratamento dos deficientes. Devendo assim, haver cautela diante de atos praticados na esfera do direito privado e as consequências que trará também no campo do direito penal, pois no caso de cometimento de crimes como deverá ser tratada essa nova forma de ver o deficiente mental.

2 - O DEFICIENTE NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, utiliza a expressão pessoa portadora de deficiência, sendo que onde primeiro pôde se verificar tal terminologia foi na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, publicada pela Organização das Nações Unidas, em 1975.

Com isso, uma nova perspectiva foi trazida para o tratamento aplicado para os deficientes que cometem crimes, pois é essencial para aplicação de uma punição que seja estabelecido o grau de discernimento e saúde mental do agente infrator para que seja estabelecida sua culpabilidade. Segundo Lima¹¹, a necessidade de um laudo que constate a culpabilidade do acusado serve para:

[...] Afinal, se constatado que o acusado era, ao tempo da conduta delituosa, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento em virtude de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado (CP, art. 26, caput), deve ser reconhecida sua inimputabilidade, com a consequente aplicação de medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria (CPP, art. 386, parágrafo único, III). Por outro lado, se os problemas de saúde mental do acusado vierem à tona durante o curso da persecução penal, e não à época do crime, o processo penal deverá permanecer suspenso até que o acusado se restabeleça (CPP, art. 152).

Dessa forma, estabelecer a partir de quando a doença mental passou a existir, se desde o nascimento ou posteriormente em virtude de algum fato ou doença, destacando assim a importância de um exame de insanidade mental, que deverá ser realizado por perito. Pois, somente através de perícia, se poderá de forma segura avaliar se o autor do crime no momento do cometimento do ato tinha real capacidade da consequência dos seus atos. De acordo com Lima¹²:

Para que seja determinada a realização desse exame, que pode ser feito tanto na fase investigatória, quanto no curso do processo judicial, doutrina e jurisprudência entendem que é imprescindível que haja fundada dúvida a respeito da higidez mental do acusado, seja em razão da superveniência de enfermidade no curso do processo, seja pela presença de indícios plausíveis de que, ao tempo dos fatos, ele era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Logo, se o juiz não detectar qualquer anormalidade no interrogatório

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 1124.

¹² *Ibid.*, p. 1125.



do acusado ou mesmo durante a instrução processual que justifique a instauração do incidente de sanidade mental, não há necessidade de realização do referido exame.

Nesse sentido, há o seguinte entendimento do STJ¹³, “a conclusão do laudo pericial, ora acostados aos autos, produzido no processo de interdição civil do acusado, é válido apenas em relação aos atos de sua vida civil, não sendo capaz de isentá-lo da culpabilidade penal [...]”.

Deve ser sempre levado em consideração o prejuízo que uma prisão pode causar a uma pessoa portadora de deficiência mental, pois deve ser sempre observada a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que normalmente nas prisões é muito precário o espaço, a forma de alimentação e as condições de higiene.

Refletindo sobre tal conceito, em um paralelo com o atual contexto do sistema penitenciário brasileiro, não seria ousado inferir que em tais instituições não existem condições sequer para a locomoção de tais pessoas, violando um direito fundamental de primeira dimensão, ao impossibilitar o exercício do direito de ir e vir. Não seria visionário, se afirmar, também, que não há condições para o livre exercício do trabalho, inclusive pelo deficiente, fator preponderante para a socialização do indivíduo, através da participação nas oficinas e cursos profissionalizantes que teriam, em tese, direito¹⁴.

Sempre estará presente a punição penal quando ocorrer a prática de um crime no caso do agente ser considerado imputável. Todavia, quando se tratar de um inimputável ou semi-imputável, conforme dispõem os artigos 96 a 99 do Código Penal.

De acordo com Almeida¹⁵, quanto ao momento de determinar a capacidade do acusado:

[...] se no momento da prática delitiva o agente era imputável, será aplicada pena, por sua vez, se o agente era inimputável ao momento da ação, será aplicada a medida de segurança. Se o sujeito for considerado semi-imputável, situando-se numa zona fronteira entre a loucura e a lucidez, como estabelecido no artigo 26, parágrafo único do Código Penal, o juiz se utilizará do sistema vicariante, escolhendo entre a aplicação da pena ou da medida de segurança. Caso seja aplicada a pena, esta será reduzida de 1/3 a 2/3.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 49.767/PA, Relatora: Ministra Laurira Vaz, j. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7166294/habeas-corporis-hc-49767-pa-2005-0187270-0/relatorio-e-voto-12896590>>. Acesso em 27 jul. 2016.

¹⁴ PERES, M. F. T. e NERY FILHO, A.: *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. História, Ciências, Saúde — Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):335-55, maio-ago. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006>. Acesso em 22 fev. 2016.

¹⁵ ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura: doença mental, inimputabilidade penal e medidas de segurança*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21476>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

Para a aplicação das medidas de segurança deverão concorrer dois pressupostos: a prática de um fato típico e antijurídico, ensejador do tipo de injusto, e a potencialidade para a prática de novas ações danosas¹⁶.

A pena e a medida de segurança representam sanções para aqueles que cometem atos proibidos previstos no Código Penal brasileiro. Independente da sanção aplicada, pena ou medida de segurança, além da culpabilidade, deve ser observada também a periculosidade do agente, ou seja, a possibilidade do agente cometer novamente outro delito.

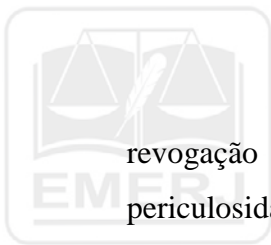
Diferente do juízo de culpabilidade, que avalia o passado do acusado, no juízo de periculosidade ocorre avaliação sobre o futuro. No caso da periculosidade, será verificado pelo juiz a gravidade e a quantidade de crimes praticados no passado (avaliação da culpabilidade), pois assim será mais fácil avaliar a possibilidade de reincidência pelo agente no futuro.

Com relação aos semi-inimputáveis, para determinar se será aplicada a medida de segurança, o requisito de culpabilidade servirá de base para verificar a periculosidade real. No caso dos inimputáveis, será aplicada a medida de segurança, que será estabelecida de acordo com o delito praticado pelo agente.

Insta dizer, que para aplicação e manutenção da medida de segurança, com pena de internação, deve ser constatado que aquele agente representa perigo real para a sociedade. Nessa situação, será determinada por sentença que o agente cumpra a medida de segurança, essa sentença é chamada de absolutória impropria, pois refere-se a uma absolvição com imposição de pena, essa sentença é chamada sentença mista ou híbrida. Assim, em que pese o juiz julgar o agente culpado, não irá determinar um apena, pois o agente é inimputável, não compreende a gravidade dos seus atos. Entretanto, confirmada sua periculosidade, será aplicada uma medida de segurança, como forma de sanção penal.

Quando for verificado que o agente não apresenta mais periculosidade, o juiz poderá autorizar a desinternação, que ocorre no caso de cumprimento de pena e hospitais de custódia ou a liberação, que ocorre nas penas que são cumpridas em tratamentos ambulatoriais. Com isso, nesses casos de cessação do cumprimento da medida de segurança, só ocorrerá o efeito da coisa julgada, somente no caso do agente não cometer novo crime, após um ano da

¹⁶ BRASIL. O artigo 96 estabelece duas modalidades de medidas de segurança: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a sujeição a tratamento ambulatorial. A primeira espécie é também conhecida por medida de segurança detentiva, onde o sujeito apenado com reclusão fica totalmente isolado em hospital psiquiátrico. Na falta de hospital de custódia, tal internação poderá ocorrer em outro estabelecimento adequado. A segunda espécie de medida de segurança guarda similitudes com a pena restritiva de direitos, tratando-se do denominado tratamento ambulatorial, e é estabelecida quando o crime for punido com detenção, ou, segundo alguns entendimentos, quando for apenado com reclusão, mas não for indicada a internação. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



revogação da medida, além ser verificado se o agente ainda demonstra sinais de periculosidade¹⁷.

O que se pode observar é que, independentemente da sanção, na legislação não há previsão de tempo estabelecido, ou seja, ela irá durar enquanto for verificado por perícia médica que a periculosidade não cessou. O prazo mínimo ao qual se refere o artigo (um a três anos) é aquele fixado para a realização do primeiro exame de cessação da periculosidade¹⁸.

Contudo, em que pese não haver prazo determinado para o cumprimento da medida de segurança aplicada aos deficientes mentais ou incapazes, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XLVII, “b”, prevê que não há pena de caráter perpétuo, devendo assim ser reavaliado o sistema de aplicação de sanção penal através de medida de segurança que não possui prazo determinado para sua duração.

Há que defenda a tese de que a medida de segurança seria uma forma de tratamento e por isso estabelecer um prazo de duração não seria razoável, pois vai depender de cada caso, cada pessoa. Existe ainda o entendimento e que essas medidas seria forma de prevenção até que fosse comprovada a extinção da periculosidade.

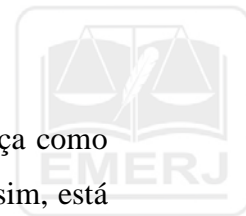
Com relação ao limite do tempo em que deveriam ser cumpridas a sanções penais quando da ocorrência de um crime, a existência de um tempo determinado seria uma questão de isonomia, justiça, pois todos são iguais perante a lei. Assim, não deveria haver tratamento diferenciado para quem sofre a medida de segurança, que deveria prever um tempo determinado para seu cumprimento.

Deveria ser oferecido àquele que faz jus à medida de segurança, uma forma de proteção, através de um tratamento adequando ao caso daquele incapaz, ainda que não houvesse tempo preestabelecido. Pois, não faz sentido que se determine a volta de uma pessoa que possui deficiência mental e que tem predisposição em cometer crimes, que ela seja colocada novamente em contato com a sociedade, pois geraria a ocorrência de novos crimes cometidos por ela.

Deve se ter em mente, que quando determinada a internação para tratamento em hospital de custódia, o que se busca é a recuperação daquele agente, ainda que tenha caráter de sanção penal e não somente uma punição.

¹⁷BRASIL. Artigo 97, § 3º: “A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”. Código Penal. 53. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁸BRASIL. O artigo 97, § 1º: “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo, deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos”. Código Penal. 53. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



Como não há como estabelecer um prazo certo em que a medida de segurança como tratamento surtirá efeito, realmente não há como a lei determinar tal prazo, sendo assim, está justificada a falta de prazo pré-determinado na legislação penal brasileira.

A aplicação da medida de segurança é uma questão de justiça para aqueles que estão impossibilitados de entender o caráter ilícito do que fizeram, pois não adianta colocar um incapaz para cumprir pena em presídio comum, que trará muito mais problemas, pois ele está junto com criminosos que tem potencial conhecimento da ilicitude que praticaram. Sendo uma questão de justiça, o deficiente mental poder cumprir sua punição em um local onde receberá tratamento adequado.

Todavia, pode-se verificar que no Brasil, em virtude da escassez de profissionais especializados e da falta de estrutura para que sejam aplicados os tratamentos adequados aos portadores de deficiência que cometem crimes, verifica-se que cada vez menos as medidas de segurança são aplicadas.

O Brasil é extremamente pobre em quantidade e qualidade de hospitais de custódia e tratamento, segundo informações constantes no site [HTTP://psicoterapiabrasil.blogspot.com](http://psicoterapiabrasil.blogspot.com) estimativas do Conselho Nacional de Justiça indicam que cerca de 4,5 mil detentos – de uma população carcerária de aproximadamente 474 mil – estão internados em pelo menos 23 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico em todo o país, mas o número que necessita deste tratamento específico é bem maior. Cumpre esclarecer, que segundo o próprio CNJ, tais informações não são precisas por falta de pesquisas e incentivos na área¹⁹.

3 - OS IMPACTOS DO ESTATUTO DO DEFICIENTE NO CONCEITO DE IMPUTABILIDADE TRAZIDO PELO CÓDIGO PENAL

O procedimento adotado no país, com os doentes mentais delinquentes, é uma causa que exclui a culpabilidade, por tratar-se de doença mental conforme o código de 1940 e é por esta razão que os doentes mentais criminosos são absolvidos. E ocorrendo a absolvição, por faltar ao elemento da culpabilidade, não devem ser punidos, mas tratados. Dessa forma, nesses casos o que se utiliza são as medidas de segurança com internação em manicômio judiciário, a qual tem como fundamento a periculosidade presumida por lei²⁰.

¹⁹ ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura: doença mental, inimputabilidade penal e medidas de segurança*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21476>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

²⁰ BRASIL. Artigo 97, §1º. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



Insta dizer, que a finalidade de se aplicar a medida de segurança é uma tentativa de fazer com que o incapaz, deficiente possa ser reinserido no contexto social novamente. Assim, quando juiz ao determinar a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, deverá avaliar o grau de compreensão do fato delituoso, assim como o grau de compreensão do agente infrator, ainda que a aplicação da medida de segurança seja uma forma de privação de liberdade.

A deficiência mental, muitas vezes tratada como loucura, quando atrelada ao cometimento de um crime, deve ser freada com a aplicação da medida de segurança, que surgiu no direito penal como uma forma de punir e tratar ao mesmo tempo essas pessoas. Contudo, acaba por se tornar um tratamento eterno, tendo em vista que não há prazo máximo determinado para seu fim. Todavia, vale dizer que a aplicação da medida de segurança será escolhida quando for constatado que o agente é considerado perigoso para a sociedade e assim a duração da sua internação não poderá ser predeterminada e por isso muitas vezes acaba por se tornar uma prisão perpétua, pois só há limite com relação ao tempo mínimo.

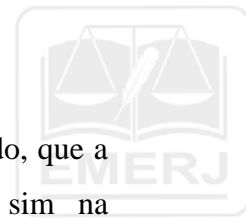
Com relação ao tempo mínimo previsto para a aplicação das medidas de segurança, esta se mostra importante, pois não há como avaliar a real incapacidade do agente infrator, por isso a sua revogação em um pequeno espaço de tempo, acaba por se tornar sem sentido, além de não pode se constatar a real efetividade do tratamento, ou seja, se o tratamento está surtindo efeito ou não, seja caminhando para a cura ou para uma melhora no estado psíquico do agente.

A experiência tem demonstrado que, não obstante demorado tratamento e plausível indicação de cura, o liberado do manicômio não tarda, às vezes, em revelar a persistência de sua periculosidade, fazendo-se protagonista de crimes da maior gravidade. O prazo mínimo de internação é, aqui, um preservativo, até certo ponto eficaz, contra a precipitada antecipação de retorno do internado ao convívio social²¹.

O cometimento de um fato delituoso por um agente considerado deficiente mental, caso seja realmente comprovada seu alto grau de periculosidade, que deverá ser constatado por um laudo feito por um psicólogo e em seguida analisado por um juiz, que determinará a necessidade ou não da medida de segurança.

O Código Penal de 1940 traz a figura da periculosidade, que deve ser utilizado no caso dos deficientes mentais quando eles cometem crimes, para se avaliara a necessidade de

²¹ PERES, Maria Fernanda Tourinho. *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006>. Acesso em 13 Mar.2016



determinar a aplicação de uma medida de segurança. Deve, no entanto ser observado, que a periculosidade não está relacionada diretamente a aplicação da pena, mais sim na determinação da aplicação da sanção penal. Assim, no momento de especificar a pena, deve ser levada em consideração a periculosidade, contudo para fazer o cálculo do tempo em que a pena deve ser cumprida, o que deverá ser levado em consideração deverá ser a capacidade de cometer crimes ou até mesmo a reincidência.

Todavia, não se deve confundir a periculosidade com a capacidade de delinquir, são coisas diferentes, uma vez que esta questão mostra-se fundamental para que se compreenda o procedimento adotado com os deficientes mentais que praticam condutas delituosas, que ainda que seja comprovado que ele cometeu tal fato sua sentença não será de condenação e sim de absolvição, chamada de absolutória impropria²².

A diferença entre a capacidade de delinquir e a periculosidade, é que a primeira diz respeito ao fato em si, ao delito praticado, que serve como forma de individualizar a pena que já traz estabelecido o prazo máximo e mínimo. Já a segunda, busca especificar se há possibilidade do agente voltar a cometer crimes.

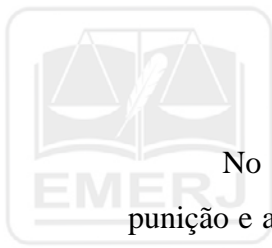
A figura da periculosidade está associada a um estado psicológico, com relação às chances do agente vir a praticar novamente outros delitos. Com isso, quando apurado o grau de periculosidade surgirá para o juiz a possibilidade de defender a sociedade da prática de novos delitos pelo mesmo agente.

Culpabilidade, segundo Von Liszt, é quando não houve previsão do resultado previsível de uma ação prejudicial no momento em que se manifestou a vontade. Portanto, enquanto a imputabilidade diz respeito exclusivamente ao sujeito, sendo dele um atributo, a culpabilidade (com ou sem dolo) se refere às relações desse sujeito com a ação ou acontecimento em tais e quais circunstâncias. O tipo dessa relação sujeito-ação se vê através da intencionalidade do ato, como vimos acima²³.

O surgimento do Estatuto do Deficiente acarretou uma grande conquista social com o alcance mais justo das normas penais aplicadas aos deficientes, pois ao privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a integrar o deficiente em um sistema de normas mais inclusivo. Passou-se a tratar o deficiente não como alguém doente, mas sim que possui características diferentes, conferindo a eles uma forma mais igualitária de tratamento com aqueles que não são considerados deficientes.

²² BRASIL. *Vade Mecum*: Penal e Processo Penal. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. Artigo 386, VI do CPP.

²³Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=99>. Acesso em 22 fev. 2016.



No ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa que comete um crime deve sofrer uma punição e a ele se aplica uma pena, muitas vezes privativa de liberdade. Aos doentes mentais se aplicam as Medidas de Segurança. Se o agente do crime não possui sua maturidade intelectual em decorrência de doença mental, é considerado inimputável e não pode ser punido da mesma forma que as pessoas sãs. As chamadas medidas de segurança, que podem ser internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial, são uma forma de amparar os doentes mentais e ajudá-los em seu tratamento psíquico, e ao mesmo tempo proteger a sociedade da potencialidade criminal que este possui²⁴.

Vale dizer, que a intenção da Lei de Execução Penal, é a de promover a harmônica conexão entre a sociedade, o condenado e o internado. Todavia, atualmente, o que se pode observar é que o cotidiano interno dos presídios desrespeita e muito os direitos humanos básicos. Por essa razão, não há como ocorrer a ressocialização com a aplicação de uma pena privativa de liberdade, gerando assim grande desrespeito à Constituição Federal.

Ao que tange a personalidade do agente, deve ser analisada a capacidade de cometer delitos e a sua periculosidade, em conjunto com os fatores que levaram a cometer o crime, seus antecedentes e a gravidade do fato.

Com isso, quando o deficiente mental comete um crime, e a sentença o absolve em razão de sua inimputabilidade, será aplicada a medida de segurança, com exceção dos crimes punidos com detenção, quando o réu pode ser submetido a tratamento ambulatorial, caso o agente seja semi-inimputável, a pena a ser aplicada sofrerá uma redução legal prevista ou então ocorrerá a substituição pela medida de segurança²⁵, que possui medida preventiva.

O que determinará aplicação da pena reduzida ou da medida de segurança será o fato delituoso cometido pelo infrator que possui deficiência mental, pois se for um crime que deva sofrer como punição a pena de reclusão, deverá ser aplicado ao deficiente a medida de segurança a ser cumprida em local próprio, como um hospital de custódia. Contudo se tratar-se de crime punido com reclusão, a pena a ser aplicada deverá ser a medida de segurança, porém como forma de tratamento ambulatorial.

A legislação pátria trata a terapia do apenado apenas em proposições teóricas, pois não possui sequer edificações e instalações prediais adequados para a execução, sendo certo que as práticas nos estados brasileiros sempre foram de encarcerar e vigiar, esquecendo-se de

²⁴GUARÁ, Larissa Navarro; AROUCHE, Leandro Pereira. *Tratamento Penal do Criminoso Doente Mental*. Disponível em <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3644&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acesso em 13 de mar. 2016

²⁵BRASIL. Artigos 97 e 98. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



tratar o preso com respeito e dignidade que merece todo cidadão, principalmente os presos portadores de necessidades especiais²⁶.

Sempre há a chance daquele que comete crime, sendo deficiente ou não, voltar a praticar delitos, que deverá ser afastado com o laudo que determinará a cessação da periculosidade. Assim, para que o juiz não cometa uma injustiça, para que seja determinada a pena, deverá ser observado o laudo pericial para os crimes punidos com reclusão ou detenção.

A periculosidade deve ser observada de forma específica de apenas alguns agentes criminosos, pois o Código Penal se baseia no sistema enumerativo, em que indivíduos que não possuem responsabilidade em virtude de uma doença ou grave déficit mental, são considerados de alta periculosidade.

A personalidade do sujeito representa probabilidades de conduta, havendo sempre espaço para a liberdade e autodeterminação, mediadas pela vontade. Quando se orienta no sentido da criminalidade, encontramos a chamada periculosidade como expressão da personalidade. Nesse sentido, como o código penal de 1940 presume em lei a periculosidade dos deficientes mentais, a personalidade deles não precisava ser avaliada no processo penal, o que objetivamente retira deles a liberdade de suas condutas, pois a princípio, entende-se que existe neles a periculosidade máxima, quase como um cálculo preciso e invariavelmente certo²⁷.

A periculosidade deve levar em consideração o cotidiano do agente, além do estado psíquico. Porém, ela pode ser prevista na lei de forma presumida, em que deverá ser levado em consideração o crime impossível e a tentativa, que apesar de não serem fatos que sofram punição, mas são fatos que demonstra a natureza de cometer crimes do agente.

Por fim, a diga-se que atualmente as medidas de segurança são cumpridas em hospital de custódia para os casos mais graves ou em tratamento ambulatorial para os casos menos graves. Todavia sempre deverá ser determinado pelo juiz um prazo mínimo para que haja reavaliação do agente infrator, para que não se torna uma pena perpétua e nem para que se coloque em convívio com a sociedade alguém que não teve a sua periculosidade cessada. Em que pese não haver prazo máximo determinado, pois não há como se estabelecer quando a periculosidade cessará, pois cada um responde de forma diferente ao tratamento aplicado.

²⁶ Disponível em: <http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos12.pdf>. Acesso em 22 fev 2016.

²⁷ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006. Acesso em 22 fev. 2016.



Deve ser levado em consideração que existem diferentes formas de aplicar a sanção ao crime e a que comete o delito, ou seja, muitas vezes a punição se destina mais a evitar um comportamento criminoso reiterado do que punir o crime em si. Com isso, surgem as diferentes formas de aplicar a medida sancionatória a quem pratica crime, pois caso o agente seja considerado como deficiente mental irá responder por seus atos em um manicômio judiciário ou hospital de custódia e tratamento. Esse tipo de sanção será aplicado não como forma de privação da liberdade, mais sim como forma de medida de segurança, que não possui prazo determinado, pois é considerado como forma de prevenção, pois ao agente considerado como deficiente mental não se atribui a culpabilidade, a responsabilidade pelo seu ato.

Com relação à periculosidade, por se algo incerto, que pode vir ou não a se manifestar novamente, a aplicação da medida de segurança se torna muitas vezes abusiva. Apesar de não ser considerada como pena, a medida de segurança em várias oportunidades acaba por se tornar uma pena perpétua, pois se baseia em incertezas, suspeitas, suposições, que são impostas a favor da sociedade e não como princípio penal em favor do réu e que apesar de serem aplicada aos agentes reavaliações periódicas, por não conterem prazo determinado se tornam eternas.

Insta dizer, as medidas de segurança aplicadas aos deficientes mentais que cometem crimes, são cumpridas em locais em que não se respeita o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, tendo em vista as condições do local e o tratamento oferecido. Todavia, a falsa sensação de segurança prevalece sobre as reais condições de dignidade em que são tratados esses agentes criminosos que precisam de tratamento e não de punição, pois muitas vezes nem entendem a real gravidade de seus atos.

É extremamente importante, que o Brasil, participante de tratados de direitos humanos, implante no sistema penitenciário brasileiro, métodos de ajuda aos deficientes mentais criminosos, pois muitos possuem condições de com tratamento adequado e oportunidade de se profissionalizarem quando forem considerados aptos para viverem novamente em sociedade possam até mesmo arrumar um emprego, uma ocupação.

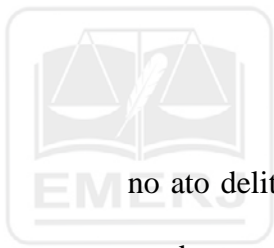
A intenção dessa pesquisa foi de demonstrar que na maior parte das vezes o que se busca com a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança é de segregar aquele que pratica um ato delituoso, não importando se ele possui potencial consciência da ilicitude do ato que está cometendo ou não. E as soluções encontradas no ordenamento jurídico do Brasil para que qualquer risco à sociedade seja minimizado, ainda que em virtude de uma penalidade que ao invés de ajudar ou recuperar o indivíduo piore ainda mais sua situação.

Buscou-se demonstrar com o doente mental é tratado em nossa sociedade a partir do momento em que ele comete algum fato delituoso, assim como ainda que seja extinta sua punibilidade em razão de sua incapacidade de entender o ato que está praticando, haverá sempre uma forma de separá-lo da sociedade.

Foram analisadas as formas de medida de segurança, como elas são aplicadas e a sua eficácia.

Portanto, não se faz necessária a criação de novas leis para regulamentar os casos de inimputabilidade por doença mental, mas é de extrema urgência a efetivação das normas já existentes, a fim de promover de fato a segurança e a paz social.

Assim, para finalizar, conclui-se que os doentes mentais que praticam crimes devem sim serem tratados, porém com dignidade, respeito, pois as medidas de segurança quando aplicadas devem ajudar a sociedade a posteriormente receber esse agente modificado, como mais um colaborador e não como um fator de despesa e que muitas vezes pode vir a reincidir



no ato delituoso. Pois, se houver um tratamento adequado, em locais especializados, estarão sendo respeitados a dignidade da pessoa humana e os fundamentos das medidas de segurança.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Francieli Batista. *Direito Penal da loucura: doença mental, inimputabilidade penal e medidas de segurança*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21476>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Código Penal. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Vade Mecum: Penal e Processo Penal. 5ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 19. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 49.767/PA, Relatora: Ministra Laurira V. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7166294/habeas-corpus-hc-49-pa-2005-0187270-0/relatorio-e-voto-12896590>>. Acesso em 27 jul. 2016.

CABRAL, Ana Clara. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu impacto no Código Civil*. Disponível em: <<http://advocaciacabral.jusbrasil.com.br/artigos/225725023/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seu-impacto-no-codigo-civil>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

COMUNICAÇÃO, Carolina Cunha, da Novelo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Marco na defesa dos direitos, ele abre outros debates*. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-marco-na-defesa-dos-direitos-ele-abre-outros-debates.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Disponível em : <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticias/aprovado-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-brasileira-da-inclusao>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. Disponível em: <<http://www.mybrazilianculture.tk/2015/07/Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia.html>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/pablostolze/posts/861379603942222>. Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15-2>. Acesso em 09 abr.2016.

_____. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIyMA==>. Acesso em 09 abr. 2016.



DUQUE, Bruna Lyra. *Estatuto da pessoa com deficiência: Novos rumos da autonomia existencial*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/331086>>. Acesso em: 16 Jan. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MAURICIO, Célia Regina Nilander. *Execução Penal e os Portadores de Deficiência à Luz dos Mandados Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos12.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

PERES, M. F. T; FILHO, NERY, A. *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006>. Acesso em 22 fev. 2016.

SIMÃO, José. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 22 fev. 2016.



PRECEDENTE JUDICIAL - MECANISMO PROCESSUAL DE CELERIDADE NO JULGAMENTO DOS RECURSOS

Roberta Bandeira de Melo da Silva

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós-graduada em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense - UFF.

Resumo: O Judiciário brasileiro é a representação do Estado que chama para si a resolução dos conflitos, visando a promover a pacificação social. Entretanto, mesmo após várias reformas, o processo civil brasileiro carece de instrumentos eficazes que permitam um julgamento mais rápido dos recursos nos Tribunais. Por isso, o texto pretende examinar se o precedente judicial de fato servira como um instrumento processual apto a propiciar um julgamento célere em sede recursal, à luz do atual Código de Processo Civil, cuja vigência iniciou-se em 18/03/2016.

Palavras-chave: Processo Civil. Julgamento. Recursos. Instrumentos. Precedente Judicial. Celeridade. Código de Processo Civil de 2015.

Sumário: Introdução. 1. O Precedente Judicial. 2. Limites ao livre convencimento motivado. 3. A força do precedente no Código de Processo Civil de 2015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do precedente judicial, o novo paradigma do Judiciário Brasileiro, que objetiva operacionalizar mecanismos processuais hábeis, que viabilizem uma resposta célere e efetiva ao crescente número de ações distribuídas diariamente frente à crescente procura do Judiciário para a solução dos conflitos sociais, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O presente estudo busca analisar a estrutura tradicional do sistema recursal brasileiro, cujo histórico jurisprudencial evidencia a necessidade de aceleração da marcha processual, notadamente no que se refere à adoção do precedente judicial como parâmetro de julgamento.

A temática em tela é notadamente relevante a partir da promulgação da Lei



n.13.105, de 16 de março de 2015, que aprovou o atual Código de Processo Civil, vigente desde o dia 18 de março de 2016, que confere ao precedente judicial destaque nos pronunciamentos judiciais emanados pelos julgadores.

Igualmente, na abordagem da adoção da jurisprudência uniformizadora pelo Código de Processo Civil de 2015, é nodal que se preocupe com a correta subsunção da lide à determinado paradigma jurisprudencial, sob pena de a aplicação errônea do precedente, a gerar insegurança jurídica ao invés de estabilizá-la e uniformizá-la.

O presente estudo visa a perquirir a partir de qual momento o precedente judicial passou a ter relevância na prestação jurisdicional a partir do seu ponto mais nevrálgico e sensível, que é o gargalo do julgamento dos recursos em segunda instância; bem como, se a adoção da uniformização jurisprudencial como mecanismo de solução para a dificuldade enfrentada pelo Judiciário de julgamento de uma excessiva quantidade de recursos versando sobre questões similares, pode afetar e/ou limitar o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, e se tal implicará em ausência de motivação das decisões judiciais.

No decorrer do artigo, será traçada a evolução da aplicação da jurisprudência pelos Tribunais brasileiros; a apuração da eficácia da adoção da jurisprudência como critério de julgamento em sede de recurso, ao final, se buscará corroborar a importância do precedente judicial no atual Código de Processo Civil.

O presente trabalho, que se almeja elaborar, utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, descritiva e parcialmente exploratória.



1. O PRECEDENTE JUDICIAL

O presente capítulo visa a falar sobre precedente judicial, a sua evolução histórica no direito brasileiro e identificar a partir de qual momento a aplicação da jurisprudência passou a ter prevalência no julgamento dos recursos.

Inicialmente é preciso entender o que é o precedente judicial, assim definido como:

O termo precedente pode ser adotado no sentido de designar decisões preexistentes, decisões que foram proferidas antecedentemente a alguma outra decisão ou circunstância jurídica que deva ser levada em conta. Neste sentido, precedente simplesmente significa uma decisão antecedente, proferida por alguma corte, que pode conter uma similitude jurídica significativa com relação a um caso concreto que seja posterior. Por isso, não denota força vinculante da decisão.¹

Partindo-se de tal conceito, observa-se que a menção ao precedente judicial nos julgamentos emanados pelo Segundo Grau de Jurisdição dos Tribunais não constituía elemento tão comum como hoje ocorre, cuja utilização é crescente, notadamente após a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição da República de 1988, e cuja instalação ocorreu no ano de 1989, com a missão uniformizar o entendimento decorrente da aplicação das normas infraconstitucionais pelas Justiças Federal e Estadual.

Os julgamentos proferidos pelos Tribunais Superiores, tangencia e registra no tempo, a gradual influência no sistema jurídico brasileiro do *civil law*, que é estruturado primordialmente no positivismo jurídico e no qual a principal fonte do Direito é a lei; do *common law*, que se pauta, fundamentalmente, nos julgamentos dos casos concretos

¹ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2016, p.631.



pelo Poder Judiciário, com predominância do julgamento dos conflitos baseando-se na jurisprudência.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, os precedentes judiciais foram paulatinamente regulados em diversos níveis e fontes normativas, sendo, inclusive, desenvolvida a teoria dos precedentes judiciais, tudo com filtragem constitucional no princípio da razoável duração do processo, insculpido no artigo 5º, inciso LXXXVIII, da CRFB/88 pela Emenda Constitucional nº45/04², visando a dar maior celeridade aos julgamentos das lides que aumentam em progressão geométrica diuturnamente.

Podem ser citados, dentre os diversos exemplos existentes de julgamentos feitos *a prima facie*, monocraticamente em função da existência de entendimento pacificado ou sumulado pelos Tribunais Superiores:

- a) O julgamento liminar de improcedência do mérito³;
- b) O cabimento de reclamação perante o STF quando houver descumprimento à súmula vinculante;⁴
- c) Os poderes dado ao relator para julgamento unipessoal do mérito dos recursos;⁵
- d) A possibilidade de o relator de Recurso Extraordinário provê-lo de plano quando este se apresentar em contrariedade com jurisprudência predominante do Tribunal.⁶

Ou seja, a importância da repercussão da jurisprudência uniformizadora no direito de recorrer será vista *de per se* nos acórdãos proferidos no âmbito recursal, decididos monocraticamente ou não, com base em precedente judicial cuja eficácia não necessariamente haveria de ser idêntica.

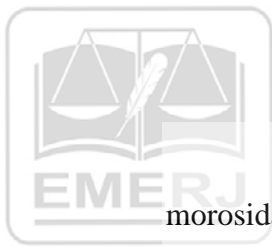
² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil de 2015, artigo 332, *caput*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

⁴ BRASIL. Lei n 11.417, de 19 de dezembro de 2006, art. 7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm. Acesso em: 27 jan. 2015.

⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, op. cit., art. 932, *caput* e inciso IV, alínea “a”.

⁶ BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21, §1º. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.



Em verdade, a busca da efetividade das decisões judiciais esbarra na morosidade dos trâmites processuais, e, para que a celeridade no julgamento dos recursos não viole princípios consagrados constitucionalmente como a legalidade, a segurança jurídica e a razoável duração do processo, devem ser observadas as regras trazidas para a aplicação isonômica e segura do precedente.

2. LIMITES AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Neste contexto, não é de se estranhar que o julgador se atente cada vez mais para emitir decisões alinhadas ao entendimento emanado pelas Cortes Superiores quando decide o caso concreto visto para análise, na medida em que, eventual decisão contrária a entendimento pacificado e/ou sumulado acarretará inexoravelmente em reforma da decisão proferida, o que significa tempo gasto e menor produtividade em todas as instâncias que o processo venha a percorrer, pois contribuiria para assoberbar ainda mais os Tribunais.

Não obstante o peso do precedente judicial, não se pode olvidar que o livre convencimento motivado do magistrado sempre terá aplicabilidade. Uma vez obedecido o princípio da motivação, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, seria temerário subtrair do julgador o caminho da decisão contrária ao precedente judicial.

Refira-se julgado do Supremo Tribunal Federal⁷ nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 116153. Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+116153%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+116153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4rlaab>. Acesso em: 23 abr. 2014.

PROCESSUAL PENAL MILITAR. IMPUTAÇÃO DA INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 1. Decidir de forma diversa do que assentado nas instâncias antecedentes demandaria afastar a idoneidade dos peritos que produziram o laudo de exame de constatação e concluir pela insuficiência das demais provas que o corroboraram, o que demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o habeas corpus. 2. Não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado valorá-las segundo o seu livre convencimento, de forma motivada, como se tem na espécie vertente. Sistema do livre convencimento motivado. 3. Ordem denegada.

O julgado em referência demonstra que o livre convencimento motivado prevalecerá sobre um entendimento consolidado em um precedente, de modo que sempre será dado ao julgador o poder geral de cautela de afastar a aplicação de determinado enunciado.

No âmbito interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸ também há julgados com a mesma orientação, observa-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SENTENÇA PROFERIDA PELO MAGISTRADO QUE SE BASEOU DE FORMA CORRETA E FUNDAMENTADA NAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS, MAIS PRECISAMENTE NO LAUDO PERICIAL ELABORADO PELO PERITO DO JUÍZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU DA PERSUASÃO RACIONAL. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO, DE ACORDO COM A INTELIGÊNCIA DA NORMA DESCRITA NO ART. 557 CAPUT DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Essa postura contemporânea do Poder Judiciário evidencia que o precedente judicial, a princípio sem importância histórica nas Constituições anteriores, passa a ser ferramenta de relevante importância como mecanismo processual de celeridade no julgamento dos recursos.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0072276-07.2012.8.19.0001. Relator: Desembargador Edson Scisínio Dias. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004069DC6C58FB1315126D6B5EC7E7A692DC5025B325D56&USER=> Acesso em: 23 abr. 2014.



3. A FORÇA DO PRECEDENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Neste panorama, passa-se a abordar quais as feições que o precedente judicial assume no atual Código de Processo Civil, e a maneira como ele pode ser aplicado nos Tribunais, tendo em conta a necessidade de fundamentação do uso do precedente judicial como critério de julgamento, conforme preconizado nos incisos V e VI, do §1º e *caput*, do art. 489 da lei supracitada⁹, *verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ou seja, seria carente de motivação o pronunciamento judicial que se limitasse a referenciar enunciado de súmula, sem explicitar claramente os motivos pelos quais se chegou ao entendimento de que determinado precedente seria aplicável ao caso concreto.

Igualmente discorre o artigo 927¹⁰ do atual Código de Processo Civil em seus incisos, acerca das regras para utilização dos precedentes judiciais como critério de julgamento, refira-se:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

⁹ BRASIL Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

¹⁰ Cf. a referência legislativa n. 08.

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; [...]

Porém, não se pode olvidar que será preciso estar atento a essa mudança na norma processual, que admite a jurisprudência como fonte do direito no sistema normativo brasileiro e amplia a atividade de construção da formação da vontade estatal para além da interpretação da lei aplicável ao caso concreto, permitindo ao Estado-Juiz a prestação jurisdicional com base em precedentes judiciais.

Nesse bojo, observa-se que deverá haver por parte do aplicador do direito muito cuidado com a cultura de citação de precedente jurisprudencial com base em açodada leitura de ementas, sem levar em consideração o contexto do julgamento, o que pode redundar em aplicação de um entendimento contrário ao pretensamente emanado por uma Corte Superior. Ou seja, os precedentes que vierem a ser citados como fundamento para uma decisão judicial, bem como o próprio nome do instituto jurídico diz, devera versar sobre situação similar à do caso concreto.¹¹

Nesse sentido também alerta André Vasconcelos Roque, refira-se:

Não é da tradição do ordenamento jurídico brasileiro o estudo dos precedentes jurisprudenciais, com a análise das circunstâncias do caso concreto e a extração adequada de sua *ratio decidendi*. Muito pelo contrário: ainda hoje, não são poucos os que se limitam a invocar ementas de acórdãos ou enunciados de súmulas como se isso fosse o suficiente para delimitar o campo de abrangência dos precedentes. Nestas circunstâncias, o risco de aplicação inadequada da jurisprudência é evidente.

Observa-se, ainda, que não há de haver surpresa processual, considerando-se que o precedente judicial objetiva uniformizar a marcha processual, e também deve ser levado em conta o direito à razoável duração do processo previsto no inciso LXXVIII,

¹¹ ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In, _____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O Projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica*. Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013, p. 15.



do artigo 5º, da Constituição Federal¹², a que fazem jus às partes.

Assim, em um juízo de admissibilidade recursal, em não sendo admitida a via recursal extraordinária ou especial, sem que haja qualquer outro meio de impugnação contra uma decisão que venha a aplicar equivocadamente um precedente que retenha um recurso na origem, estar-se-ia obstaculizando a revisão pelos Tribunais Superiores de orientações erradas, a respeito de determinada questão de direito.

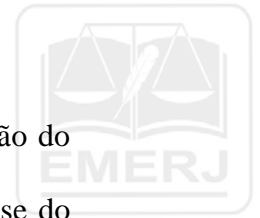
O grande espaço dado ao precedente judicial no atual Código de Processo Civil nasce de um anseio de prestação jurisdicional em massa, que visa à solução de um grande volume de litígios uniformemente, condensando várias situações em determinadas teses.

Vale ressaltar que, tal anseio somente será alcançado com a aplicação dos precedentes em situações que estejam no mesmo conteúdo jurídico e fático, devendo ser refutada toda e qualquer hipótese que seja apenas semelhante, sob pena de violação do princípio da isonomia.

A adequação procedimental ao novo entendimento jurisprudencial deverá ser pautada de forma a se permitir que a cultura do precedente caminhe pelo rumo certo no cenário jurídico brasileiro. A partir da adoção do precedente judicial para julgamento dos recursos, estar-se-á a criar uma força normativa de tratamento igualitário para os recorrentes que se encontram em situações semelhantes, considerando que, após a consolidação pelos Tribunais Superiores de determinado entendimento, este deverá ser seguido pelas instâncias inferiores, visando a afastar decisões divergentes no julgamento de situações que se enquadrem no mesmo contexto fático - jurídico.

Também há de se verificar, em sede de remessa necessária, especificamente nas ações nas quais a Fazenda Pública sai vencida e a confirmação da sentença é

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

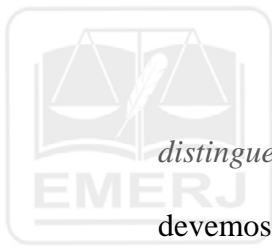


condição de sua eficácia, se haveria supressão de instância na hipótese de reversão do julgado pelo Tribunal. Cite-se, por exemplo, a situação na qual, quando da análise do mérito do recurso, se observar que é incontroversa a aplicação de determinado entendimento jurisprudencial consolidado pelas instâncias superiores, mas que não tenha sido usado como fundamento da sentença e nem alegado pela parte.

Nessa hipótese, poderia haver afastamento do princípio da inércia da jurisdição, para a aplicação daquele entendimento verdadeiramente capaz de se amoldar ao caso concreto? Quais seriam as consequências da aplicação da solução correta para a lide em sede recursal, cuja solução seria diferente daquela dada pelo magistrado *a quo* e diferente da pretendida pela parte que impugnou a sentença? Estaria a parte, nessa hipótese, também impedida de recorrer às instâncias superiores, visando a obter uma solução diferente daquela dada pelo enunciado do precedente?

O precedente jurisprudencial vem na velocidade requerida pela era da modernização, na qual os tribunais incluem em suas rotinas os processos eletrônicos, o que certamente trará mudanças significativas na forma de como o julgador aplicará o atual Código de Processo Civil nas demandas em grau de recurso. O pensamento tecnológico se harmoniza com facilidade ao processo civil informatizado.

Como os meios recursais de acesso às instâncias superiores comumente usados são os recursos extraordinário e especial, deve se indagar, ainda, se a aplicação do precedente judicial como fundamento para determinada decisão em grau de recurso, implicaria uma imposição de desistência antecipada de acesso a ditas instâncias superiores, o que contrariaria o brocardo jurídico *ubi lex non distinguit, nec nos*



*distinguere debemus*¹³, ou seja, “quando a lei não faz distinção, também nos não devemos distinguir”.

Assim, observa-se que o sistema jurídico brasileiro existente até a vigência do atual Código de Processo Civil de 2015, já possuía um regramento que tratava dos precedentes, a julgar pelo artigo 557, do Código de Processo Civil de 1973¹⁴, que conferia poderes dados ao relator para basear sua decisão monocrática com fundamento em jurisprudência predominante.

Contudo, o sistema atual confere grande força normativa aos mesmos, oportunizando maior celeridade e previsibilidade do entendimento consagrado acerca de determinada questão. Almeja-se garantir um tratamento equânime àqueles que se encontram em situações igualitárias, por causa da força normativa trazida pelo precedente no atual Código de Processo Civil.

¹³ KOCHER, Henerik, compilado por. *Dicionário de Expressões e Frases Latinas*. U1: 100. [Jur / Coke / Black 1769]. Disponível em: http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/u01.htm. Acesso em: 26 mai. 2016.

¹⁴ BRASIL Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

CONCLUSÃO

Procurou-se falar do precedente judicial, a sua evolução histórica no direito brasileiro, a força que ele adquiriu no atual Código de Processo Civil e a preocupação com a influência que terá sobre a celeridade no julgamento dos recursos, destacando-se a consagração de um sistema normativo paradigmático, que dissemina um novo pensamento jurídico brasileiro e coloca uma pá de cal nas discussões decorrentes do paradigma teórico e processual anterior, mas que faz exsurgir novos anseios.

Em razão de tudo o que se ponderou, constata-se que, somente por ocasião da aplicação do precedente judicial na sistemática trazida pelo atual Código de Processo Civil é que se observará se, após a interposição do recurso, a tese tomada como paradigma será aplicada corretamente, em situações análogas a que a originou, ou se equívocos de interpretações jurisprudenciais continuarão criando situações jurídicas completamente discrepantes nos Tribunais.

O precedente judicial passa a ser tratado com autonomia em relação ao livre convencimento motivado do julgador, ou seja, vai exigir mais que do que a subsunção deste àquele, mas, principalmente, conhecimento das proposições que originariamente o embasaram.

Não é possível mensurar se a interpretação judicial baseada no precedente engessarará ou não o processo civil; se trará maior celeridade e segurança jurídica às decisões e aos acórdãos proferidos em segunda instância, e nem tão pouco, se tal sistematização conseguirá se sobrepor à autonomia da vontade das partes de recorrer às Instâncias Superiores.

Nesse tocante, a aceitação do precedente na interpretação judicial dos casos trazidos ao Poder Judiciário em grau de recurso, será tangenciada pelo amadurecimento do sistema jurídico brasileiro.



Primeiramente, porque a jurisprudência adquiriu força normativa no atual Código de Processo Civil, e há preocupação em relação às consequências advindas dos limites impostos ao livre convencimento motivado, se haverá interferência na construção ou derrubada de um precedente.

Em segundo lugar, porque se inicia uma estruturação que permitirá afastar as iniciais insegurança e imprecisões das decisões judiciais, dando lugar a um entendimento estruturado, um regramento que prevê como se cria e se revoga um precedente, como deve ser interpretado, quais as suas consequências e quem estará subsumido ao precedente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. *Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. Lei n 11.417, de 19 de dezembro de 2006, art. 7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm. Acesso em: 27 jan. 2015.

_____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21, §1º. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*. São Paulo. Saraiva, 2014.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2016.

KOCHER, Henerik, compilado por. *Dicionário de Expressões e Frases Latinas*. U1: 100. [Jur/Coke/Black 1769]. Disponível em: http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/u01.htm. Acesso em: 26 mai. 2016.

ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O Projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica*. 1. ed. Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2013.

WOLKART, Erik Navarro. *O precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro*. Mecanismos de objetivação do processo. Salvador, Bahia. JusPodivm, 2013.



CONTROLE JURISDICIONAL DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Rodrigo de Castro Villar Mello

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Sócio do escritório Villar Sociedades Advogados.

Resumo: O Novo Código de Processo Civil inuma o modelo descritivo legal que estruturava o processo até meados do século XX e contempla uma acentuada autonomia privada às partes da demanda. Modelo privatístico processual antagônico aos movimentos constitucionais do segundo pós-guerra, especialmente, concernente a compreensão do Direito a partir da unicidade e primazia da Constituição em consonância com as feições pluralistas e multiculturalistas da sociedade. Com efeito, as novéis diretrizes infraconstitucionais delineadas para os atos jurídicos processuais em sentido estrito não podem pretender conferir uma liberdade de contratar suscetível de escravizar ou mesmo limitar sobremaneira os direitos naturais do homem independentemente de, na relação, haver ou não vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica. Dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais e o sistema de garantias enquanto valores universais (direitos humanos materializados na ideia de constituição), bem como a própria soberania estatal concretizada pela jurisdição na expressão mor do constitucionalismo, devem iluminar o novo modelo processual brasileiro e exigir do órgão jurisdicional controle ultralegal.

Palavras-chave: Direito Processual Civil Constitucional. Direitos e garantias fundamentais. Soberania. Negócios Processuais. Partes. Situações Processuais. Procedimento. Controle Jurisdicional.

Sumário: Introdução. 1. O caráter publicista do direito processual civil e a contratualização no Novo Código de Processo Civil. 2. Limites para a flexibilização das situações processuais e do procedimento. 3. Controle Jurisdicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A cláusula geral de negociação processual contemplada pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), especificamente em seu artigo 190, permite a celebração de negócios processuais atípicos que tenham por objeto situações jurídicas processuais das partes e a própria atividade do Estado desenvolvida por meio do processo.

Não obstante a previsão, no parágrafo único do referido dispositivo legal, de observância apenas a requisitos de validade dos negócios jurídicos em gerais, a vedação de inserção abusiva em contrato de adesão e a ausência de situação de vulnerabilidade, se verificará que deve haver, ainda, restrições à liberdade das partes emanadas da eficácia dos

direitos fundamentais nas relações particulares e oriundas também do reconhecimento da dimensão epicentral e até mesmo supraestatal do Direito Constitucional.

A análise do tema terá enfoque nos direitos naturais do homem e na própria ideia de constituição e sua hermenêutica, máxime, no que concerne a jurisdição no Estado Constitucional, a qual vai muito além da atuação de direitos subjetivos, da declaração da vontade do legislador ou da vontade concreta da lei, ou, ainda, da justa composição da lide, como reflexo da expansão experimentada no moderno Estado Constitucional retratada nas mais variadas formas de atuação e nos mais diversos mecanismos jurídicos.

A liberdade de contratar e a manifestação do poder estatal por meio da atividade jurisdicional que não lhe suprima efeitos jurídicos somente se legitimam se não comprometerem o núcleo essencial dos direitos humanos (teoria do limite do limite) e a tutela de direitos à luz do princípio da justiça. Ganha alento o enfoque constitucional sobre essa mais recente ampliação da autonomia privada em âmbito processual.

Em seguida, enfrentar-se-á as características da cláusula geral de negociação processual, os limites para sua existência, a sua validade e eficácia, os sujeitos legitimados a prática, a sua estruturação e as peculiaridades abordadas em sede doutrinária, cujo quadro encontra balizamento legal e cuja higidez é conferida ao órgão jurisdicional. Não se olvidou o registro inconfundível dessa previsão negocial atípica com as disposições negociais típicas.

Por fim, demonstrar-se-á que a jurisdição no moderno Estado Constitucional somente se legitima acaso seja assegurada a higidez dos primados conquistados na trajetória evolutiva desses direitos experimentada no plano interno e internacional a fim de que as aspirações efluentes do reconhecimento e da proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade plural e desigual brasileira não passem de meros espectros diretivos.

Esse é o arcabouço estrutural para a conclusão de que a faculdade jurídica de disciplinar o procedimento às especificidades da causa não contempla uma irrestrita



autonomia às partes. A legitimidade dessa previsão negocial atípica se verificará diante de peculiaridades que sedimentem os interesses na adequação especial que pretenda as partes.

A pesquisa seguirá a metodologia bibliográfica descritiva de natureza qualitativa e parcialmente exploratória da lei, da doutrina e da jurisprudência, para demonstrar a necessidade de manter hígida a importante atividade do órgão jurisdicional na dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça, não tendo como panaceia a supressão ou restrição da norma, e, sim, a projeção do adequado sentido constitucional aos diversos aspectos de cada situação concreta.

1. O CARÁTER PUBLICISTA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A CONTRATUALIZAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ideologia de legitimação do poder político por meio de normas básicas, expressas ou tácitas, foi concebida desde a Antiguidade clássica¹. A existência dessa forma de organização do Estado se confunde com a própria origem do constitucionalismo que, sofrendo influxos dos movimentos sociais de cada época, desagua na concepção contemporânea de vocação universalista dos direitos humanos – respeito à pessoa humana albergada por documentos de direito internacional.

Ganhou alento a discussão sobre o constitucionalismo globalizado e a defesa de um poder constituinte transnacional ou supranacional. Tem-se uma nova perspectiva. O fortalecimento das instituições, a plena realização dos valores democráticos, a expansão da jurisdição constitucional e a especial atenção devida às regras e princípios destacados na Constituição, que se espraiam por todo o ordenamento jurídico e o condicionam.

Concebe-se um filtro axiológico para concretizar os objetivos constitucionais e refulgir na ordem interna a proteção destinada ao ser humana encampada pelo Direito

¹ Segundo André Ramos Tavares, o surgimento desse movimento ocorreu entre os hebreus, no Estado teocrático, ao instituírem limitações ao poder político por meio da denominada “lei do Senhor”. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.)



Internacional e, assim, inumar, definitivamente, qualquer timidez quanto à força normativa da Constituição não mais negligenciável pelo Estado.

O tema empolgou os estudos e ganhou contornos nos Tribunais em todos os países em que o modelo constitucional brasileiro se abebera. Sedimentou-se a feição objetiva dos direitos fundamentais que exprime valores básicos da ordem jurídica e social e impõe ao Estado um comando de respeito, bem como de proteção para impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações particulares. O Supremo Tribunal Federal explorou o tema com toda erudição e concluiu que normas jusfundamentais de índole procedimental, como a garantia da ampla defesa, podem incidir diretamente sobre relações entre particulares.²

A evolução foi, portanto, sentida também no âmbito do processo, e não apenas na sua vertente negocial, mas também legislativa, administrativa e, indubitavelmente, processual, especialmente, em relação ao Direito Processual Civil enquanto objeto da Ciência do Direito Processual e, conseqüentemente, da Teoria Geral do Processo, como estrutura Fredie Didier Júnior, em crítica à ideia de existência de uma disciplina jurídica fundamental processual única sintetizada na premissa de que “Teoria Geral do Processo não é Direito Processual Unitário.”³

A jurisdição que, no final do século XIX, estava comprometida com os valores do Estado liberal e do positivismo jurídico, servindo à proteção de direitos subjetivos privados, assumiu uma feição publicista: a necessidade de afirmação do direito objetivo. Essa superação da concepção privatista tem seu berço na doutrina de Chiovenda ao desenvolver o estudo da ação. Cristina Rapisarda, a propósito, enfatizou que a teoria

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819. Segunda Turma. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 11 out. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 36.



chiovendiana da jurisdição, cuja função era a atuação da vontade concreta da lei, erigiu contornos conceituais que desvelavam as bases do princípio da autonomia da ação.⁴

No Estado Constitucional, a jurisdição se coaduna com um novo modelo de repertório teórico além da singela concepção derradeira de afirmação do direito. Encampa objetivos muito mais amplo: não só produzir a norma jurídica no caso concreto e resolver conflitos, mas realizar o direito material alinhado à vontade do constituinte de 05 de outubro de 1988⁵ e assegurar o exercício da própria soberania estatal à luz do direito fundamental ao processo justo.

Com efeito, a jurisdição, que atua e se concretiza por meio do processo, deve ter por objetividade precípua decisões legítimas e consonantes com o princípio da justiça, é dizer, decisões adequadas à tutela dos direitos fundamentais, além de servir à afirmação do ordenamento e à sociedade civil como um todo. Há, pois, um caráter publicista formalista-valorativo⁶ do processo como o instrumento para o exercício da pretensão à justiça, “Justizanspruch”, e da pretensão à tutela jurídica, “Rechtsschutzanspruch”⁷.

É nessa dimensão axiológica que se deve entender os negócios jurídicos processuais que têm por objeto a adequação do procedimento instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015⁸, que inumam o modelo descritivo legal que estruturava o processo até meados do século XX. A par da divergência sobre a classificação dos fatos jurídicos, especialmente

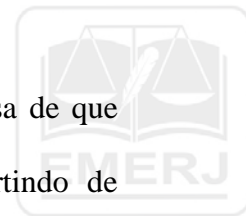
⁴ RAPISARDA apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Direito Processual Civil*, v. 1: teoria geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42.

⁵ Como bem denota Humberto Ávila: “o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior (...) a eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140-141)

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137. Também publicado em DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 125-150.

⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 491.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.



dos fatos jurídicos processuais⁹ e sua admissão ou não no processo sob a premissa de que somente atos o integrariam, essa previsão legislativa cuida dos fatos que, partindo de elemento volitivo criador, dimanam eficácia jurídica que influenciam situações jurídicas processuais.

O legislador seguiu uma tendência oriunda principalmente do direito francês e importou uma cláusula geral de negociação processual que permite a realização de acordos processuais atípicos entre as partes cujo objeto seja o procedimento e as situações processuais. Doutrinariamente, anuncia-se que essa previsão seria o alicerce para o “princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”¹⁰; porém, essa moldura não é pacífica¹¹.

Sedimenta-se, assim, uma privatização do processo própria de países nos quais o processo civil serve a soluções consensuais do litígio. Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹² lecionam:

A tendência do processo à sua *privatização*, evidenciada, dentre outras figuras, pela ampliação da possibilidade de acordos processuais, é comum em países nos quais o processo civil está atrelado a *litígios privados*: França, Itália, Alemanha e outros países que desenvolvem, de modo separado, a análise da Justiça Civil, da Justiça Administrativa e da Justiça Tributária, por exemplo, tendem a ligar a atividade da Justiça Civil à solução do litígio das partes e a função da Justiça “Pública” à atuação do Direito.

Entretanto, a natureza pública do processo como instrumento para concretização do ordenamento jurídico e para solução de conflitos não mais permite apartá-lo da unidade que rege o sistema para colocá-lo como instrumento a serviço da parte, de seus interesses privados

⁹ Segundo Fredie Didier Jr., “É possível arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o fato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais.” (DIDIER JR., op. cit., p. 373)

¹⁰ Fredie Didier Jr. afirma que “o caput do art. 190 do CPC é uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo, examinado no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, neste volume do Curso.” (DIDIER JR., op. cit., p. 380)

¹¹ Daniel Amorim Assumpção esclarece que “Não estou plenamente convencido de que tenhamos um novo princípio em razão do art. 190 do Novo CPC, mas tal aspecto interessa mais à Academia do que à praxe forense. Princípio ou não, a regra legal consagrada no dispositivo ora comentado merece atenção.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: v. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 319)

¹² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 532.



e egoísticos em razão dessa relevante função constitucional que exerce sob pena de comprometer a própria soberania estatal manifestada por meio da jurisdição.

Destarte, só há falar em direito fundamental ao devido processo legal se observados essas balizas valorativas estabelecidas pela Constituição, notadamente a participação das partes na formação da decisão com o respeito a todos os meios de defesas necessários – devido processo legal em sentido formal cujo destinatário é o juiz que deve obediência aos aspectos que circundam o processo – e existência de um procedimento adequado à tutela do direito material orientado por critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade – devido processo legal substantivo cujo destinatário precípua é o legislador que deve estabelecer um processo justo e adequado, materialmente informado pelo princípio da justiça¹³.

2. LIMITES PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES PROCESSUAIS E DO PROCEDIMENTO

O novo diploma legal ampliou sobremaneira as permissões de disposição concedidas às partes e permitiu a disposição sobre todo procedimento previsto em lei¹⁴. Trata-se de previsão genérica de que as partes, observados os limites traçados pela lei, como sugere o

¹³ José Joaquim Gomes Canotilho pondera que “A teoria substantiva está ligada à idéia de um processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juizes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra Almedina, 2000, p. 482)

Neste sentido, cumpre destacar decisão do Supremo Tribunal Federal proferida pelo Ministro Gilmar Mendes que informa sobre o tema em enfoque o seguinte: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para afetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 529.733. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393272>>. Acesso em: 31 mar. 2016.)

¹⁴ A propósito, os enunciados n. 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “257. O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”; e 258. As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”. (DIDIER Jr., Fredie et al. *Carta de Belo Horizonte: Enunciados do IV Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Salvador: Juspodivm, 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016).



legislador, podem celebrar negócios por intermédio dos quais poderão estabelecer mudanças no procedimento e dispor suas posições processuais.¹⁵

A contemplação do conteúdo do negócio expressamente pela lei permitirá defini-lo como negócio jurídico processual típico, que não são novidades e existiam em várias passagens desde a codificação ab-rogada. A título de referência, foram mantidas, no Código de Processo Civil¹⁶, a convenção sobre o ônus da prova (artigo 373, §3º); as convenções sobre a suspensão do processo, que pode ocorrer, dentro de certos limites, por livre arbítrio das partes (artigo 313, inciso II); acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (artigo 432, parágrafo único); e a escolha consensual do perito (artigo 471).

A novidade é a instituição de negócios processuais atípicos, a generalização autorizada pelo ordenamento com a novel legislação. Dessa forma, sempre que a causa admitir autocomposição, podem as partes, desde que sejam capazes, estabelecer mudanças no procedimento para justá-lo às especificidades da causa, bem como pactuar convenções sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Em adendo, impende sobressaltar que essa hipótese não se confunde com o negócio sobre direito litigioso, o qual caracteriza transação – espécie de autocomposição ao lado da submissão –, forma alternativa de solução do conflito, como a autotutela, a mediação e a arbitragem (não olvidando o entendimento doutrinário de esta seria forma de exercício de jurisdição por autoridade não-estatal).

¹⁵ De acordo com o artigo 190, do Novo Código de Processo Civil: “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (BRASIL, op. cit., 2015)

¹⁶ BRASIL, op. cit., 2015.



Esses negócios processuais podem ser bilaterais (restritos às partes da demanda), plurilaterais (depende de um acordo de vontade das partes e do órgão jurisdicional) e até mesmo coletivos desde que haja legitimação extraordinária para o negócio coletivo¹⁷.

Acrescenta-se que nada impede a realização de tais espécies de negócio processual em qualquer grau de jurisdição, guardada sua adequação, seja em atividade recursal ou originária, como se pode deduzir da própria calendarização do procedimento prevista no artigo 191 do Novo Código de Processo Civil¹⁸.

Destaque-se, ainda, que a cláusula aberta de negociação processual alcança também a Administração Pública sem esbarrar no princípio da indisponibilidade do interesse público¹⁹. Se não fosse o paralelo à arbitragem em razão do que reza o artigo 1º, §1º, das Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996²⁰, não é a natureza do direito subjacente ao objeto do acordo que definirá a sua licitude, mas a concretização da supremacia do interesse público.

O direito permanece indisponível, insuscetível de disposição pelo titular ao seu alvedrio e, portanto, impassível de transação, mas a forma de seu exercício pode ser objeto de concessão recíproca.²¹ A transação, a renúncia, o reconhecimento jurídico do pedido são figuras ligadas ao poder de dispor do direito material, como visto, e, pois, estão adstritas ao plano substancial ao revés do plano processual.

¹⁷ Sobre o tema, dispõe o Enunciado 255 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva.” (DIDIER Jr. et al, op. cit., p. 41)

¹⁸ BRASIL, op. cit., 2015.

¹⁹ Destaca-se o Enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual”. (DIDIER Jr. et al, op. cit., p. 41)

²⁰ BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

²¹ Essa é a conclusão do Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. (DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; CRAMER, Ronaldo. *Carta do Rio de Janeiro: Enunciados do III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

Tanto é assim que, no dia 18 de dezembro de 2015, a presidente da República editou a Medida Provisória n. 703²², reforçando os escopos da Administração consensual para combater os efeitos corrosivos de condutas que atentam contra o interesse da Administração Pública e, assim, obter a reparação integral do dano e prevenir novas infrações.

A espécie normativa alterou a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção²³), que trata da responsabilidade objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas e físicas que lesem a administração pública, nacional ou estrangeira, seja por atentarem contra o patrimônio público, seja por violarem gravemente princípios administrativos, para dispor sobre acordos de leniência.

Esses acordos, no sistema da referida Lei Anticorrupção, objetivam a obtenção de informações e documentos para identificar demais envolvidos na infração, comprovar o ilícito e concretizar o efeito preventivo geral pela instabilidade nas relações internas derivada das incertezas das condutas dos envolvidos. Os requisitos para concessão desses acordos são semelhantes ao da delação premiada: a colaboração na identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem sua ocorrência.

Ademais, esses acordos de leniência são celebrados administrativamente sem importar na extinção da punibilidade administrativa e não exige a homologação perante o Poder Judiciário com a participação do Ministério Público, não obstante não possua efeitos penais como ocorre com a delação premiada, de sorte que o órgão ministerial poderá se valer de tais instrumentos de acordo para formar sua a *opinio delicti*.

Ademais, a referida lei revogou o artigo 17, §1º, da Lei 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade)²⁴ para viabilizar acordos processuais em sede de demanda de improbidade

²² BRASIL. Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

²³ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

²⁴ BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.



administrativa proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Acrescenta-se o Enunciado n. 253 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que prevê a possibilidade de o Ministério Público, na condição de parte do processo (não como fiscal da ordem jurídica), também celebrar negócios processuais.²⁵

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de natureza administrativa com competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, regulamentou a celebração de convenções processuais pelo *Parquet*, nos artigos 15 a 17 da Resolução n. 118, de 2014²⁶.

De outra banda, independentemente da natureza disponível ou não do direito objeto do processo, podem as partes, conjuntamente com o órgão jurisdicional, estabelecer alterações no procedimento, fixando, por exemplo, *calendário* para a prática dos atos na forma do artigo 191 do Novo Código de Processo Civil²⁷. Trata-se de uma estruturação do procedimento que não é irrestrita e deve atenção às peculiaridades do processo a fim de amparar a licitude do objeto como bem enfatiza Daniel Amorim Assumpção, *in verbis*:

Ao criar a correlação mudança procedimental-especificidades da causa, o legislador, entretanto, não consagrou a vontade livre das partes, mas sim uma vontade justificada, condicionada a uma adequação procedimental que atenda a eventuais peculiaridades do caso concreto.

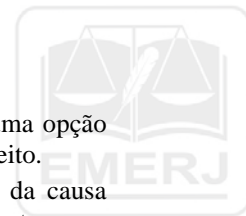
Por isso não concordo com parcela doutrinária que, apesar de reconhecer a opção legislativa, entende que, diferente do previsto em lei, o acordo não depende de especificidades na causa, bastando que seja conveniente às partes: Trata-se de uma

²⁵ Enunciado 253 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”. (DIDIER Jr. et al, op. cit., p. 41)

²⁵ BRASIL, op. cit., 2015.

²⁶ “Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.” (BRASIL. Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 14 abr. 2016.)

²⁷ BRASIL, op. cit., 2015.



opção legislativa, consciente ou não, acertada ou não, mas ainda assim uma opção legítima, que não pode ser simplesmente ignorada pelos operadores do Direito.

Registre-se entendimento doutrinário que afirma que as especificidades da causa constituem as circunstâncias que as próprias partes elegem como relevantes para determinar um tratamento diferenciado ao procedimento. Ao se concordar com tal entendimento, a norma será letra morta, já que as especificidades da causa não decorrem da vontade das partes, mas da realidade, que deve ser objeto de análise pelo juiz.²⁸

O acordo processual que verse exclusivamente sobre interesses das partes na demanda deve ser tratado como qualquer outro acordo entre partes capazes cujo objeto seja lícito, possível e determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Entretantes, mesmo sendo as plenamente capazes e admitindo a causa a autocomposição, não é possível às partes acordarem a respeito do exercício dos poderes do juiz²⁹. Isso, porque deve-se prestigiar a autonomia privada sem negar ao processo sua função de tutela dos direitos na dimensão da Constituição.

Não se olvide as limitações do âmbito protetor dos direitos fundamentais como a liberdade, que também franqueia ao indivíduo a possibilidade de estabelecer vínculos jurídicos. A contratualização do processo e o acentuado poder de disposição conferido às partes, inclusive sobre o controle do procedimento, não pode relegar os valores erigidos pela Constituição e os movimentos pelos quais passou o processo sob pena de verdadeiro retrocesso.

Konrad Hesse advoga que apenas enquanto presente o pressuposto da liberdade contratual, que é a situação jurídica e fática aproximadamente igualitária entre as partes, estaria justificada a limitação sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pondera que o princípio da autonomia privada estaria em risco “se as pessoas, nas suas relações recíprocas, não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais que são

²⁸ NEVES, op. cit., p. 321.

²⁹ ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciado 35: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.”



indisponíveis para a ação estatal”³⁰. Entretanto, o ponto nodal é quando desaparece essa situação de igualdade.

Todos esses requisitos específicos para os acordos processuais previstos no artigo 190 do Novo Código de Processo Civil³¹ são objetos de intensa controvérsia doutrinária no que tange a sua aplicação aos negócios jurídicos típicos. Para uma parcela da doutrina devem ser observadas as regras específicas e para outra há aplicabilidade do dispositivo ora em comento. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves bem resume a celeuma:

Nessas hipóteses de negócio jurídico processual bilateral surge um interessante questionamento: esses acordos devem respeitar os requisitos legais previstos pelo art. 190 do Novo CPC? Apesar de parcela da doutrina entender que as condições específicas do acordo previstas no art. 190 do Novo CPC não são exigidas nos negócios jurídicos típicos, que seguem suas próprias regras formais, entendo que a existência de regras formais específicas não afastam as regras formais gerais previstas no dispositivo ora analisado.³²

Esses negócios processuais atípicos, além da observância aos requisitos de validade sob pena de nulidade reconhecível de ofício (artigos 104, 166 e 167, Código do Civil³³), também estão sujeitos a anulabilidade por vícios sociais e vícios da vontade, que dependem de alegação das partes na forma do artigo 177 do Código Civil³⁴. Há necessidade, ainda, de o instrumento do mandato conter poderes especiais conferidos ao advogado pela parte para aquelas hipóteses enunciadas no artigo 105 do Novo Código de Processo Civil.

Não obstante a ausência de previsão legal e a par da discussão sobre a posição do tratado internacional que não verse sobre direitos humanos em relação ao ordenamento interno ou mesmo sobre a necessidade de denúncia para revogá-lo, tal tratado, após sua incorporação no ordenamento jurídico interna, podem trazer regras específicas que afastem as regras gerais de negócios jurídicos processuais ou que as derroguem.

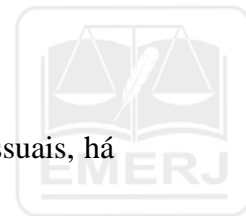
³⁰ HESSE, Konrad apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314.

³¹ BRASIL, op. cit., 2015.

³² NEVES, op. cit., p. 318.

³³ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

³⁴ Ibid.



Sobre a vinculação dos sucessores da parte que celebrou os negócios processuais, há entendimento no sentido de que a similitude com os contratos do direito civil atrairia a regra do artigo 426 do Código Civil³⁵ e estaria o negócio maculado com ilicitude e deveria o juiz recusar-lhe aplicação no caso de falecimento da parte. Todavia, deve prevalecer a posição do Enunciado n. 115 do Fórum Permanente de Processualistas Civis³⁶ e os herdeiros sucessores estarão obrigados ao conteúdo do negócio.

Tem-se, portanto, que não pode haver a amplitude pretendida. As partes sofrerão restrições e o legislador também deve observar determinados axiomas no exercício da atividade legislativa. Outrossim, indubitável que a Administração Pública deve mais atenção ainda a determinados valores constitucionais.

3. CONTROLE JURISDICIONAL

Caberá ao juiz, à luz do artigo 190, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil, controlar a validade das convenções e recusar a aplicação nos casos de nulidade, ou de inserção abusiva em contrato de adesão, ou se alguma das partes estiver em situação de vulnerabilidade, a qual deve ser presumida na ausência de advogado³⁷.

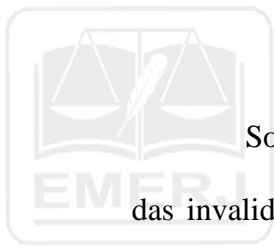
A validade do negócio jurídico processual tem os mesmos requisitos dos negócios jurídicos em geral: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei³⁸. Ausentes quaisquer desses requisitos deve o juiz, de ofício, recusar-lhe aplicação como também deve ocorrer no caso de anulabilidade³⁹.

³⁵ Ibid.

³⁶ Enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 191 obriga herdeiros e sucessores”. (DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; BASTOS, Antonio Adonias. *Carta de Salvador*: Enunciados do II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.)

³⁷ Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. (DIDIER Jr., SCARPINELLA, BASTOS, op. cit., p. 10).

³⁸ Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.



Sobre a capacidade, mesmo que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das invalidades sofreu profundas modificações, especialmente pelo fato de não se verificar mais absolutamente incapazes maiores no ordenamento vigente. De toda sorte, acaso o ato, nulo ou anulável, produza efeitos que favoreçam o incapaz, deverá ser convalidado pela hegemonia da boa-fé em detrimento da teoria das invalidades.

Entretantes, no plano processual, a manifestação volitiva do incapaz sem a respectiva intervenção como pressuposto de validade impede a disposição de faculdades processuais, porquanto seria iniludivelmente prejudicado pela falta de exata compreensão dos efeitos concretos em sua situação jurídica, inclusive, sobre os influxos no procedimento, exigindo do magistrado uma forma de controle mais acirrada.

Convém destacar que na própria capacidade jurídica está inserida a legitimação para a prática de determinados atos. A legitimação significa uma “inibição para a prática de determinados atos jurídicos, em virtude da posição especial do sujeito em relação a certos bens, pessoas ou interesses”, como enfatiza Washington de Barros Monteiro⁴⁰, enquanto a capacidade jurídica diz respeito à possibilidade genérica de praticar atos jurídicos pessoalmente. Assim, a pessoa casada está sujeita a certas restrições para a prática de atos processuais que devem estender-se também para a disposição de atos do processo.

O descumprimento voluntário do pacto estabelecido no negócio processual somente poderá ser reconhecido pelo órgão jurisdicional se alegado pelas partes por se inserir tal previsão no âmbito de autonomia privada das partes. Segundo Fredie Didier Jr., o órgão

(DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Carta de Vitória*: Enunciados do V Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.)

³⁹ Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios processuais”. (DIDIER Jr., BUENO, CRAMER, op. cit., p. 26)

³⁹ BRASIL, op. cit., 2015.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 60.

jurisdicional somente estará autorizado a conhecer do inadimplemento se as partes assim preverem ou se houver expressa autorização legal nesse sentido⁴¹.

O órgão jurisdicional deve fazer, ainda, a leitura dos negócios processuais a partir das normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil⁴²: nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (artigo 112); os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (artigo 113); negócios jurídicos benéficos (aqueles em que apenas uma das partes se obriga, enquanto a outra se beneficia) e a renúncia interpretam-se estritamente (artigo 114); e, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (artigo 423).⁴³

É necessário observar também que, além dos requisitos inerentes a qualquer negócio jurídico, confere-se ao magistrado o poder de controlar esses negócios que comprometam a constitucionalidade do procedimento por violar, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a celeridade, a efetividade etc. Isso, porque a Constituição tem força normativa, força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais sob pena de constituir apenas proclamação retórica e demagógica. Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero lecionam:

É preciso observar que o processo possui objetivos próprios, perseguidos com base em direitos fundamentais, de modo que permitir acordos processuais indistintamente pode paradoxalmente implicar perda de liberdade para as próprias partes nele envolvidas. Isso quer dizer que o acordo sobre posições processuais não pode ser realizado à custa de renúncias a direitos fundamentais processuais em atenção *apenas* à vontade das partes.⁴⁴

Com efeito, o órgão jurisdicional não está adstrito ao controle de validade dos acordos processuais à luz dos preceitos legais. O controle perpassa pela conformação ao

⁴¹ DIDIER JR., op. cit., p. 386.

⁴² BRASIL, op. cit., 2002.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 529.



direito fundamental ao processo justo e pela concretização de outros direitos mais caros ao indivíduo enquanto pessoa humana, como a sua dignidade e seu respectivo núcleo essencial.

Por isso, como esclarecem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...] do contrário, o processo estatal corre o risco de se converter em uma simples marionete de interesses quiçá inconfessáveis, transformando-se a Justiça Civil e a pretensão de justiça a ela inerente em um pálido teatro em cujo palco representa-se tudo em detrimento de uma decisão justa fundada na verdade dos fatos.⁴⁵

O princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais que gravitam em torno da órbita globalizante do princípio da dignidade da pessoa humana, assumida pela Constituição democrática, não podem se excluir. A liberdade sob sua vertente da autonomia para contratar deve acompanhar *pari passu* a responsabilidade que é o reflexo da limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais.

CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional se expandiu em defesa da efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico mediante as mais variadas formas de atuação e os mais diversos mecanismos jurídicos. A própria democracia, enquanto vontade da maioria e instrumento de realização de direitos fundamentais, tem em seu horizonte os direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, encartados ou não em determinado ordenamento jurídico.

O controle traçado pela lei não possui cercanias distintas da positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. Não pode ser irrestrita a faculdade jurídica conferida às partes e não se tolera a produção de negócios que contrariem a Constituição sob pena de usurpar a voz precípua do povo.

Não obstante os negócios jurídicos processuais independam de homologação judicial, estão submetidos a meticuloso controle jurisdicional pelo necessário equilíbrio entre

⁴⁵ Ibid., p. 111.



princípio da autonomia privada e as normas de proteção e promoção dos valores que resultam da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana.

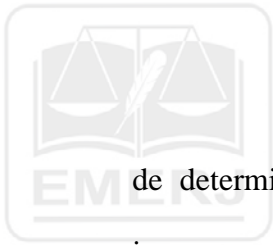
Com muita mais razão exige-se a negativa de eficácia quando o negócio jurídico processual diga respeito à atividade jurisdicional. A jurisdição é manifestação da soberania estatal e o procedimento deve ser capaz de universalizar o acesso à justiça sob pena de déficit de legitimidade. O juiz deve ser cooperativo, isonômico e assimétrico apenas quando põe suas decisões. Deve obediência apenas à constituição.

A legitimação da jurisdição se verifica também pela racionalidade da decisão. Além de instrumento da jurisdição para tutela de direitos fundamentais, o processo é via de participação do indivíduo na própria formação da decisão justa. Dessa forma, não se concebe uma a renúncia irrestrita dos meios imprescindíveis para atingir essa finalidade.

Não há lugar mais para se conceber uma interferência mínima do Estado, retomando a expressão de um projeto neoliberal em conformação de um Estado mínimo. A posição da Constituição como norma jurídica suprema exige a necessidade incontornável de observância aos seus preceitos. Para cumprir essa missão, o órgão jurisdicional deve aplicar as normas sem negar-lhes as amplitudes constitucionais a fim de que seja exercida legitimamente a jurisdição.

O constitucionalismo atribui ao juiz a função de concretizar direitos tutelados pelas normas constitucionais, conferindo-lhes o poder-dever de extrair da norma a regra que se alinhe à Constituição. Deve assegurar direitos fundamentais ignorados pelo legislador e manter hígido o núcleo essencial desses direitos mesmo no caso da tentativa de extirpá-los ou mesmo de comprometê-los mediante negativa de sua amplitude.

Destarte, o órgão jurisdicional tem a incumbência de manter a dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. Com efeito, deve manter um comportamento ativo na realização da justiça e admitir apenas uma estruturação do procedimento em consonância com as nuances



de determinada situação concreta a fim de que não se revele contraditória, ambígua e incongruente com os postulados constitucionais e primazia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI n. 529.733. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393272>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819. Segunda Turma. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 11 out. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+201819%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6y69xa>.> Acesso em: 31 mar. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra Almedina, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; BASTOS, Antonio Adonias. *Carta de Salvador: Enunciados do II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; CRAMER, Ronaldo. *Carta do Rio de Janeiro: Enunciados do III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

DIDIER Jr., Fredie et al. *Carta de Belo Horizonte: Enunciados do IV Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Carta de Vitória: Enunciados do V Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016

DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 125-150.



HESSE, Konrad apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: v. único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137.

RAPISARDA apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. *Novo curso de Direito Processual Civil*, v. 1: teoria geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEGALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM DIREITO TRIBUTÁRIO

Sabrina Karolyne Andrade Magalhaes

Graduada pela Faculdade de Direito de Ipatinga. Advogada. Especialista em Direito Tributário, Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Conciliadora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Palestrante. Conferencista, Prof^a. de Direito Constitucional, Administrativo e Tributário. Pesquisadora da NUPEGRE.

Resumo – A instituição de tributos por meio de medidas provisórias se apresenta de forma complexa e, por isso, intrigante. Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, o Estado se transforma para se adaptar às novas condições e valores morais. Cada vez mais se percebe que os tributos e os impostos, devem ser fiscalizados em sua forma de instituição para evitar que volte as origens de sua criação: efeito confiscatório. A essência do trabalho é abordar os princípios que regulam os tributos, sua forma de instituição, verificar qual a relevância de ser criado por lei ou por medida provisória, se os critérios formais são seguidos e apontar qual a forma que melhor atende os princípios da segurança jurídica, legalidade e da anterioridade.

Palavras-chave – Direito Tributário. Tributos. Medidas Provisórias. Relevância e Urgência. Princípios. Legalidade. Anterioridade. Segurança Jurídica.

Sumário – Introdução. 1. Exigência dos tributos: Lei e Medida Provisória. 2. Da Medida Provisória no atual ordenamento jurídico 3. Mácula principiológica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legalidade das medidas provisórias em matéria tributária. Procura-se demonstrar que medida provisória é um instrumento condicionado aos limites, relevância e urgência, impostos pela Constituição, por isso é necessário apreciar se essas medidas são realmente passíveis de serem aplicadas em matéria tributária.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a discutir se medidas provisórias podem ser usadas como veículo normativo em matéria tributária

sem qualquer mácula ao princípio da legalidade a ponto de justificar o princípio da anterioridade e da não-surpresa, a segurança jurídica dos contribuintes e os requisitos da relevância e urgência.

No caso do Direito tributário, o princípio da legalidade é imperativo e ganha feição de maior severidade, pela redação do art. 150, inciso I, da Constituição Federal. Se a Carta Magna veda a criação e modificação dos tributos sem lei que o estabeleça, haveria viabilidade da medida provisória no direito tributário?

O princípio da legalidade é um princípio que possui status de direito fundamental. Irradia influência por todos os ramos do direito positivo brasileiro, não sendo admissível pensar surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule.

O tema merece atenção, uma vez que esse é o ramo do direito público que regula o sistema de normas da instituição das diferentes espécies tributárias e sua arrecadação, pelo Estado ou por entidades não estatais, perante pessoas privadas ou públicas.

Para melhor compreensão do tema, analisa-se os princípios que norteiam o sistema tributário com o procedimento utilizado para edição de medidas provisórias, para se verificar sua legalidade e viabilidade, porque a instituição, majoração, e aplicação de um tributo está diretamente relacionado com a consecução do bem-estar social.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a exigência histórica dos tributos: Lei e Medida Provisória.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a Medida Provisória no atual ordenamento jurídico possui requisitos, é um instrumento delicado do poder executivo brasileiro, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a presença destes requisitos.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a mácula principiológica, se os princípios que regem no direito tributário são observados quando permitida a criação de tributos por medida provisória. Esse capítulo tem por objetivo comprovar, com base no princípio da legalidade, da anterioridade, da segurança jurídica, que a instituição de tributos é plenamente incompatível com as medidas provisórias.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1.EXIGÊNCIA DOS TRIBUTOS: LEI E MEDIDA PROVISÓRIA.

A origem dos tributos na história da humanidade está relacionada na separação entre os governantes e os governados. Era necessário que parte da riqueza angariada pela população fosse repassada para um soberano e isso se dava através da tributação. Tal arrecadação possibilitou que fosse criada uma série de instituições dentro do aparelho estatal. Uma administração pública, uma força militar, além de obras públicas que naquela época não tinha estes nomes definidos.

Dessa forma, os governantes faziam pressão para legitimar a cobrança, através da ideia entre poder divino e poder político ou justificando-a com a proteção que o soberano dava aos súditos em caso de conflitos com outros povos.

Assim, pelo fato do soberano ser visto como um ser divino, mais do que pagar para ter a proteção contra os inimigos, os tributos eram pagos sob a concepção de que o povo devia sustentar o soberano com grande luxo, devido a essa condição divina¹.

Na sociedade atual, a instituição de tributos conforme o sistema tributário criado, somente poderia se dar em razão de lei, observados alguns princípios. Isso decorre do princípio democrático, ou seja, como a lei é aprovada pelos representantes do povo, podemos dizer, ao menos teoricamente, que o povo só paga os tributos que aceitou pagar.

De fato, a referência ao uso de medida provisória como ato instituidor de impostos tem extrema importância porque a legislação não cita as MP's na definição deste tributo. O CTN em seu art. 3^o rege unicamente que o imposto é "toda prestação (...) instituída em lei (...)".

¹ ORIGEM dos Tributos. Disponível em: < <http://www.asfal.com.br/2007/02/440/>> Acesso em: 20 ago 2016

² BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm >. Acesso em: 15 set. 2016.

Os tributos são instituídos ou majorados por Lei em decorrência do art. 97 do CTN e do princípio da legalidade presente no Art. 150, I, CF/88³, salvo exceções previstas no texto Constitucional.

A Constituição, contudo, define que as MP's possuem força de lei e, durante seu prazo de validade, funcionam como tal. Assim, há entendimento de que se nesse período a MP instituidora de imposto for apreciada e aprovada pelo Legislativo, a MP é convertida em lei.

Nessa reflexão, é preciso destacar que a origem da medida provisória perfaz do decreto-lei do período da ditadura militar no Brasil. O constituinte manteve esse poderoso instrumento nas mãos do Presidente da República como forma de possibilitar rapidez nas decisões políticas.

Entretanto limitou o uso deste instrumento apenas em casos de relevância e urgência que após instituídas devem ser submetidas, posteriormente, ao Congresso Nacional.

Ademais, caso a medida provisória não seja apreciada em até 45 dias após a sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente em cada uma das Casas do Congresso Nacional, conseqüentemente é capaz de trancar a pauta nas duas Casas.

O prazo de vigor para as medidas provisórias é de 60 dias, prorrogáveis por mais 60. As medidas provisórias que não forem convertidas em lei neste prazo perderão sua eficácia, porém serão conservadas as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados durante a sua vigência.

Todavia os congressistas podem apresentar no prazo regimental de seis dias emendas à medida provisória editada. Nesse caso a MP passa a tramitar como Projeto de Lei de Conversão (PLC), caso o Congresso não aprove a emenda a medida provisória é votada como originalmente editada pelo Executivo.

A medida pode ser reeditada, porém a Constituição Federal proíbe a reedição de uma medida provisória, na mesma sessão legislativa, expressamente rejeitada no Congresso Nacional, ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, podendo ser adotada novamente na sessão legislativa seguinte.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem entendendo a possibilidade de medida provisória ser veículo idôneo para a instituição de tributos.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > . Acesso em: 18 jul. 2016.

No aspecto constitucional, medida provisória no Brasil é um ato com força de lei sem a participação do Poder Legislativo, mas do presidente da República. A discussão e aprovação pelo legislativo ocorrerão em momento posterior.

Para edição de medidas provisórias a Constituição Federal traz como pressuposto dois requisitos cumulativos no art. 62⁴: A urgência e a relevância. Entretanto nem sempre o Executivo respeita esses pressupostos na edição de medidas provisórias.

De acordo com Bandeira de Mello⁵, segundo a nova redação do artigo 62 dada pela Emenda Constitucional 32/2001, medidas provisórias são:

[...] providências (como o próprio nome diz, provisórias) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, em caso de relevância e urgência, e que terão força de lei, cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei dentro do prazo - que não correrá durante o recesso parlamentar - de 60 dias contados a partir de sua publicação prorrogável por igual período nos termos do Art.62 §7º CRFB.

Cristalino que medida provisória não é verdadeiramente uma lei, conquanto tenha força imediata de lei, não existiu processo legislativo prévio à sua formação. Este é feito em momento posterior.

Cediço que, ao contrário do que o nome sugere, a medida provisória é assim denominada não porque é uma lei com um prazo de validade, o termo é assim usado porque a medida provisória já entra para o ordenamento jurídico mesmo antes de ser aprovada pelo poder Legislativo.

No que tange à medida provisória relacionada à matéria tributária divergiam as interpretações, entendendo o STF no julgamento da ADIn n.º 1417-0/DF que respeitado o princípio da anterioridade seria possível a edição de MP em matéria tributária.

Em sentido oposto ao Supremo, José Afonso da Silva "porque o sistema tributário não permite legislação de urgência, já que a lei tributária material não é aplicável imediatamente, por regra, porquanto está sujeita ao princípio da anterioridade (art. 150, III, b)".

⁴ *Ibid.* Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

⁵ MELLO, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006, p.35.

Noutras palavras, o que aduz o jurista é que o requisito "urgência" para edição da MP não seria possível.

O antigo art. 62 que só possuía caput e parágrafo único, foi totalmente modificado, tendo nova redação o caput e o antigo parágrafo único foi desdobrado em doze parágrafos. A nova redação do caput é: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional."

O §1.º do referido art. 62 CRFB⁶ cominou limites à edição de medidas provisórias, sendo sua redação de relativa clareza:

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Como se vê, agora a edição de medidas provisórias encontra limitações, muitas das quais foram amplamente desconsiderados nos últimos anos. O §2.º do art. 62 vem sanar a controvérsia relativa à possibilidade de edição de medida provisória em matéria tributária, dispondo:

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

O Congresso, acatando a pressão do Governo, permitiu a instituição e majoração de impostos por MP.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > . Acesso em: 18 jul. 2016.

Importante registrar o entendimento do jurista de José Afonso da Silva citado acima e de Leon Frejda Szklarowsky⁷ que acerca de tal nuance da EC n.º 32/01 comentou:

[...] Eis aqui uma incongruência inaceitável. Se é urgente e há relevância, não se concebe que a instituição ou a majoração somente valha para o exercício seguinte. Conclui-se que os pressupostos necessários não existem. Logo, é inconcebível a expedição de medida provisória para regular aquelas hipóteses, visto que não se pode dizer que haja urgência ou seja relevante a matéria. Na verdade, há uma contradição gritante entre o caput do artigo 62 e o §2.º. Sem dúvida, pecou o legislador, já que não se vislumbram os pressupostos de admissibilidade.

O ideal seria a vedação por completo, já entre a enumeração do §1.º, da instituição ou majoração de impostos por meio de medida provisória, posto que é impossível reconhecer-se o requisito da "urgência" de um imposto que só poderá ser cobrado no exercício financeiro seguinte.

Ademais, o fisco já possui norma permissiva no §1.º do art. 150 da CRFB para ter liberdade na instituição ou majoração de impostos com efeitos financeiros imediatos, entre outros instrumentos do sistema tributário nacional que lhe dão o amparo jurídico necessário para a receita (notadamente a federal) bater recordes mundiais de arrecadação como tem ocorrido nos últimos anos.

Nota-se, contudo, é que o dispositivo acima referido foi idealizado porque de outra forma não poderia o legislador conciliar a pretensão do Governo, com a vedação do art. 150, III, "b"⁸, considerado pacificamente como cláusula pétrea na CRFB, ficando em segundo plano a melhor técnica quanto à análise do requisito "urgência" para edição das medidas provisórias.

Na redação original da CRFB, uma vez rejeitada a MP, seja expressamente ou por decurso de prazo, o Congresso Nacional deveria disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes.

Efetivando-se a rejeição da MP, tal disciplina só poderia ser no sentido de tornar inviável qualquer alegação de direito adquirido com base na norma banida do ordenamento, pois é razoável entender-se que com a rejeição é como se a MP fosse declarada

⁷ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Artigo publicado na revista *CONSULEX*, n.º 119, Setembro/2001, p. 57/59.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 20 jul. 2016.

nula e sem qualquer espécie de efeitos, devendo o Congresso estabelecer regramento visando o retorno do ordenamento ao status quo ante, como se a MP nunca tivesse existido.

Todavia, percebe-se a possível válvula de escape a um controle rígido na disciplina das MP's criada pelo constituinte reformador. Veja-se o § 11 do art. 62 CRFB⁹:

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Denota que o Executivo poderá, mesmo quando uma MP vir a ser rejeitada, expressa ou tacitamente, conservar os fatos ocorridos na vigência da MP ou aqueles por ela atingidos e regidos. Portanto continuará a produzir efeitos no mundo jurídico mesmo sem eficácia ou rejeitada.

É cediço que em processo legislativo o prazo de sessenta dias é curto, além do que é bastante fácil a realização de manobras políticas e administrativas para deixar transcorrer *in albis* tal prazo, agora previsto como termo final para edição do decreto legislativo.

Aliás, é notório no Brasil a artimanha usada até mesmo no regime militar a arte de aprovar decretos-lei por "decurso de prazo", sempre se utilizando de articulações políticas para evitar a apreciação do decreto-lei no prazo previsto.

Diante da EC n.º 32/01¹⁰ é impossível deixar de reconhecer que, p. ex., se editada uma MP retirando dinheiro da saúde, educação ou assistência social e aplicando-o para salvar bancos falidos, mesmo sendo rejeitada a MP, poderão os efeitos práticos da MP perdurarem indefinidamente.

Dessa forma, tem-se o §11 do art. 62¹¹ da Carta Política Nacional, na nova redação dada pela EC n.º 32/01¹², como uma delicada e perigosa manobra do executivo aos objetivos da reforma constitucional, podendo referido dispositivo embasar sério retrocesso histórico-legislativo, não se podendo, em nome da segurança das relações jurídicas se afrontar a independência do legislativo.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

¹⁰ BRASIL. Emenda Constitucional 32. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

¹² Ibid.

Porém, também é fato incontestável as várias e indevidas "compensações" que foram conferidas ao Executivo, além de possíveis "válvulas de escape" a um controle efetivamente sério na edição das MP's, fato inquestionável de qualquer estudo da EC n.º 32/01¹³ e que compromete uma disciplina rígida e eficaz, sendo, portanto, de se concluir que houve um avanço sim, mas muito tímido à luz do necessário para manter a ordem jurídica estável e a verdadeira independência e harmonia entre os poderes.

2. DA MEDIDA PROVISÓRIA NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

Questão relevante é a que diz respeito à natureza jurídica das medidas provisórias. Embora seja um ato originário do Poder Executivo possui força de lei. É sabido que, diante do princípio da separação dos poderes, quem tem originariamente competência para editar leis é o Poder Legislativo.

Clèmerson Merlin Clève¹⁴ acredita que as medidas provisórias possuem natureza de lei material e formal, usando a justificativa de que elas pertencem ao processo legislativo em face de disposição expressa da Constituição Federal. De acordo com o doutrinador, as medidas provisórias são uma das espécies normativas primárias enumeradas no art. 59 da Constituição Federal¹⁵ e todas as espécies ali mencionadas são leis.

Na verdade, o Poder Constituinte se valeu do critério formal para definir o que é a lei. Levou em conta a sua força para inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações. Para o Constituinte, lei pode ser entendida como qualquer ato normativo primário.

O Poder Constituinte ao detalhar o processo de confecção da norma está estabelecendo seu critério formal. Medidas provisórias possuem um formalismo prescrito na Constituição para poder inovar no ordenamento jurídico. Atos legislativos no mundo moderno são cada vez mais produzidos pelo Executivo.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 270 p.

¹⁵ Ibid. Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...)V - medidas provisórias; Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes¹⁶ ter sido primeiramente aplicado de modo a estabelecer uma separação rígida das funções estatais passou por uma evolução no sentido de permitir que o Executivo também tivesse atribuições que não seriam inicialmente suas.

A evolução do princípio da separação dos poderes se intensificou com o advento do Estado Social que é o grande responsável pelo fato de um poder estatal transferir a outro a realização de sua tarefa específica, tudo isso em virtude da passagem de um Estado mínimo para um Estado máximo.

Assim sendo, em presença da enorme atribuição estatal e a rapidez com que precisam ser algumas atividades desempenhadas, dos três poderes, dada a sua importância governamental, o Executivo foi o que mais teve ampliada a sua atuação. E, diante disso, para prover com desenvoltura todas as demandas ditas prementes, o Poder Executivo foi armado de instrumentos que, primeiramente, não fariam parte de seu campo funcional, ou, noutros termos, que excedessem as barreiras impostas pela separação dos Poderes.

Carlos Roberto Ramos¹⁷ afirma que tal ato normativo decorre de um poder originário de legislar em situações excepcionais, legislação de urgência e necessidade, ao expor que, no caso das medidas provisórias, o poder excepcional de legislar é colocado pelo Poder Originário, aquele que é o poder fonte dos demais poderes. É poder próprio. É poder condicionado tão-somente às condições e limites impostos pela Constituição. Não é um poder geral como o tem o Parlamento, mas um poder que a própria Constituição põe como condição aos casos extraordinários de urgência e necessidade, contudo, dentro dessas circunstâncias, é um poder permanente e institucionalizado do qual o Governo pode fazer uso em qualquer momento, sem mais limites jurídicos que os derivados da Constituição.

Ao instituir a Medida Provisória, o Poder Constituinte dividiu a competência. Percebe-se que a medida provisória é um instrumento decorrente de um poder próprio de legislar, conferido pelo Constituinte ao Executivo, exercitável em qualquer momento, porquanto permanente e institucionalizado, embora condicionado aos limites, relevância e urgência, impostos pela Constituição.

¹⁶ A essência dessa teoria se firma no princípio de que os três poderes que formam o Estado (Poder legislativo, executivo e judiciário) devem atuar de forma separada, independente e harmônica, mantendo, no entanto, as características do poder de ser uno, indivisível e indelegável.

¹⁷ RAMOS, Carlos Roberto. *Da Medida Provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 33-34.

Portanto, diante da competência ou função própria que o Executivo possui de legislar, por meio de medidas provisórias fica claro que tal instrumento normativo é Lei Formal.

Diante de tudo que foi mencionado, medida provisória pode ser considerada Lei, tanto em sentido material como em sentido formal, pois emanada de um poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição. Encaixasse com o que se entende por lei em sentido restrito.

Assim, as medidas provisórias podem ser usadas como veículo normativo em matéria tributária sem qualquer mácula ao princípio da legalidade. Contudo, cabe a ressalva de que essa análise somente envolve o princípio da legalidade, pois outros parâmetros devem ser observados em direito tributário para a instituição da medida provisória, como o princípio da anterioridade e da não-surpresa, a segurança jurídica dos contribuintes e os requisitos da relevância e urgência.

Hoje, faculta-se ao Presidente da República, nos sistemas presidencialistas, concorrente ou privativamente, o poder de iniciativa de leis em certas e determinadas matérias, a possibilidade de veto a projeto aprovado, a delegação legislativa, bem assim a edição de legislação autônoma¹⁸ em hipóteses especialmente previstas.

Admite-se constitucionalmente a prática de atos de competência próprios de outras funções, como, por exemplo, a ação administrativa dos tribunais, ou a legislativa do Poder Executivo, que se interpenetram, mas não caracterizam invasão.

Arriscar-se, pois, discutir os parâmetros de uma espécie de “delegação” constitucional, que diz respeito à utilização de conceitos jurídicos indeterminados como requisitos para a edição de atos normativos pelo Poder Executivo, ou seja, o uso dos conceitos de relevância e urgência como pressupostos para edição de medidas provisórias.

É um estudo dogmático, portanto, que não se satisfaz com os dados legais e doutrinários tradicionais, leva em consideração elementos e conceitos do Direito Administrativo mais moderno, ou seja, vale-se de teorias que parecem indicar novo rumo para um controle mais efetivo da atividade administrativa, e busca, sem maiores pretensões, oferecer justificativas para a sua operacionalização.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 265.

Sabe-se que a superação do período absolutista pela noção de um Estado Democrático e, em especial, o Estado Democrático de Direito, trouxe consigo a mudança de paradigmas no que tange ao exercício do poder. Não se obedece mais ao desejo e às ordens do príncipe, rei ou imperador, mas à vontade única e exclusiva da lei, submetida e aprovada pelo povo diretamente ou através de seus representantes. Esse novo Estado, que no seu desenvolvimento se pretende Estado Democrático de Direito, vem a ser uma das derivações do Estado Liberal implantado com a revolução francesa de 1789, e que, providencialmente, dividiu e tornou independentes e harmônicos os poderes, melhor seria dizer funções, em Legislativo, Executivo e Judiciário, com a finalidade primordial de evitar o indesejado retorno ao regime anterior, qual seja, o absolutista.

A maioria das Constituições no ocidente consagra o princípio da separação do poderes de forma mais ou menos aprimorada a partir da teoria de Montesquieu¹⁹ prevendo, também, em maior ou menor grau, a participação do chefe do Poder Executivo na elaboração das leis. Jamais se intencionou afastar completamente qualquer dos Poderes do dever de colaboração nos atos de soberania estatal. Ao lado da tripartição, pois, estabeleceu-se o dogma da legalidade como forma de orientação administrativa²⁰ impondo-se também ao Estado a submissão à força impositiva de sua própria lei e estabelecendo, no outro lado da moeda, a proteção do cidadão contra os excessos dos governos. Não se admitia mais a ação arbitrária em face do cidadão, agora somente obrigado em virtude de lei.

Assim, várias foram as formas de organização adotadas. Ao lado das monarquias constitucionais, instituíram-se sistemas presidencialistas e parlamentaristas de governo, com variações de país para país, preservando-se, sempre, em maior ou menor escala, aquele modelo. Nos países organizados sob o sistema presidencialista, essa tripartição afigura-se bem delineada. O exercício das funções executivas, legislativas e judiciárias são rigidamente atribuídas, respectivamente, aos poderes Executivo, representando a Administração, Legislativo, pertinente à atividade parlamentar, e Judiciário, com a atribuição da função jurisdicional. Na maioria dos casos, todavia, mesmo diante de explícita separação, as funções se entrelaçam e as Constituições e leis conferem a cada uma delas outras atribuições, que por vezes, adentram na

¹⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Claret, p. 186 e ss.

²⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 3. Segundo as palavras desse autor, administrar é aplicar a lei de ofício.

competência originária das demais. São as hipóteses, por exemplo, de funções legislativas deferidas ao Poder Executivo, ou funções executivas outorgadas ao Legislativo ou Judiciário, e vice-versa, tão comuns, como dito, em todo o Ocidente.

Na medida em que essas possibilidades têm sido admitidas, sobra lugar para o seu estudo pela ciência do direito, em particular quanto aos excessos praticados no exercício dessa atribuição, seja para considerar a prática como de acordo com os princípios e preceitos da organização estatal, seja para negá-la e levar o resultado às instâncias de controle.

Os Estados, em regra, convivem com o fato de se organizarem em épocas de tranquilidade em seus respectivos ordenamentos constitucionais, por tal razão não possuíam instrumentos capazes de enfrentar momentos de crises.

Isso mudou, a questão ganhou contornos diferenciados, pois o poder político, para agir diante da situação de crise utilizava medidas que infringiam o direito positivo. Nesse contexto, fundamentava tal ação na necessidade do Estado proteger interesses dos cidadãos.

Como uma excludente de antijuridicidade empregou-se, de forma emprestada, elementos utilizados no direito penal que consagram o “estado de necessidade” com a finalidade de legitimar essa conduta ilícita praticada pelo Estado.

Tal fenômeno, abarcado pela doutrina constitucional, constitui o que se chama de direito de necessidade. A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988²¹ prevê em seu art. 62 que em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional.

Sabe-se, pois, que no Brasil, esses requisitos de relevância e urgência não são respeitados, uma vez que a quantidade de Medidas Provisórias editadas desde a constituição de 1988²² faz o operador do direito ficar perplexo, fazendo com que se pergunte: nesses quase trinta anos da vigência da Constituição será que teve tantos momentos de urgência?

A maioria dos doutrinadores brasileiros têm se pronunciado no sentido da possibilidade de controle sobre a presença ou não dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias. Em primeiro lugar, não resta dúvida de que o

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

²² Ibid.

Congresso Nacional poderá, e deverá, zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes, nos termos da Constituição. Tanto isso é verdade que diversos Atos Declaratórios do Congresso já pronunciaram a invalidade de medidas provisórias tratando das mais diversas matérias²³.

Na Carta de 1967²⁴ conforme redação da Emenda n.º 1/69²⁵ em que se exigia urgência ou interesse público relevante para a edição de decretos-leis, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação restritiva à atribuição normativa do Poder Executivo, para excluir de sua proteção, declarando inconstitucional, o Decreto-Lei n.º 322 de 1967²⁶, que tratava de purgação de mora nas locações comerciais. O fundamento era de que referido Decreto-Lei não tratava de assunto pertinente à segurança nacional.

Havia, assim, o controle dessa atividade, mesmo considerando os termos de uma Constituição autoritária, que previra a exclusão de determinados atos da Administração da apreciação pelo Poder Judiciário, e que mantivera em vigor o Ato Institucional n.º 5, e outros atos de força, de triste memória. Que dizer, então, da Carta de 1988²⁷ que garantiu como cláusula pétrea a inafastabilidade de exame judicial a lesão ou ameaça a direito? É claro que a atribuição exclusiva do Congresso de zelar pela preservação de sua competência normativa em face da outorgada a outros poderes pela Constituição, não inviabiliza aquele controle.

Na verdade, o que a Carta faz é deferir ao Congresso o direito de exercer o controle político, abstrato, da sua competência, nas hipóteses em que inexistia perigo ou lesão aos direitos dos cidadãos, pois, nesse caso, tal competência será concorrente com a do Poder Judiciário.

²³ Por exemplo, os Atos Declaratórios n.º 1/89, que revelou insubsistente a MP n.º 91, de 29.9.1989, sobre o reajuste dos benefícios da Previdência Social; AD n.º 2/89, idem quanto à MP n.º 126, de 14.12.1989, sobre a interveniência de corretores nas operações de câmbio; AD n.º 3/89, que declarou insubsistente a MP n.º 127, de 14.12.1989, sobre a doação das ações de propriedade da União, das Ceasas, dentre tantos outros nos anos seguintes.

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1967. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf> Acesso em: 18 jul. 2016.

²⁵ BRASIL. Emenda n.º 1/69 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm> Acesso em: 18 jul. 2016.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei n.º 322 de 1967 Disponível em: <<http://www2.rio.rj.gov.br/smu/buscafacil/Arquivos/PDF/D322M.PDF>> Acesso em: 02 nov. 2016.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1967. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf> Acesso em: 18 jul. 2016.

O Supremo Tribunal Federal sobre a atual Constituição, na ADI nº 162²⁸ tendo como relator o Ministro Moreira Alves em 14/12/89, assim decidiu a questão:

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de medidas provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.

Cabe ressaltar que no regime constitucional anterior a 1988 o Supremo Tribunal Federal já se recusava a apreciar condições assemelhadas a que estavam sujeitos os decretos-leis, por entender tratar-se de questão de natureza política.

Diante da análise dos requisitos da Medida Provisória, já seria possível concluir pela sua incompatibilidade na instituição de matéria tributária. Isto não significa que não haja relevância ou urgência em matéria tributária. Mas o constituinte já tratou de formas excepcionais de instituição de tributos expressamente quando vislumbra situações urgentes e relevantes em matéria tributária. É o caso do imposto de guerra, e dos impostos extrafiscais que têm como objetivo regular a atividade econômica do país, que são os impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações financeiras.

3. MÁCULA PRINCIPIOLÓGICA

Um princípio bastante ventilado quando se analisa as medidas provisórias com o fim de criar ou majorar tributos é o da anterioridade, uma vez que o art. 150, inciso III, alínea 'b' e 'c' da Constituição Federal de 1988²⁹, com a intenção de proteger os cidadãos de uma surpresa desagradável, exige da lei a partir de sua publicação um lapso temporal mínimo de 90 dias conjugado com o exercício financeiro seguinte para entrar em vigor.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 162. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc %20ENUME%20+OU+hc%20EACMS%20%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%20%20ENUME%20+OU+hc%20EACMS%20%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 17 out. 2016/2015.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266229>>

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 18 jul. 2016.

Segundo o art. 62, § 2º da CF/88³⁰ : medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada - Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001- .

Sobre o princípio da anterioridade, emerge uma primeira indagação: como se consegue compatibilizar o requisito da urgência, necessário para a criação das medidas provisórias com a espera mínima de 90 dias conjugado com o exercício financeiro seguinte, que não podem ser mitigados, uma vez que o princípio da anterioridade é cláusula pétrea³¹?

O Supremo Tribunal Federal passando por qualquer regra de interpretação, já definiu a possibilidade de se compatibilizar o requisito da urgência com o prazo mínimo de 90 dias³² do princípio da anterioridade³³.

Diga-se, pois, que a falta de critérios jurídicos adequados e racionais faz com que decisões jurídicas com conteúdo político apareçam cada vez mais, uma vez que o prazo inicial da contagem do princípio da anterioridade dos noventa dias é diferente conforme a espécie tributária a ser instituída ou majorada.

Se for imposto, o princípio da anterioridade somente começa a contar a partir da conversão em lei, conforme art. 62, § 2º da CF/88. Contudo, se for contribuição da seguridade social, o prazo começa a partir da edição da medida provisória³⁴.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

³¹ BRASIL. Tribunal De Justiça Distrito Federal. ADI nº 939. Relator: Sidney Sanches. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706693/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df/inteiro-teor-103098938> > Acesso em: 17 out. 2015.

³² O prazo de 90 dias para a observância do princípio da anterioridade mitigada do artigo 195, § 6º da Constituição se conta a partir da Medida Provisória que estabeleceu as novas alíquotas, continuando a fluir até o seu término no período de vigência das Medidas Provisórias que a reeditem dentro do prazo de reedição, e não somente a partir da Lei de Conversão dessas Medidas Provisórias.

³³ Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 445.678-3. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22612060/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-788628-go-stf/inteiro-teor-110882384>> Acesso em: 26 set 2016.

A falta de discernimento jurídico nos casos concretos faz o operador do direito perguntar a si mesmo: qual o critério hermenêutico adotado pelo Supremo Tribunal Federal?

Ademais, como ocorre a interpretação das medidas provisórias em matéria tributária? Se as medidas provisórias são a utilização de um instrumento em caráter excepcional, será que sua interpretação, segundo a boa doutrina, é dada de forma restritiva?

Um ponto em consenso seria a possibilidade das medidas provisórias criarem ou majorarem tributos caso esses sejam exceções ao princípio da anterioridade, como ocorrem com o imposto extraordinário de guerra (IEG), art. 154, II da CF/88³⁵, cujo assunto é relevante, os recursos a serem obtidos são urgentes e é disciplinado por lei ordinária.

Na prática, verifica-se que as medidas provisórias são um verdadeiro instrumento de dominação pelo Chefe do Executivo (um verdadeiro príncipe), pois tributos a todo o momento são criados ou majorados sem nenhuma legitimidade e com total desrespeito aos direitos fundamentais do contribuinte.

Uma forma de combater a edição de medidas provisórias que infringem direitos fundamentais do contribuinte cidadão seria a aprovação pelo Congresso Nacional do Código de Defesa do Contribuinte, Projeto de lei n.º. 646³⁶, que tem como objetivo regular a relação jurídica tributária do contribuinte-cidadão com o Estado. O referido projeto de estatuto tem como objeto a explicitação de que a instituição ou majoração de tributo somente se dará mediante lei em sentido formal, o que impossibilitaria a edições de Medidas Provisórias para tal finalidade.

Na verdade, a própria Constituição Federal possibilita a previsão de outras garantidas ao contribuinte além das já previstas nela mesmo, ao dizer em seu art. 150, *caput*, que: sem prejuízo de outras garantias assegurado ao contribuinte³⁷ [...].

O Código de Defesa do Contribuinte tem como justificativa a aplicação de uma nova cidadania cujo objetivo é estabelecer normas gerais sobre direitos e garantias aplicáveis na relação tributária do contribuinte com os entes da federação.

Assim, estar-se-ia realizando uma verdadeira mudança de mentalidade com reflexo na atuação do Estado no momento de incidir seu Poder de Tributar, haja vista que o

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

³⁶ BRASIL. Congresso Nacional do Código de Defesa do Contribuinte, Projeto de lei n.º. 646. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/91357.pdf>>. Acesso em: 01/11/2016

³⁷ Ibid.

Código de Defesa do Contribuinte é a materialização do respeito aos direitos fundamentais do contribuinte-cidadão.

A Constituição Federal de 1988³⁸ estabelece o princípio da legalidade como sendo uma garantia constitucional (art. 5º, inciso II – ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) que é alçado a categoria de limitação do Poder de Tributar no Sistema Tributário Nacional (art. 150, inciso I – nenhum tributo será criado ou majorado sem lei que o estabeleça). Com efeito, a discussão, votação e aprovação parlamentar passariam a ser entendido como elemento de validade dos tributos.

Dessa forma, a doutrina adotou entendimento no sentido de que deveria ser prestigiada a fórmula no *taxation without representation*, não há tributação sem representação, vedando-se por consequência a utilização dessa espécie normativa como instrumento de criação e majoração de tributos.

Percebe-se, como posto ao longo deste artigo, que a análise do princípio da legalidade ocorre somente no seu aspecto material, de modo que o Supremo Tribunal Federal admite a instituição e majoração de tributos por meio de medidas provisórias.

CONCLUSÃO

A principal diferença existente entre lei e medida provisória reside na concepção de lei adotada. Para o primeiro, podem-se entender todo e qualquer comando normativo editado segundo o devido processo legislativo. Já para o segundo, apenas um ato normativo com força de lei, editado em casos relevantes e urgentes com a possibilidade de transformar em lei. Essa relevância variou conforme a evolução da sociedade. Por tal razão, a interpretação equitativa não pode ser seguida no Direito Tributário.

Mister destacar que o princípio da legalidade, presente no art. 5º, inciso II, da CRFB, também presente no art. 150, inciso I, também da Constituição Federal, o termo “lei”, constante na tipificação de tributo, deve ser interpretado como aquele originário do Poder Legislativo, não cabe portanto, ampliação para outros estatutos normativos, ainda que sigam trâmites formais estabelecidos.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

Tendo em vista que de um lado está a estrita legalidade (art. 150, inciso I), texto original da Constituição Federal; de outro, a possibilidade de instituição ou majoração de tributo por medida provisória (art. 62, § 2º), inserção feita pelo Poder Constituinte Derivado Reformador estabeleceu-se um conflito de normas constitucionais.

Portanto, é preciso buscar no sistema jurídico, uma solução para esse conflito. Sabedores que nesse tipo de confronto resolve-se com a aplicação de princípios e de lições de constitucionalismo, há que se privilegiar o princípio da estrita legalidade em prejuízo da regra reformadora.

Assim, a regra do art. 62, § 2º, deve ceder em função do princípio tipificado no art. 150, inciso I, ambos da Constituição Federal visto que a estrita legalidade é fruto do Poder Constituinte Originário, consta na Constituição Federal desde sua edição, ou seja, poder ilimitado responsável pela elaboração de uma nova Constituição.

Ademais, a possibilidade de instituição ou majoração de tributo por medida provisória foi inserida na CRFB por um poder - Poder Constituinte Derivado Reformador - que somente pode ser exercido de modo válido se observados os limites previstos – explícita ou implicitamente – no texto constitucional originário.

Além disso, é preciso observar, conforme disposto no inciso IV do § 4º do art. 60, da Constituição Federal, que uma das limitações diz respeito aos direitos fundamentais, esses não podem ser supridos por emenda constitucional.

Nota-se que existe uma mácula principiológica na Emenda Constitucional nº 32 que não poderia prever a possibilidade de instituição ou majoração de tributo por medida provisória ao constatar a estrita legalidade como um direito fundamental do contribuinte (art. 150, inciso I da Constituição Federal), da mesma forma que fere os demais princípios: da anterioridade, da segurança jurídica, da legalidade e da anterioridade.

Evidencia solar que medida provisória é medida excepcional seu uso é restrito a casos de urgência quando relevante a matéria. Nítido que não pode ela ser instrumento de instituição de impostos sem o respaldo dos cidadãos representados pelo legislativo (no taxation without representation). Tal garantia foi assegurada desde a Magna Carta do João Sem-Terra no início do século XIII, deve prevalecer quando se busca cada vez mais o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.



Contudo infere-se que a política das duas Casas do Congresso devem manter o furor no sentido de cumprir as normas existentes em sua essência, principalmente no que tange aos requisitos de admissibilidade da MP, ou seja, a Urgência e Relevância. Assim verifica-se a necessidade da mudança de comportamento no Supremo Tribunal Federal por meio de suas decisões que devem coincidir com os anseios da sociedade, protegendo contra o retorno dos tributos de caráter confiscatório, determinando na prática um limite ao Executivo no tocante à edição das Medidas Provisórias.

REFERENCIAS

ALVES. M. *Como escrever teses e monografias: um roteiro passo a passo*. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

ALVES-MAZZOTTI, A. J.; GEWANDSZNAJDER, F. *Método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 2011.

ANDRADE, M. A. B.; PATACO, V. L. P. *Manual para elaboração de monografias, dissertações e teses*. Salvador: FFB, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2012.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Medidas Provisórias e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret.

BALEEIRO, Aliomar, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERNARDI, Renato. *A impossibilidade de instituição ou majoração de tributo por meio de medida provisória*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 818, 29 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7357>>. Acesso em: 19 out. 2016.

BODIN, Jean. *A República*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSSUET, Bénigne Jacques. *A política segundo as santas escrituras*. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1979.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias. O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *As Medidas Provisórias e a Constituição Federal/88*. Curitiba: Juruá, 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. *Comentários à Emenda Constitucional nº 32/2001*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2551>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. Malheiros, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Artigo publicado na revista *Consulex*, n.º 119, Setembro/2001, p. 57/59.

PALOTA, Erica. *Imposto predial e territorial urbano*. 2013. 15 f. Artigo Científico (Graduação em Administração) – Faculdade de Filosofia, Ibitinga, 2013.

REZENDE, Luciano Chacha de. *Medida provisória e tributação: uma relação incompatível*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4409, 28 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41291>>. Acesso em: 3 nov. 2016.



SANTOS, Carlos Fernando Fecchio. Aplicação do princípio da anterioridade na inovação à legislação tributária via medida provisória. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Tributario/douttribut71.html>> Acesso em: 30 dez 2015.

MIOTO, Thiago Roberto. Anterioridade tributária e medidas provisórias. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3870, 4 fev. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26637>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

SISTEMA ELETRONICO DE EDITORAÇÃO DE REVISTAS. Os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias como conceitos jurídicos indeterminados e o seu controle judicial. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19052-19053-1-PB.html>> Acesso em: 21 jan 2016

EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DE MANDADO DE INJUNÇÃO. DA TEORIA NÃO CONCRETISTA À TEORIA CONCRETISTA.

Thaíla Rédua Pestana Dias

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Servidora Pública do Estado do Rio de Janeiro.
Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A Constituição estabelece a organização do Estado, pois é dela que se fundamentam as normas que regulam o país como um todo. Fazendo alusão ao modelo piramidal trazido por Hans Kelsen, podemos afirmar que a Carta Magna encontra-se no topo do ordenamento jurídico de um país. Assim, para que seja dada legitimidade à Constituição se faz necessária a criação de mecanismos que certifiquem a conformidade entre as normas infraconstitucionais e a Lei Maior. Dessa forma, surge o controle de constitucionalidade e, como consequência, a jurisdição constitucional. Além disso, a Constituição por ser um conjunto de normas que visa à perenidade, traz em seu texto alguns comandos que necessitam ser complementados para que haja a plena efetividade constitucional, almejada pelo constituinte originário. Logo, a própria Carta Magna trouxe em seu texto formas de interferência do poder judiciário no legislativo a fim de que o primeiro obrigue o segundo a criar leis que visem à complementação ou regulamentação de determinadas normas constitucionais. Para que se possa entender de forma completa tal instituto é necessário buscar suas raízes históricas, para tanto é importante estudar o Controle de Constitucionalidade exercido em outros países para que fique claro como funciona o nosso ordenamento como um todo. Além disso, é necessário o estudo da evolução da jurisprudência do Mandado de Injunção no Brasil, a fim de que se possa verificar como está ocorrendo a atuação do Poder Judiciário em relação à inércia na regulamentação das normas constitucionais. Por fim, é necessário o estudo da legitimidade do Poder Judiciário em suprir as lacunas deixadas pelo legislador, quais mecanismos são utilizados por aquele poder a fim de garantir os anseios populares. O presente estudo busca analisar a funcionalidade do mandado de injunção que se perfaz como um dos instrumentos do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Evolução doutrinária. Teoria não concretista. Teoria concretista.

Sumário: Introdução. 1. Controle de constitucionalidade no direito comparado. 2. Controle de constitucionalidade no Brasil. 2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. 2.1.2.



Mandado de Injunção. 3. Evolução do posicionamento do Supremo. 4. Questão Política. 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo a análise da funcionalidade do mandado de injunção e sua eficácia em nosso ordenamento jurídico.

Para se delinear a evolução acerca do tema em voga, fez-se imprescindível o exame percunciente dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, ganhou relevo como instrumento de pesquisa a jurisprudência da Colenda Corte e os entendimentos perfilhados por esta em diversas oportunidades.

Nesse diapasão, com vistas a propiciar uma melhor compreensão do tema, foram abordadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre a questão, de modo a permitir a reflexão acerca da real funcionalidade deste instrumento.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta uma exposição sumária sobre o controle de constitucionalidade à luz do direito comparado. Ressaltou-se o posicionamento perfilhado pelo direito francês e norte-americano.

Já no segundo capítulo, abordou-se o controle de constitucionalidade no Brasil, oportunidade em que testilhou sobre a teoria não concretista e a concretista.

O terceiro capítulo destinou-se à perquirição dos arestos produzidos pela Suprema Corte. Neste momento, aproveitou-se para traçar a evolução jurisprudencial e suscitar as questões políticas imiscuídas ao tema.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e adotará a metodologia bibliográfica e a jurisprudência dos Tribunais Extraordinários.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Na França, o controle de constitucionalidade das normas é feito preventivamente por um Conselho Constitucional, ou seja, as leis são enviadas a esse conselho para que os seus membros possam declarar ou não a constitucionalidade da norma em questão.

Em solo pátrio esse controle de constitucionalidade é feito pelas comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, por exemplo:

Surtem as Cortes Constitucionais, ao lado da trindade dos Poderes, com a função de aferir a fidelidade das leis aos textos constitucionais, com maior e menor elastério, dependendo do lugar.¹

No entanto, vale mencionar que o magistrado na França somente aplica as leis ao caso concreto em análise, não cabendo, portanto, a verificação de constitucionalidade da norma ao juiz togado, pois o Guardião da Constituição daquele país é o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional).

No modelo americano, a maioria dos doutrinadores defende que o controle difuso de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos da América, mais especificamente no *Leading Case: Marbury vs. Madison*.

No controle difuso de constitucionalidade todos os magistrados possuem competência para avaliar a constitucionalidade de determinada norma em face do Texto Maior, ou seja, o juiz antes de aplicar a norma a determinado caso deverá avaliar se a norma preenche os requisitos constitucionais tanto materialmente quanto formalmente, para só depois aplica-la ao caso concreto.

Portanto, no modelo americano todos os juízes possuem competência para avaliar a constitucionalidade de uma lei em face à Carta Magna, como também acontece no Brasil.

¹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.



Vale frisar que como a constitucionalidade da lei nesse caso só é analisada pelo Juízo na causa de pedir ela não faz coisa julgada, ao contrário do que acontece no controle concentrado.

No entanto, ao contrário do que acontece no Brasil, o modelo norte-americano não utiliza o controle abstrato das normas infraconstitucionais, como se pode verificar no *Leading Case Muskrat vs. United States* (1911):

O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e dedicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua experiência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial de validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos.²

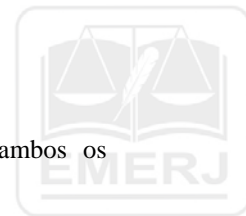
A doutrina clássica acredita que o controle concentrado das normas nasceu na Constituição Austríaca de 1920, já que nesse ordenamento o Tribunal Constitucional detém a competência exclusiva para avaliar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais e os demais juízes não possuem tal competência.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O Ministro Gilmar Mendes afirma que:

Assim como os países ibero-americanos em geral, a jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e

² ESTADOS UNIDOS, *Supreme Court, Muskrat vs. United States apud COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988, 1999, p. 81*



organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.³

O modelo brasileiro consagra todos os sistemas supramencionados, ou seja, existe o controle preventivo, concreto, abstrato e, ainda, prevê o controle de inconstitucionalidade por omissão legislativa.

O controle preventivo é exercido pelo Legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça, que avaliam a compatibilidade do projeto de lei com a Carta Magna, bem como pelo Poder Executivo através do veto jurídico (art. 66, §1º, da Constituição Federal)⁴.

No controle constitucional difuso, todos os juízes detêm competência, *incidenter tantum*, para analisar a constitucionalidade da lei, conforme ocorre no sistema norte-americano.

Vale mencionar que nos tribunais, a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pela maioria absoluta dos membros dos tribunais, ou dos integrantes de órgão especial, a isso se dá o nome de reserva de plenário⁵.

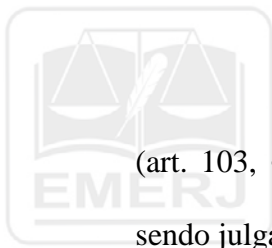
O controle concentrado brasileiro é realizado através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*, CF)⁶, ação direta de inconstitucionalidade por omissão

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art 66 § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;



(art. 103, §2º, CF) ⁷ e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine, CF), sendo julgado unicamente pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição prevê inúmeras garantias e direitos que, muitas vezes, dependem de regulamentação legislativa. Ocorre que, por vezes, essas leis não são editadas. Quando o legislador permanece inerte, o texto constitucional deixa de ter o alcance pretendido, de forma que, em última análise, configura-se uma afronta à Lei Maior.

Ressalte-se, ainda, que a simples existência de lei regulando dispositivo da Lei Maior não significa, necessariamente, que as disposições constitucionais terão sua eficácia plena. Assim, se a questão estiver apenas parcialmente regulamentada, de modo a não permitir uma plena efetividade do texto constitucional, falaremos, também, em inconstitucionalidade por omissão.

Hodiernamente, no Brasil, há dois mecanismos que têm por objeto controlar as omissões legislativas. O primeiro deles pode ser enquadrado no rol do controle de constitucionalidade concentrado e o segundo pode ser classificado como garantia individual.

2.1.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acessado em 08 set. 2016. Art. 103 §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Como as demais formas de controle concentrado, há um rol taxativo de legitimados previsto no artigo 103 da Constituição; efeitos *erga omnes*; a inconstitucionalidade como objetivo principal da ação e análise em abstrato do texto legal.

Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias, não existindo prazo legalmente ou constitucionalmente escrito para que o poder legislativo exerça a sua obrigação constitucional de regulamentar o mandamento constitucional que necessita de complementação.⁸

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.⁹

Vale frisar que a ação em comento não é objeto de análise do presente trabalho, por essa razão não há por que se alongar em explicações sobre a referida ação constitucional.

2.1.2. MANDADO DE INJUNÇÃO

Trata-se de remédio constitucional previsto no artigo 5º, LXXI, através do qual o impetrante busca assegurar um direito que foi contemplado na Constituição apenas de forma superficial, como se pode observar no inciso transcrito abaixo:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

Logo, a norma necessita de complementação legislativa infraconstitucional para que possa gozar de eficácia plena.

Impende mencionar que só é cabível a utilização do Mandado de Injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1184.

⁹ *Ibidem.*, p. 1186.



constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Caso a falta de norma regulamentadora não inviabilize os direitos mencionados, não é cabível o Mandado de Injunção.

A doutrina classificou esse tipo de norma constitucional como “normas não auto-executáveis”, como bem explica o Ministro Gilmar Mendes:

Tendo em conta, igualmente a sua eficácia e aplicabilidade, consideram-se auto-executáveis as disposições constitucionais bastantes sem si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência e na sua disposição, aquelas que ministram os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que não conferem, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que elas impõem; não autoaplicáveis, ao contrário, são as disposições constitucionais incompletas ou insuficientes, para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais regulamentadoras.¹⁰

Em outros países não existe uma medida idêntica ao mandado de injunção, no entanto, a Constituição Alemã prevê uma medida similar chamada de “Verfassungsbeschwerde”

Carlos Augusto Alcântara Machado¹¹ ensina que o instituto alemão é empregado nas circunstâncias em que “o Tribunal Constitucional decide sobre a pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais, desde que não haja meio processual ordinário de proteção”.

Ulderico Pires dos Santos¹² e Aricê Moacyr Amaral Santos¹³, afirmam que a origem do instituto deriva do direito francês ou italiano, respectivamente.

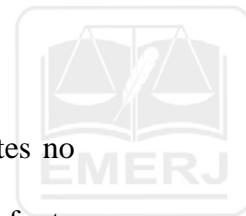
Entretanto, convém frisar que a figura da injonction do direito francês, quanto o instrumento daingunzione do direito italiano não buscam a complementação das normas constitucionais.

¹⁰Ibidem. , p. 28.

¹¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.303.

¹² SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção*: estudos e considerações. São Paulo: Paumape, 1988, p. 174.

¹³ SANTOS. Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 10



Celso Ribeiro Bastos¹⁴ afirma que o mandado de injunção não tem precedentes no direito nacional ou alienígena, pois não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do mandando de injunção, embora existam em outros ordenamentos medidas que apresentam a mesma denominação.

A constituição de 1988 foi a primeira a prever uma ação que visa à complementação de norma constitucional de eficácia limitada no ordenamento pátrio, em seu artigo 5º, inciso LXXI, transcrito abaixo:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.¹⁵

A inovação trazida pela Constituição cidadã, através do Mandado de Injunção, objetiva assegurar a concretização dos preceitos trazidos pela Carta Magna.

Nessa mesma inteligência, explica Alexandre de Moraes em seu livro:

O Mandado de Injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil, e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa previsto na Constituição Federal.

No entanto, é importante salientar, que até o momento, o próprio instituto não foi regulamentado por nenhuma lei infraconstitucional de forma que sua aplicação é regulada apenas pelas disposições do texto constitucional e pelo entendimento jurisprudencial que vem sendo exposto pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

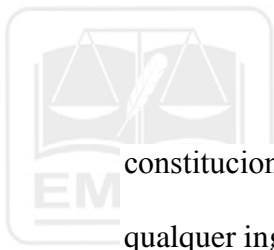
A doutrina diverge sobre os efeitos da sentença no Mandado de Injunção, tendo se formado basicamente duas teorias (não concretista e concretista) que discorrem sobre o tema.

TEORIA NÃO CONCRETISTA E CONCRETISTA.

Uma parcela da doutrina entende que o magistrado deve se limitar a estabelecer um prazo para que o órgão responsável pela confecção da lei regulamente o direito garantido

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 159.



constitucionalmente, a essa teoria se deu o nome de “Teoria Não-Concretista”, já que não há qualquer ingerência direta do Judiciário no Poder Legislativo.

O grande entrave dessa teoria é a inexistência de sanção para o não cumprimento do mandamento judicial, o que esvazia por completo a ordem prolatada pelo Juízo.

Em razão da falta de eficácia da primeira, parte da doutrina defende a Teoria Concretista, que pode ser dividida em geral e individual e esta, por sua vez, em individual direta e intermediária.

Nessa senda, pautados no princípio da inafastabilidade do Judiciário positivado no artigo 5º, XXXV da Constituição, defendem que o Mandado de Injunção deve viabilizar o exercício do direito em questão, haja vista que a inércia do legislativo por mais de 2 décadas se mostra uma afronta à Constituição.

No entanto, vale grifar que a Teoria Concretista se divide em Individual e Geral. A primeira afirma que o direito pleiteado pela parte deve ser concedido apenas ao impetrante, enquanto, a segunda afirma que o Judiciário deve conceder o direito a todos que se encontrem na mesma situação jurídica do impetrante.

Por derradeiro, essa última Teoria pode ser dividida em Direta e Intermediária. Aquela defende que o direito deve se dar de forma direta pelo judiciário, sem que se abra prazo para o Legislativo exercer o seu direito/dever constitucional, enquanto a Teoria Concretista Geral Intermediária afirma que se deve conceder um prazo razoável aos parlamentares para que editem a norma regulamentadora. Se ainda assim o legislador se mantiver inerte, serão concedidos os direitos constitucionais de forma geral.

A Teoria Concretista e suas subdivisões sofrem críticas em razão de o Judiciário não estar exercendo a sua função constitucional, pois nesse caso o magistrado age como se legislador fosse, infringindo assim a norma constitucional que determina a separação dos



poderes, que, inclusive, é uma cláusula pétrea, na forma do inciso III, §4º, do art. 60 da Constituição da República, transcrito abaixo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III - a separação dos Poderes;

O Supremo Tribunal Federal possui decisões que contemplam ambas as teorias (concretista e não-concretista), como se pode verificar abaixo.

3. EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO

O primeiro julgado de relevância em relação a Mandado de Injunção é o Mandado de Injunção 107/DF¹⁶, julgado em 1990, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves.

O autor do referido mandado de injunção era um militar temporário, que contava com mais de nove anos de serviço na condição de oficial e, por essa razão, pretendia obter a suspensão do seu licenciamento do serviço ativo do Exército, sob a alegação de que não havia lei regulamentadora do § 9º, do art. 42, da Constituição Federal, que por sua fundamentação garantia a estabilidade dos militares.

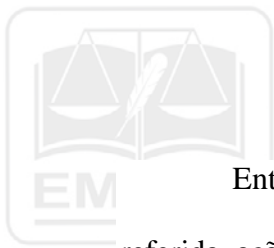
O supramencionado dispositivo dispunha, *in verbis*:

Art. 42 São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

§ 9º. A lei disporá sobre os limites da idade, a estabilidade e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade.

O militar tendo com fundamento a norma supramencionada sustentava em sua causa de pedir que possuía uma expectativa de direito à estabilidade e, portanto, não poderia ser afastado de seu cargo.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção/ DF 107 QO / DF - Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%27%E3o+%29%28107%2ENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 08 set. 2016.



Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, não conheceu da referida ação, por entender que a Carta Magna não outorgou direito à estabilidade aos servidos militares, determinava apenas que a lei infraconstitucional regulamentasse a matéria em questão, fixando os requisitos necessários para que o servidor adquirisse à estabilidade.

Esse julgado é de fundamental importância, pois nele foi levantada uma questão de ordem pelo seu Relator, o Ministro Moreira Alves, cuja análise se revela fundamental para a compreensão dos julgados da Corte Maior em relação ao Mandado de Injunção.

Nesse julgado os guardiões da constituição entenderam que o mandado de injunção não autoriza o Poder Judiciário a elaborar atos normativos faltantes a fim de possibilitar de plano o exercício do direito pleiteado pelo requerente.

A Suprema Corte afirmou, através do aludido MI nº 107/DF, que os efeitos da decisão proferida no referido remédio constitucional se limitariam à declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa e à ciência da decisão ao órgão moroso para que adote as providências a fim de sanar a mencionada omissão.

Transcrevo abaixo a ementa do referido julgado:

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONIVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO

DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Assim, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal no MI 107/DF adotou a teoria não concretista.

Insta observar que, nesse julgamento, os Ministros não se manifestaram em relação ao prazo que a omissão deve ser suprida pelo Poder Legislativo. Com o passar do tempo, os Ministros do STF começaram a rever esse entendimento.

As mudanças ocorreram de forma gradual. Inicialmente, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do MI 283/DF, deferiu um prazo de 12 meses para que a omissão fosse suprida pelo poder legislativo e, caso não fosse suprida, as partes poderiam ingressar na justiça objetivando o ressarcimento pelos danos sofridos. O mesmo dispositivo foi utilizado posteriormente nas decisões que julgaram os Mandados de Injunção n° 232/RJ e n° 284/DF.

Releva notar que o Supremo Federal na década de 90 ainda utilizava a teoria não concretista do mandado de injunção, no entanto, já havia ocorrido um avanço em relação ao entendimento anterior, pois a partir do julgado supramencionado os Ministros do STF passaram a conceder um prazo para o Poder Legislativo suprir a lacuna constitucional, podendo, inclusive, tal demora gerar indenização para as partes que sofressem qualquer perda ou dano patrimonial.

No entanto, mesmo com a medida sendo adotada pelo Poder Judiciário, o Legislativo continuava inerte em relação a inúmeras matérias, ficando, assim, alguns cidadãos impedidos de exercer plenamente os seus direitos constitucionais.

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a, mais uma vez, alterar o seu entendimento e, assim, começou a adotar a teoria concretista do Mandado de Injunção.



O primeiro julgado que efetivamente concedeu direitos ao impetrante foi o MI 670.

Esse julgado iniciou a terceira fase do Mandado de Injunção.

Nesse remédio constitucional o Ministro Gilmar Mendes foi o escolhido para apresentar o acórdão. Em um voto extenso, determinou que fossem aplicadas as normas das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos servidores públicos civis em matéria de greve, haja vista que até o momento não existia uma lei que regulasse tal direito, aliás, até o momento essa norma não foi editada.

Convém salientar que no supramencionado acórdão além de os Ministros afirmarem qual regra deve ser aplicada até a promulgação da lei que regulamenta o direito de greve dos servidores civis (Teoria Concretista), os Ministros do STF fixaram um prazo de 60 dias para que o Poder Legislativo possa suprir a omissão constitucional.

Assim, quando a lei for confeccionada pelos senadores e deputados e já estiver vigente, a decisão perderá seus efeitos, não afrontando dessa forma o princípio da divisão dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição da República.

Logo, verifica-se que no dia 25/10/2007, data do julgamento dos Mandados de Injunção 670, transcrito acima, 708 e 712, que tinham como objetivo suprir a mora do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, ocorreu a principal mudança de posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao remédio constitucional que visa a suprir a inércia legislativa.

Pela análise dessas decisões, pode-se afirmar que prevaleceu a adoção da teoria concretista geral, tendo em vista que as decisões garantem de imediato o exercício do direito de greve para todo o setor público.

O ministro Celso Mello, no dia da sessão de julgamento dos referidos Mandados de Injunção, resumiu de maneira brilhante essa nova fase:

Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos

civis – a quem vem se negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

QUESTÃO POLÍTICA

Faz-se mister frisar que a teoria concretista do mandado de injunção sofre críticas em razão da infração do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o Judiciário nesses casos está agindo como legislador e concedendo direitos a inúmeras pessoas sem a devida manifestação dos membros eleitos do congresso.

Em que pese haver fundamento à crítica supramencionada, não se pode olvidar que nenhum princípio é inafastável, tampouco o princípio da proteção a vida é absoluto, por exemplo, existindo, inclusive, exceção constitucionalmente prevista, na alínea a, do inciso XLVII, do art. 5º para este princípio.

Vale mencionar que os três poderes não são estanques entre si, cabendo a todos os três conferir efetividade máxima aos preceitos constitucionais, como bem explica Hans Kelsen.

O conceito de separação de poderes¹⁷ designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do estado, e que é possível definir fronteiras separando cada um dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos não há três mas duas funções básicas do estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas [...] É impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.¹⁷

Assim, não há que se falar em usurpação do poder legislativo, até porque a decisão só produz efeitos até que o Poder Legislativo supra a lacuna constitucional.

CONCLUSÃO

O ativismo judiciário, nome do movimento dado pela doutrina a maior atuação positiva do judiciário, esta cada vez mais em pauta, como se pode verificar nos julgados acima transcritos.

O mencionado ativismo, em alguns casos pode extrapolar os poderes concedidos pela Constituição aos Magistrados, afetando dessa forma o princípio da separação dos poderes.

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 385.



Contudo, também é necessário entender que, por muitas vezes, a omissão do Poder Legislativo ou mesmo do Executivo, causa inúmeros prejuízos à sociedade, especialmente, quando se tratam de direitos que o constituinte originário achou por bem inclui-los no texto constitucional.

Nesse sentido, os ministros do STF, acertadamente, se dispuseram a rever seu entendimento sobre a efetivação do mandado de injunção, abandonando o entendimento anterior de simplesmente declarar a omissão inconstitucional (teoria não concretista), passando a garantir o exercício do direito pleiteado pela parte em razão da ausência de norma infraconstitucional, até que a lei confeccionada pelos legisladores esteja vigente (teoria concretista).

Assim, não há que se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes, haja vista que o Poder Judiciário está buscando, unicamente, dar ampla efetividade às garantias constitucionais e assim alcançar o fim para o qual a Constituição foi promulgada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%28107%2ENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> >. Acesso em 08 set. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: Um instrumento de efetividade da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.



MENDES, Gilmar Ferreira. *Publicidade na Internet: Arguição de descumprimento de preceito fundamental* (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal), 2001. Artigo científico publicado na revista eletrônica Jus Navigandi. Disponível em < www.jus.com.br/doutrina/incinco >. Acesso em 08 set. 2016.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetros de Controle e Objeto. In: _____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, (Org). São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 17 ed, São Paulo, Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ed.; Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, (Org). São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de injunção: estudos e considerações*. São Paulo: Paumape, 1988.

SANTOS. Aricê Moacyr Amaral. *O mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

O DISCURSO DO ÓDIO COMO INSTRUMENTO BALIZADOR E LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Thais Moreth da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo: O tema abordado é o discurso do ódio como balizador da liberdade de expressão. A liberdade de expressão é um direito fundamental muito caro ao ordenamento jurídico brasileiro, mas não é absoluto. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se deparar com dois casos de grande repercussão acerca do tema. A essência do trabalho é abordar os limites do direito à liberdade de expressão e as dificuldades de se punir os propagadores do discurso do ódio em razão da falta de legislação penal sobre o tem.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípio da Liberdade de expressão. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Discurso do ódio. *Hate Speech*.

Sumário: Introdução. 1. A liberdade de expressão e sua limitação no Direito Brasileiro. 2. Discurso do ódio ou *hate speech* e sua abrangência. 3. O tratamento dado pela Corte Constitucional Brasileira aos casos de discurso do ódio. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica propõe-se a discutir o sensível liame existente entre a liberdade de expressão e a proibição de discursos discriminatórios que preguem a intolerância às diferenças e a violência. Trata-se do discurso do ódio, também conhecido como *hate speech*.

É certo que o tema proposto gera muita polêmica, ainda mais no Brasil, que possui memória muito recente de uma ditadura militar na qual a liberdade de expressão foi duramente atacada.

A liberdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e um princípio muito caro para a evolução da sociedade e para a proteção das truculências dos governos. Junto com os princípios da igualdade e da fraternidade formaram o lema da Revolução Francesa.

Sob a perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais, a liberdade situa-se na primeira geração desses direitos, em que o paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

Ocorre que a Fraternidade parece ter sido esquecida pelos governantes e pelo governados. E parece ser ela a chave para a cessação do discurso do ódio e da discriminação.

O primeiro capítulo do artigo procura demonstrar a abordagem que o constitucionalismo brasileiro fez dos direitos constitucionais. Ao elevar o *status* de direitos à cláusula pétrea, o Constituinte buscou protegê-los de toda a opressão e ofensas. Contudo, tais direitos não gozam de caráter absoluto, permitindo a ponderação de princípios e a redução da esfera desses direitos, desde que não seja violado o seu núcleo essencial.

O segundo capítulo busca retratar o *hate speech* e como ele é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, procurou-se trazer conceitos e explanações de autores renomados sobre o tema e exemplos de condutas de discriminação odiosa. Um ponto muito relevante é tentar diferenciar o *hate speech* de outros atos que podem ser considerados por determinados grupos como discriminatórios.

Por fim, o terceiro capítulo traz uma análise do enfrentamento do tema discurso do ódio pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto foram trabalhados dois casos apreciados de forma diferente pela Suprema Corte.

Em razão dessas decisões, é possível concluir que a falta de legislação penal sobre o tema enfraquece o combate ao discurso do ódio.



1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA LIMITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A liberdade, da qual se extrai a liberdade de expressão, é um direito fundamental de primeira geração que surgiu a partir dos reclames da Revolução americana e francesa. Buscava-se à época, fixar uma esfera de autonomia pessoal e refratária às expansões do Poder¹.

Contudo, a Revolução Francesa de 1789 trouxe outros dois valores fundamentais além da liberdade, a igualdade e a fraternidade. A igualdade foi posteriormente alçada ao patamar de direito fundamental, o que se denominou de direitos de segunda geração.

A fraternidade, todavia, foi muito pouco pensada desde a Revolução Francesa, sendo certo que tal valor fundamental é de suma importância para a harmonia dos outros dois valores.

Nesse sentido, Gilmar Mendes²:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

A Constituição Brasileira de 1988, apesar de não mencionar expressamente o valor da fraternidade, traz em seu preâmbulo o anseio por uma sociedade fraterna³. A ausência no texto constitucional da fraternidade parece delegar ao direito fundamental à dignidade humana

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137

² MENDES, Gilmar Ferreira. “A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016

³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.



a função de ponderar e limitar o direito à liberdade dos indivíduos, eis que tal direito fundamental é epicentro do ordenamento jurídico nacional.

É certo, portanto, que no direito pátrio “as liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana”⁴, sendo a liberdade de expressão um direito fundamental muito caro ao sistema jurídico pátrio. Isso não olvida que haja limitações ao exercício desse direito.

A liberdade de expressão é base fundamental do Estado Democrático de Direito, e corolário da dignidade da pessoa humana. É instrumento indispensável na formação da personalidade do indivíduo e na sua colocação na sociedade, na formação de seus ideais e no fortalecimento e no desenvolvimento de opiniões complexas sobre o mundo e sobre o governo ao qual se submete.

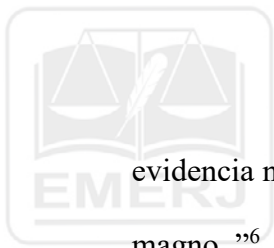
Sempre que tal garantia colidir com outros direitos fundamentais, em especial com os direitos à igualdade e à dignidade humana, bem como com valores constitucionalmente estabelecidos, será possível estabelecer uma limitação ao exercício de tal direito.

Tal afirmação parte da premissa de que os direitos fundamentais não são absolutos sob o prisma da ordem constitucional de 1988. A comprovação disso está nas limitações impostas pelo próprio constituinte originário, conforme previsto no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal⁵.

Ademais, “a Constituição de 88 tem um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este compromisso visceral se

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 325

⁵ Constituição Federal Art. 5º, inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e Art. 5º, inciso X - 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;



evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno.”⁶

Nos Estados Unidos, todavia, a liberdade de expressão parece tomar um viés de direito absoluto, de modo que não haveria espaço para limitações. Assim, torna-se um campo produtivo para a elaboração de discursos do ódio e de manifestações de intolerância, sendo amplamente permitido grupos que exaltem a supremacia de raça ou que alimentem a discriminação racial e o preconceito.

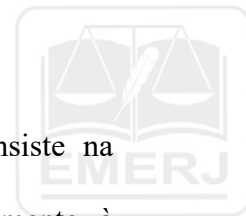
Já no Brasil, em que pese não haver uma legislação específica que trate do tema com a utilização desse termo específico, a Lei n. 7716/89, em seu art. 20, com a redação dada pela Lei n. 9459/97, estabelece como crime a conduta de alguém de “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”⁷. Tal tipo penal não é capaz de coibir todas as formas de discurso do ódio, uma vez que não enquadra todos os tipos de discriminação, como, por exemplo, a discriminação decorrente da orientação sexual.

2. O DISCURSO DO ÓDIO (*HATE SPEECH*) E SUA ABRANGÊNCIA

O discurso do ódio, ou *hate speech*, é todo o discurso que pregue a intolerância, o ódio e a discriminação a determinados grupos sociais ou minorias. É o discurso da intolerância com potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas. Quando um discurso busca interferir na dignidade humana, na igualdade entre as pessoas, no próprio regime democrático e nos valores que formam uma sociedade pluralista, é possível que se esteja diante de manifestações de ódio.

⁶ SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do “hate speech””. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. ver – Rio de Janeiro: Juspodivm, 2009, p. 84

⁷ BRASIL. Lei n. 7716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016



Para André de Carvalho Ramos, “o discurso do ódio (*hate speech*) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem”⁸.

Gilmar Mendes⁹, em um artigo publicado sobre o tema, afirma que:

O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas.

Embora a liberdade de expressão possa sofrer limitações, este direito não deve ser restringido pelo simples fato de ser utilizado em discursos que defendam opiniões desfavoráveis às minorias, a determinados grupos políticos, ou que não sejam politicamente corretos. Limitar a opinião de determinadas pessoas e grupos é empobrecer o debate, impedir o pluralismo ideológico ou, como disse Gilmar Mendes, é não tolerar o dissenso.

Muito do que antes se considerava imoral, hoje é tratado como direito inerente a determinados grupos, como os direitos atribuídos às mulheres e aos homossexuais. Apenas com liberdade de expressão é que se torna possível questionar a sociedade, conter a tirania das maiorias e fazer nascer um novo olhar sobre as questões sociais.

Críticas duras a determinados grupos são capazes, muitas vezes, de trazer luz e publicidade aos embates antes marginalizados, e, conseqüentemente, acabam gerando efeitos proveitosos para o grupo social criticado.

Contudo, a disseminação de ideias que busquem o extermínio, a propagação do ódio, a restrição de direitos, a discriminação hostil de determinados grupos ou pessoas devem ser rechaçadas pelo Poder Público em razão de o discurso do ódio ser um limitador do direito fundamental da liberdade de expressão.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 524.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. “A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016



A democracia se constrói sob as pedras angulares da liberdade e da igualdade. O discurso do ódio, embora possa estar em consonância com o direito de liberdade, encontra obstáculos em razão do direito da igualdade por pregar a discriminação odiosa de determinadas pessoas em razão de características de sua personalidade.

A dignidade da pessoa humana, o epicentro no sistema jurídico brasileiro, é frontalmente atingida quando se profere discursos de ódio. A intolerância afronta diretamente o direito da outra pessoa à sua dignidade e integridade.

O Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que consagram a obrigação de combate às manifestações de racismo, preconceito e intolerância, em especial à Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial¹⁰, promulgada pelo Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969, que estabelece no artigo IV que:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

¹⁰ BRASIL. Dec. n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=65810&tipo_norma=DEC&data=19691208&link=>. Acesso em: 29 fev. 2016



O discurso do ódio possui alguns famosos propagadores, como os membros de grupos neonazistas, skinheads, a conhecida Ku Klux Klan, entre outros.

Tem crescido no Brasil a divulgação de grupos propagadores do discurso do ódio. É o caso dos atuais justiceiros¹¹¹², que vêm defendendo a punição de supostos infratores da lei mediante a aplicação de medidas violentas por particulares, e não pelo próprio Estado, ignorando o monopólio estatal punitivo. É comum que tais pessoas que se consideram justiceiros utilizem as redes sociais para buscar adeptos e incitar o ódio das pessoas.

Outro exemplo é a xenofobia praticada por algumas pessoas e grupos de diversas regiões do Brasil contra as pessoas de origem nordestina. Após a eleição presidencial de outubro de 2014, em que a candidata vencedora obteve maioria dos votos nos Estados da região Nordeste, milhares de comentários¹³¹⁴ que depreciavam os nordestinos surgiram nas redes sociais.

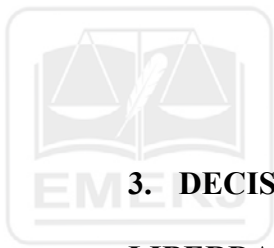
A partir da análise do direito à liberdade de expressão e da limitação consistente na vedação ao discurso de ódio, passa-se a análise de decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira sobre o tema.

¹¹ AÇÃO violenta de grupos de justiceiros preocupa polícia do rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/09/acao-violenta-de-grupos-de-justiceiros-preocupa-policia-do-rio.html>> Acesso em: 28 fev. 2016.

¹² ESPECIALISTAS temem que ação de justiceiros leve à escalada da violência no Rio. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-09/especialistas-temem-que-acao-de-justiceiros-leve-escalada-da>>. Acesso em: 28 de fev. 2016.

¹³ ONDA de intolerância e xenofobia invade as redes sociais depois das eleições. Disponível em: <<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/onda-de-intolerancia-e-xenofobia-invade-as-redes-sociais-depois-das-eleicoes/?cHash=872ef28a8dc071a515eed862f9e118c7>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹⁴ A título exemplificativo, foram feitos alguns comentários nas redes sociais, como: “da vontade de ir para a África pegar ebola e viajar pro (sic) nordestem pelo menos seria um herói nacional”, “Estudar os nordestinos não querem, né? Aos nordestinos que estão e continuarão na m..., peço: não venham para São Paulo em busca de vida melhor”, ou ainda, “odeio o nordeste odeio esse (sic) nordestinos e se a dilma for reeleita EU MATO UM POR UM RECADADO DADO”.



3. DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de enfrentar o delicado tema em análise. Os casos mais emblemáticos foram os tratados no *Habeas Corpus* n. 82.424/RS¹⁵, julgado em 2003 e no Inquérito n. 3590/DF¹⁶, julgado em 2014 e serão objeto de exame neste capítulo.

O primeiro caso, conhecido como caso Ellwanger, foi julgado pelo STF em 17 de setembro de 2003. O processo teve início como uma ação penal em que se buscava a condenação de Siegfried Ellwanger pela prática de crime de discriminação racial previsto no art. 20 da Lei n. 7716/89.

A acusação alegava que os livros escritos pelo acusado continham conteúdo antissemita e negavam a ocorrência do Holocausto. Condenado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa impetrou Habeas Corpus perante o STF para a revisão da condenação. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o pedido contido no remédio constitucional.

Tal decisão tomou como base a necessidade de ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, e reconheceu que o termo raça contido no caput do art. 20 da Lei n. 7716/89 configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo.

O caso ganhou grande relevo em razão do enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal de dois temas delicados e importantes. O primeiro foi definir a abrangência do crime

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>> Acesso em: 4 mar. 2016.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 3590. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>> Acesso em: 4 mar. 2016.



da prática de racismo previsto no art. 20 da Lei n. 7716/89, e o segundo foi resolver através da ponderação eventual conflito de princípios constitucionais.

Inicialmente, alguns ministros do STF se posicionaram no sentido de acolher a pretensão do impetrante, ao entender que o legislador quando fixou o delito da prática de racismo estava se dirigindo diretamente à prática de racismo contra negros. Tal conclusão teria sido obtida, pois o Brasil tem, especificamente, uma passagem reprovável na história em que se escravizava negros.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que as práticas discriminatórias são histórico-político-culturais, e que ao publicar e escrever livros hostis aos judeus a pessoa está a praticar também crime de racismo.

Foi argumentado que o próprio conceito de raça, do ponto de vista científico, não é mais aceito para diferenciar os seres humanos. Dessa forma, a raça encontra definição nas concepções históricas e culturais de determinados grupos, podendo incluir não só as diferenciações pela cor, mas também religiosas e culturais.

Outro tema que foi tratado no HC n. 82424 foi a ponderação entre princípios com estrato constitucional. Ao analisar o caso, a Corte teve que confrontar o preceito fundamental da liberdade de expressão com o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Tal conflito principiológico, vale ressaltar, sempre estará presente nos casos em que se discuta a ocorrência ou não de discurso do ódio.

Como afirmou-se no capítulo anterior, nenhum direito fundamental é absoluto, sob a égide da Constituição de 1988, nem mesmo o direito à liberdade de expressão. E nesse caso, o STF deixou claro que não há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para discursos que busquem a diminuição da dignidade do outro.



Siegfried Ellwanger pregava abertamente pensamentos nazistas, bem como publicava livros antissemitas, em que defendia a inferioridade dos judeus.

A decisão que condenou Ellwanger foi um marco para a história do Brasil no que tange ao *hate speech*. Contudo, a condenação só ocorreu pela existência de lei penal que previa expressamente a criminalização da discriminação racial, consubstanciada no art. 20 da lei n. 7716/89¹⁷:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

A seguir, os principais trechos da ementa do julgamento¹⁸:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. (...) Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 14. (...) O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica(...). Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004

¹⁷ BRASIL. Lei de 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 14 mar. 2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82424. Relator: Ministro Moreira Alves Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>> Acesso em: 4 mar. 2016.



Dito isto, é passa-se a análise de outro caso em que foi alegado a existência de discurso do ódio, dessa vez contra pessoas homossexuais.

O segundo caso, mais recente, foi de um Inquérito instaurado perante o STF, sob o nº 3590, para averiguação de prática de crime de discriminação atribuído ao deputado federal Marco Antônio Feliciano.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o deputado federal alegando que o parlamentar publicou na sua conta em uma rede social uma mensagem de natureza discriminatória. O teor da mensagem era: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a rejeição”.

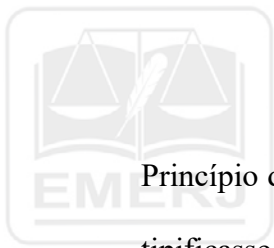
Por tal publicação o Ministério Público Federal asseverou que a conduta se enquadrava ao tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7716/89.

Contudo, a 1ª Turma do STF decidiu, em 12/08/2014, pela atipicidade da conduta, uma vez que o parlamentar proferiu frase discriminatória em virtude da orientação sexual de determinados indivíduos, sendo que o artigo 20 da lei supramencionada não contempla a discriminação decorrente de orientação sexual, mas tão somente de discriminação decorrente de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Os ministros da 1ª Turma entenderam que a conduta é atípica do ponto de vista do Direito Penal, em respeito ao ditame constitucional que prevê que não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal¹⁹.

O Ministro Luís Roberto Barroso, na oportunidade, ressaltou o desvalor moral da conduta, que teria ultrapassado todos os limites do erro, mas afirma que a conduta não ingressou na esfera do crime. Contudo, o Ministro afirma que consideraria razoável que o

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.



Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse as manifestações de *hate speech*.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, afirma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da legitimação da união homoafetiva, entendeu que a homoafetividade é um perfil, um traço da personalidade do indivíduo. Dessa forma, o Ministro entende que a fala do parlamentar Marco Feliciano ultraja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia. Contudo, o Ministro Luiz Fux alerta para o perigo do enquadramento do caso ao preceito do artigo 20 da Lei n. 7716/89, pois afirmar que pessoas homossexuais constituem uma raça seria ressaltar a ideia preconceituosa de são pessoas diferentes das outras.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal apesar de reconhecer e reforçar o entendimento da reprovabilidade da conduta, mostrou-se fiel ao ditame constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB²⁰, uma vez que, na ausência de norma penal incriminadora, ninguém pode ser condenado penalmente.

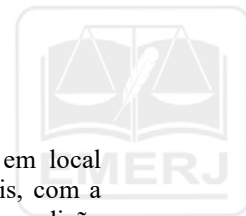
A decisão mostrou, ainda, que o art. 20 da Lei n. 7716/89 possui tipificação estrita, não cabendo analogia *in malam partem*.

Há muitos projetos de lei que buscam alterar o artigo supramencionado para fazer incluir nele outras formas de discriminação, bem como aumentar a pena dos crimes ou tornar pública incondicionada a respectiva ação penal.

O Projeto de Lei n. 199 de 2015²¹, a título de exemplo, pretende tipificar o crime de injúria racial coletiva e tornar pública incondicionada a respectiva ação penal. O projeto de lei prevê a inclusão do art. 20-A na Lei n. 7716/89 que passaria a vigorar com a seguinte redação:

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016

²¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 199/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44AA10C6DB23DC1DB4571FE520FB0F59.proposicoesWeb2?codteor=1341907&filename=PL+1749/2015> Acesso em: 15 mar. 2016



“Art. 20-A. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em local público ou privado aberto ao público de uso coletivo ou nas redes sociais, com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Parágrafo único. O crime será processado mediante ação penal pública incondicionada.”

Já o Projeto de Lei n. 3.640/2015²² pretende, dentre outras modificações, ver acrescido o art. 20 da Lei n. 7716/89 do parágrafo 5º, para que se inclua como crime inafiançável e imprescritível, a injúria racial. Com isso, o art. 20 seria acrescido do seguinte:

§ 5o Incorre na mesma pena quem ofende a dignidade ou o decoro de alguém, utilizando-se de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

Todavia, o Projeto de Lei da Câmara 122 de 2006 (PLC122)²³ talvez tenha sido o que pretendia a alteração mais ampla, de forma a incluir outras formas de discriminação na Lei n. 7716/89. O PLC122 pretende ampliar a abrangência da norma, para acrescentar as motivações de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Quando o projeto de lei chegou ao Senado, em 2009, a relatora da proposição incluiu novas formas de discriminação, quais sejam, a discriminação contra pessoas idosas e com deficiência, além de ter alterado diversos artigos.

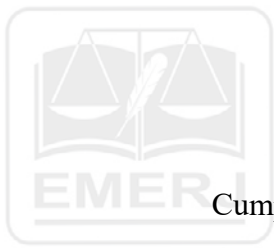
O PLC 122 gerou muita polêmica e até hoje não foi votado, pois encontra resistência entre alguns parlamentares e entidades religiosas. Em visita ao sítio eletrônico do Senado Federal encontra-se decisão de arquivamento da PLC 122.

A mudança no art. 20 da Lei n. 7716/89 no projeto de lei originalmente previa que o artigo passasse a vigorar com a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

²² BRASIL. Projeto de Lei n. 3640/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055405>> Acesso em: 10 mar. 2016.

²³ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>> Acesso em: 10 mar. 2016.



Cumprе ressaltar que o PLC 122 pretendia regulamentar diversos outros dispositivos da Lei n. 7716/89, bem como dispositivos do Código Penal. Todavia, quanto ao tema da discriminação odiosa, destaca-se apenas este artigo.

Caso o Congresso Nacional tivesse aprovado a alteração do artigo 20 da Lei n. 7716/89 para fazer constar os termos gênero e orientação sexual, anteriormente ao fato que deu origem ao Inquérito n. 3590, a decisão poderia ter sido pela tipicidade da conduta e, conseqüentemente, pelo recebimento da denúncia.

Destaca-se que, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei n. 13.146/2015²⁴, passou a ser típica a conduta de praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência. Assim, amplia-se o rol de mecanismos que legais que coíbem o discurso do ódio no Brasil.

CONCLUSÃO

O discurso do ódio é, antes de tudo, um problema social. Demonstra a falta de fraternidade da sociedade contemporânea para aceitar as diferenças e respeitar o pluralismo. Neste trabalho, buscou-se demonstrar a forma como o ordenamento jurídico brasileiro e a Suprema Corte se posicionam quanto ao tema.

²⁴ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁵ Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material discriminatório;

II - interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet.

§ 4º Na hipótese do § 2º deste artigo, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Assim, é certo que a pesquisa se manteve no âmbito jurídico, não discutindo as raízes psicológicas e sociológicas que amparam a crescente proliferação deste tipo de discurso. A exclusão dessa análise se deu por conta do exíguo espaço escolhido para a explanação do tema e, principalmente, por conta da inabilidade técnica para adentrar a outras áreas do conhecimento.

O discurso do ódio apresenta-se como balizador da liberdade de expressão, diferenciando as opiniões, convicções e comentários sobre qualquer assunto, de discursos que buscam incitar a discriminação odiosa.

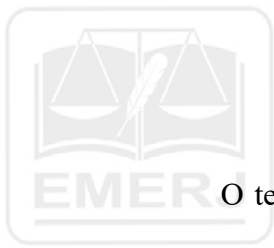
A proibição do *hate speech* está relacionada com a limitação do direito fundamental à liberdade de expressão em razão da sua colisão com outros direitos fundamentais e valores constitucionais estabelecidos.

Foi possível concluir que o legislador pátrio ainda é muito receoso quanto à regulamentação na esfera penal do discurso do ódio. Há apenas o art. 20 da Lei 7716/89 que prevê a criminalização da discriminação odiosa em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Todavia, não se pode deixar de considerar o grande relevo que a Constituição Federal de 1988 proporcionou à dignidade da pessoa humana, sendo este o seu epicentro normativo.

Como apresentado no terceiro capítulo, outras formas de discriminação odiosa vêm acontecendo no país, sem que haja a possibilidade de reprimenda penal, em razão da falta de legislação sobre o tema. Ressaltando, neste ponto, a inovação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com as recentes mudanças na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como a que reconheceu aos pares homoafetivos o direito ao casamento, parece ser cada vez mais urgente a necessidade de inovação legislativa que venha a proteger esta minoria.



O termo minoria aqui empregado, não significa o caráter quantitativo de pessoas que possuem determinadas características ou pensamento em comum, mas sim o grupo de pessoas que não possuem tratamento igualitário dado pela sociedade e até mesmo pelo ordenamento jurídico.

Outro ponto que merece atenção do Poder Legislativo diz respeito à discriminação odiosa direcionada a pessoas que vivem em determinadas regiões do país, como a região Nordeste. Não há como cegar-se ao fato de os nordestinos sofrerem de forma cada vez mais violenta a discriminação.

Por fim, entende-se que o discurso do ódio – *hate speech* - tem se proliferado na sociedade brasileira, muito em razão da maior acessibilidade à internet e às redes sociais, de modo que se faz necessária a intervenção legislativa a fim de incluir outras formas de discriminação no art. 20 da Lei n. 7716/89.

REFERÊNCIAS:

AÇÃO violenta de grupos de justiceiros preocupa polícia do rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/09/acao-violenta-de-grupos-de-justiceiros-preocupa-policia-do-rio.html>>

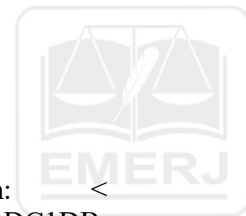
BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set 2015.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. Dec. n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=65810&tipo_norma=DEC&data=19691208&link=>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 3590. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>>



_____. Projeto de Lei n. 199/2015. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44AA10C6DB23DC1DB4571FE520FB0F59.proposicoesWeb2?codteor=1341907&filename=PL+1749/2015>

_____. Projeto de Lei n. 3640/2015. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055405>>

_____. Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006. Disponível em: <
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>

CELSONO, Lafer. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Baurueri, SP: Manole, 2005

ESPECIALISTAS temem que ação de justiceiros leve à escalada da violência no Rio. Disponível em: <
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-09/especialistas-temem-que-acao-de-justiceiros-leve-escalada-da>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 10 de fev. 2016.

ONDA de intolerância e xenofobia invade as redes sociais depois das eleições. Disponível em: <
<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/onda-de-intolerancia-e-xenofobia-invade-as-redes-sociais-depois-das-eleicoes/?cHash=872ef28a8dc071a515eed862f9e118c7>>

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o problema do “Hate Speech”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, páginas 39-95



UM OLHAR DEMOCRÁTICO SOBRE O NEGÓCIO JURÍDICO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Tháise Spínola Tostes

Graduada pela Faculdade de Direito Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Advogada.

Resumo: Em meio à crescente busca por uma efetiva prestação jurisdicional, o legislador introduz no Novo Código de Processo Civil, o negócio jurídico. O presente artigo busca apresentar esse novo instrumento que tem por escopo entregar às partes a livre disposição do atuar processual. Nesse contexto, expõe a necessidade de observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, da celeridade processual, da ampla defesa e do contraditório.

Palavras-chave: Constituição da República Federativa do Brasil. Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Negócio Processual.

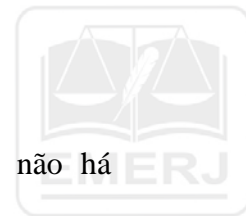
Sumário: Introdução. 1. Rigidez processual. 2. Necessidade de adaptação das normas aos anseios sociais. 3. Visão Panorâmica do Negócio Processual. 4. Calendário processual.

INTRODUÇÃO

Diante da elaboração do Novo Código de Processo Civil, o presente artigo tem por objeto de estudo um inédito instituto trazido em seu bojo: o Negócio Jurídico Processual, previsto no artigo 190 do NCPC.

Em tempos de clamor social pela verdadeira efetividade do processo, surge a ideia entregar às partes a possibilidade de dispor de suas posições processuais, desde que respeitados certos limites impostos pela lei. A temática é uma verdadeira ponderação entre a legalidade das formas e efetividade da prestação jurisdicional.

Tendo em vista o ineditismo do tema, o que por si só desperta curiosidade e insegurança acerca de sua aplicabilidade, serão apresentadas algumas posições doutrinárias e



enunciados do Fórum Permanente de Processo Civil. Cabe ressaltar que ainda não há manifestação jurisprudencial acerca da matéria.

Pretende-se demonstrar o contexto de surgimento de criação do instituto, assim como a expectativa de solução para alguns embates processuais que geram consequências negativas para a sociedade moderna.

Visando a melhor compreensão do tema, objetiva-se analisar o Negócio Jurídico Processual como alternativa de flexibilização do processo, trazido pelo Novo Código de Processo Civil.

Inicia-se o primeiro capítulo, apresentando a possibilidade de o magistrado atuar dentro de um sistema processual regido pela predominância da legalidade das formas, de maneira flexível, conforme almeja o Novo Código de processo Civil. Demonstra-se a importância da análise casuística processual para a maior satisfação e conformidade com o resultado do processo.

Segue-se expondo no segundo capítulo, sobre eventual possibilidade de acordos probatórios e suas nuances. Analisa-se a atipicidade probatória à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ressalta-se a importância da cooperação das partes na atividade processual probatória. Afirma-se a necessidade de utilização de provas lícitas e legítimas, rechaçando de toda forma um processo sedimentado em provas ilícitas ou ilegítimas.

Por fim, no terceiro capítulo defende-se as garantias constitucionais da razoável duração do processo e da segurança jurídica, além do princípio da eficiência previsto no Novo Código de Processo Civil. Apresenta-se ainda, a figura inédita do calendário processual, possibilitando as partes estabelecerem uma verdadeira agenda, com datas predefinidas para os atos que serão desenvolvidos ao longo do processo. Assim, busca-se defender a validade dos Negócios Processuais.



A pesquisa utilizará a abordagem qualitativa, na medida em que expõe o verdadeiro significado do Negócio Jurídico Processual. Ainda, seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória, uma vez que tem como base a legislação, os posicionamentos doutrinários, além dos Enunciados do Fórum Permanente de Processo Civil.

1. EFETIVIDADE PROCESSUAL VERSUS RIGIDEZ PROCEDIMENTAL

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o processo definido como “um procedimento em contraditório”¹ sofreu consideráveis alterações. Rompe-se com a ideia da teoria da relação processual, em que se tinha a figura do juiz como protagonista e caminha-se para o alcance do verdadeiro processo democrático, fruto do atual Estado Democrático de Direito.

Busca-se um processo coparticipativo, em que os sujeitos processuais (partes, juiz e Ministério Público) atuem de forma igualitária para a efetiva resolução do mérito. Nesse contexto surge o princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. ” Longe de se almejar uma ajuda mútua, tendo em vista a posição adversária ocupada pelos litigantes, tal princípio tem por escopo o trabalho em conjunto dos sujeitos processuais.

Ressalta-se que o modelo de democracia participativa é adotado ao longo de toda Constituição da República Federativa Brasileira² a) “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (art.10); b) “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente (...)” (art. 37, § 3º); c) “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art.74, § 2º); d) “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 475.



meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”(art. 216, § 1º). Portanto, mostra-se claro a imprescindibilidade do direito a participação para se alcançar a efetividade do processo.

Nesse contexto, um segundo obstáculo precisa ser vencido: a rigidez procedimental. O novo modelo implementado anseia por um processo em que a efetividade e a formalidade caminhem juntos, entretanto, se necessário for, aquele deve ser sobrepor a este. Um sistema preso a rigidez procedimental, deve ser visto como obstáculo ao bom desenvolvimento jurisdicional.

Por outro lado, a ausência de parâmetros legais não se mostra adequada. Nesse ínterim, surge o Novo Código de Processo Civil, trazendo em seu bojo a possibilidade de as partes realizarem negócios processuais. Ato dispositivo, previsto no artigo 190 do NCPC³, que permite as partes regularem suas posições no processo, observados os limites legais.

Deste modo, o enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, estabeleceu:

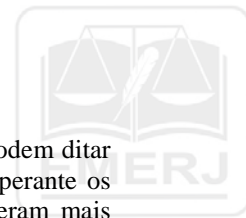
São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, despesas consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efetivo suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória.⁴

Ressalta-se, não se busca negar a importância das formas. Muito pelo contrário, deve-se rechaçar qualquer tipo confusão processual que a falta desse requisito pode trazer. Ainda, deve-se priorizar o princípio da não surpresa, em que se garante as partes a previsibilidade procedimental. Ademais, somente por meios de substanciais adaptações se é possível alcançar um Processo Democrático.

Assim, não é outra a posição de Leonardo Greco:

³BRASIL. Art. 190 da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil): “ Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

⁴ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Bahia: Jus Podivm, 2015, p. 178.



Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução da causa e tantas outras questões em que a lei é atualmente imperativa ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao poder discricionário do juiz?⁵

Portanto, a instrumentalidade deve ser analisada a luz do caso concreto, de forma que o magistrado adeque o procedimento a verdadeira necessidade das partes, que buscam por meio desse a realização material de seu direito. Agindo assim, inegavelmente se alcançará um processo dialético em que o nível de conformidade com a sentença será demasiadamente maior e, portanto, mais satisfatório.

Desse modo, pode-se afirmar que a proximidade entre os sujeitos processuais, somado a flexibilização procedimental trará benefícios inimagináveis ao processo.

2. UMA ANÁLISE DA EVENTUAL ATIVIDADE PROBATÓRIA ATÍPICA NOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Alexandre Freitas Câmara, no que concerne ao conceito prova afirma: “Prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa.”⁶

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 369⁷ dispõe que: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

⁵Revista do GEDICON – V.2 – dez./2014, apud GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó.(org.). *Processo Civil* – Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 28.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 221.

⁷BRASIL. Art. 369, NCPC: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”



Em consonância com as premissas supramencionadas, pode-se afirmar que por meio da atividade probatória manifestada pelas partes, o juiz terá a possibilidade de conhecer dos fatos e, posteriormente, proferir uma decisão. Logo, é nítida a relação entre o direito de participação com influência e o princípio do contraditório. Esse por sua vez encontra-se assegurado na Constituição da República,⁸ além de estar presente de forma inovadora no bojo do Novo Código de Processo Civil,⁹ concretizado por meio do dever de consulta a ser exercido pelo magistrado às partes, ainda que se trate de matéria *ex officio*.

Assim, entende-se que as alegações fáticas feitas pelas partes, constitui o verdadeiro objeto de prova. Uma vez demonstrada a veracidade dessas alegações, as partes influenciam eficazmente na decisão do magistrado, destinatário direto da prova. Aqui, deve-se ressaltar o que estabelece o enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os destinatários da prova são todos aqueles que dela podem fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”. Portanto, é correto inferir que todos os sujeitos do processo são destinatários da prova, ainda que de forma indireta.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador entregou às partes a possibilidade estabelecerem regras para o processo que em estão inseridas. Assim, decorre da norma a atipicidade de acordos probatórios. Entretanto, por mais que a lei seja clara, existe uma forte resistência doutrinária em admiti-lo.

⁸BRASIL. Art. 5º, LV, CRFB: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”)

⁹BRASIL. Art.9º: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida” / Art.10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Chiovenda¹⁰ vai de encontro a esse entendimento. Fundamenta-se na impossibilidade de as partes interferirem na atividade do magistrado, ressalvado o caso de haver autorização legislativa.

Em que pese as posições contrárias, é inegável a vontade legislativa em ampliar a autonomia privada no processo. Contudo, deve-se ressaltar que não só os acordos probatórios, mas todo e qualquer tipo de acordo processual interfere de alguma forma na atividade do juiz. Deste modo, não se tem como razoável o questionamento de sua admissibilidade, eis que essa inovadora medida, se mostra de grande valia no campo processual. Assim, deve ser rechaçado qualquer tipo de argumento contrário.

Aqui, vale mencionar o espírito cooperativo almejado pelo legislador ao elaborar o Novo Código de Processo Civil. O princípio de cooperação, introduzido no bojo do NCPC,¹¹ tem por objetivo incentivar o dever de colaboração das partes com o juiz no processo, visando sempre uma prestação jurisdicional efetiva.

Assim, não há que se falar em provas como ato do juiz e processo como ato das partes. De uma vez por todas, deve-se entender que não se trata de atos entanques, mas sim de atividades que devem caminhar conjuntamente, em regime de cooperação.

¹⁰GODINHO, Robson Reunalt. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Disponível em: [\[http://www.mprj.mp.br/documents/112957/11740265/Book_RMP_56.pdf\]](http://www.mprj.mp.br/documents/112957/11740265/Book_RMP_56.pdf). Acesso em 05.mar.2016, apud Principios de Derecho Procesal Civil. Jose Casais y Santaló. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, p. 293. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 390; registre-se a conhecida ideia de Chiovenda, no sentido de que “na dúvida, as normas processuais devem se reputar cogentes” – ob. cit. Vol. 1, p. 74. Em sentido contrário ao de Chiovenda, defendendo a possibilidade de convenções probatórias em sentido amplo mesmo diante de ausência de autorização legislativa, em virtude da autonomia das partes, CARNELUTTI: Sistema de Derecho Procesal Civil. Vol. II. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 478/481. Assim também LESSONA, mas com base em um individualismo exacerbado, típico de sua época: Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Vol. I. D. Enrique Aguillera de Paz (trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1906, p. 220/226. Confirmam-se, ainda, as divergências teóricas entre ROSENBERG (La Carga de la Prueba. Ernesto Krotoschin (trad.). 2. ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002, p. 109/112, 198 e 396) e MICHELLI (La Carga de la Prueba. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004, p. 216/221). Para uma notícia sobre a discussão no campo do processo penal: DEL COCO, Rosita. Disponibilitá della Prova Penale e Accordi tra le Parti. Milano: Giuffrè, 2004.

¹¹BRASIL. Art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.



É notório o estado de incerteza que paira ao longo do processo. Em razão disso, cada parte ao se utilizar da atividade probatória, somada ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tende a apresentar ao juiz uma visão parcial do fato. Desta forma, é possível minimizar, ou até mesmo excluir todo tipo de dúvida presente até o referido momento.

Entretanto, ressalta-se que a admissão de prova no processo deve sofrer uma limitação consensual e legislativa. Sendo ambas autorizadas normativamente. Ainda, não se pode deixar de mencionar aqui, que apesar de defendermos que a atividade probatória não tem o juiz como destinatário exclusivo, é nítido que a concepção do julgador, ainda que imparcial, interfere diretamente na limitação probatória, o que lamentavelmente, por vezes é realizada de forma arbitrária. Assim, mostra-se muito mais democrático entregar às partes a possibilidade realizarem acordos probatórios.

Portanto, em sendo os acordos probatórios, direitos que admitem autocomposição, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 190 de forma esclarecedora autoriza as partes, desde que plenamente capazes “estipular mudanças no procedimento para ajusta-los às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Registre-se que como bem ressaltado, por Robson Reunald Godinho, deve-se vedar a possibilidade de utilização de provas ilícitas ou meio de prova que não seja racionalmente verificável.

Posto isso, ousou discordar com a parcela da doutrina que nega a possibilidade de acordos probatórios. Ao longo deste capítulo restou demonstrada a intenção do legislador de entregar as partes uma maior autonomia. Logo, não mostra razoável ao interprete ignorar a norma contida na lei.

3. O CALENDÁRIO PROCESSUAL A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No que tange à esfera constitucional, o artigo 5º, XXXV, da CRFB¹², afirma que “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Desse modo pode-se afirmar que o referido princípio direciona o legislador a criar normas que visem a proteção de determinados direitos, assim como o conduz a deixar de estabelecer preceitos que tenham por objetivo negar o acesso a tutela jurisdicional.

Em âmbito legislativo, o Novo Código de Processo Civil, estabeleceu expressamente em seu artigo 3º¹³, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Aqui, encontra-se uma norma direcionada ao juiz, o qual, uma vez provocado, possui o dever de prestação da efetiva tutela jurisdicional.

Ainda que em uma leitura rápida, se possa concluir que os referidos artigos visam, somente, à proteção de direitos subjetivos, uma vez que apenas esses teriam a possibilidade de sofrer lesão, deve-se fazer uma interpretação extensiva dos referidos artigos, de modo que os direitos potestativos sejam alcançados. Logo, pode-se inferir que a norma abrange todos os direitos, tanto os subjetivos, como os potestativos.

Entretanto, ainda que a garantia da inafastabilidade da jurisdição seja de suma importância, essa por si só, não basta. Necessário se faz um acesso efetivo. Nesse sentido, Cândido Dinamarco¹⁴ ressalta:

a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.

¹² BRASIL. Art. 5º, XXXV, CRFB: “ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

¹³ BRASIL. Art. 3º, NCPC: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito .”

¹⁴ DINAMARCO, *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.41.



Esse posicionamento vai ao encontro da garantia de uma ordem jurídica justa, concebida à luz dos preceitos constitucionais do devido processo legal¹⁵. Trata-se de um princípio-base que deve ser analisado sob a ótica substancial e formal.

O devido processo legal substancial, diz respeito à interpretação das normas jurídicas, feita à luz da razoabilidade e proporcionalidade, visando a, sempre, coibir o Poder Públicos de eventuais arbitrariedades. Já no que tange ao sentido formal, tem-se um princípio direcionado ao processo em si, como instrumento de realização do direito material dos jurisdicionados.

Desse modo, deve-se rechaçar a ideia de garantia formal como um ato solitário, ou seja, faz-se necessário dar efetividade ao direito substancial, o que significa uma tutela jurisdicional, adequada, sem dilações indevidas e eficaz.

Nesse contexto, a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8.1, estabelece:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ressalta-se que a República Federativa do Brasil é signatária do referido Pacto, o qual alcançou eficácia na esfera internacional no ano de 1978. Já no ordenamento jurídico brasileiro foi incorporado no ano de 1992, com a publicação do Decreto n.678.

Visando a fomentar a ideia de efetividade da prestação jurisdicional a Emenda Constitucional n.45/2004, adicionou o inciso LXXVIII¹⁶, no art. 5º, da CRFB. Esse tem como escopo a garantia de um processo sem dilações indevidas. Assim, o Poder Judiciário deve estimular a celeridade processual, entretanto, sem sacrificar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Prestigia-se a vedação ao retrocesso das garantias constitucionais até então alcançadas.

¹⁵ BRASIL. Art.5º, LIV, CRFB: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁶ BRASIL. Art.5º, LXXVIII, CRFB: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.



Nesse espírito inovador, o Novo código de Processo Civil, em seu artigo 191¹⁷, previu expressamente o calendário processual. Trata-se do estabelecimento de calendário com regras predefinidas entre o magistrado e as partes sobre os atos processuais.

Em regra, o calendário acordado vincula as partes e o juízo, entretanto, em casos excepcionais, de forma justificada, os prazos poderão ser modificados. Assim, fica dispensada a intimação das partes, pois parte-se do pressuposto que estas já tomaram ciência das datas estabelecidas.

Por fim, diante de um Poder Judiciário assoberbado de demandas, esta inovação é digna de aplausos. Cuida-se de um instrumento apto a proporcionar uma prestação jurisdicional, efetiva, justa e tempestiva.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os argumentos apresentados, pode-se afirmar que o negócio jurídico processual, deve ser recebido pelo ordenamento jurídico como um instrumento capaz de dar efetividade à prestação jurisdicional.

Em meio às inúmeras demandas sociais, deve-se prestigiar um sistema processual apto a solucioná-las com eficiência. Ao entregar às partes a possibilidade de livremente estabelecerem as regras a serem aplicadas no processo, o legislador rompeu com um modelo demasiadamente apegado à rigidez das formas. Entretanto, não deixou de observar a necessidade de adequação ao devido processo legal. Ainda, promoveu a celeridade processual e respeitou o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

¹⁷ BRASIL. Art. 191, NCPC: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais quando for o caso.”



Portanto, trata-se de um ato dispositivo com grande valia para o bom desenvolvimento processual. Assim, andou bem o legislador ao não fechar os olhos para uma nova realidade processual vivenciada nos tempos modernos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. Código de Processo Civil. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.41.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adequação procedimental. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_gedicon_online/paginas/volume/2/revista-do-gedicon-volume2_21.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Bahia: Jus Podivm, 2015.

GODINHO, Robson Reunalt. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/112957/11740265/Book_RMP_56.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2016.

GODINHO, Robson Reunalt. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/112957/11740265/Book_RMP_56.pdf]. Acesso em 05.mar.2016

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

Revista do GEDICON – V.2 – dez./2014, *apud* GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó.(org.). *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de janeiro: Atlas, 2012, p. 28.



O VALOR DO BEM LEVADO À COLAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 FRENTE AO DISPOSTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Thércia Alexandrino de Souza

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O artigo objetiva discutir a necessidade de conferir-se interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao artigo 2.004 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a fim de se evitar eventual violação à legítima diante de determinadas hipóteses não ressalvadas pela legislação, em contraponto aos dispositivos pertinentes ao tema constantes do novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 e do revogado Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Sucessões. Valor do bem na colação. Legítima.

Sumário: Introdução. 1. O direito sucessório. A evolução da proteção dada à herança e aos herdeiros. A sociedade brasileira. 2. A proteção ao direito de herança conferida pela legislação brasileira. Os institutos da legítima e da colação. 3. O valor do bem levado à colação sob a perspectiva do Código Civil de 2002 em contraponto ao disposto no novo Código de Processo Civil e no revogado Código de Processo Civil de 1973. 4. Meios de solução de antinomias aparentes. A necessidade de se aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição ao artigo 2.004 do Código Civil de 2002. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o valor do bem levado à colação no Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, frente ao disposto no novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 e no revogado Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Procura-se demonstrar a necessidade de compatibilização das diferentes previsões constantes desses dispositivos legais com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a proteção conferida à legítima. Nesse passo, objetiva-se discutir a necessidade de conferir-se interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 2.004 do Código Civil



Brasileiro, a fim de se evitar eventual violação à legítima diante de determinadas hipóteses não ressalvadas pela legislação.

O revogado Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, no parágrafo único do artigo 1.014, prevê o valor do bem levado à colação como sendo aquele ao tempo da abertura da sucessão. Com a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002 houve a modificação da disciplina sobre o tema, porquanto no artigo 2.004 há a estipulação de que o valor do bem levado à colação será o atribuído pelo ato de liberalidade.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, no parágrafo único do artigo 639, mantém a regra já existente no código de ritos anterior, a corroborar o acerto legislativo ao determinar o valor do bem como aquele ao tempo da abertura da sucessão, apontando para a necessidade de realização de interpretação do artigo 2.004 do Código Civil Brasileiro conforme a Constituição Federal, para limitar sua aplicação aos casos em que o beneficiário da liberalidade tenha alienado o bem em período anterior ao da colação.

Discutir-se-á a correta interpretação a ser dada aos dispositivos em questão, mormente nos dias atuais, tendo em vista que em localidades como o Rio de Janeiro houve uma supervalorização no valor dos imóveis em um curto espaço de tempo, de forma que o reconhecimento da aplicação do artigo 2.004 do Código Civil Brasileiro, mesmo aos casos em que o herdeiro beneficiário da liberalidade continua com a propriedade do bem, muitas vezes acarretará verdadeira violação da legítima, diante da disparidade do valor do bem nos diferentes marcos, sem que o herdeiro tenha de qualquer forma concorrido para a valorização do imóvel.

Inicialmente, no primeiro capítulo serão analisados os fundamentos do direito sucessório e a proteção dada à herança e aos herdeiros pela legislação brasileira, considerando que a legislação pátria lhes confere tal proteção, esmiuçando-se qual seria sua profundidade, tipo e extensão, bem como seus objetivos e fundamentos.



Em seguida, no segundo capítulo será realizada uma análise histórica dos institutos da legítima e da colação, a fim de se estabelecer qual seria a função do instituto da colação em relação à legítima, o que ela representa ao longo do tempo e como a legislação pátria vem disciplinando esses institutos.

Após, no terceiro capítulo pretende-se debater sobre a divergência que se extrai do valor do bem levado à colação sob a perspectiva do Código Civil Brasileiro de 2002 em contraponto ao disposto no novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 e no revogado Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, expondo-se qual a relevância de se fixar seu valor, por meio de lei, e qual o impacto das diferentes possibilidades de termo *a quo* que advém das disposições inicialmente antagônicas constantes dos Códigos de Processo Civil e do Código Civil.

Por fim, no quarto capítulo será realizada a análise de qual seria a solução para se possibilitar a conciliação entre as disposições dos diplomas legais, sem lhes esvaziar por completo a aplicabilidade e, até, de forma oposta, elevar a proteção conferida aos herdeiros, verificando-se a possibilidade de se aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 2.004 do Código Civil Brasileiro.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, comparada, histórica, explicativa e qualitativa.

1. O DIREITO SUCESSÓRIO. A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DADA À HERANÇA E AOS HERDEIROS. A SOCIEDADE BRASILEIRA

A família é fato e fenômeno que antecede à organização jurídica¹. Seu arranjo, entretanto, sofreu inegável alteração ao longo da história, influenciando, sobremaneira, o

¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51.



próprio direito sucessório. Na antiguidade, de início, as famílias possuíam viés matriarcal. Com o posterior advento do patriarcado, contudo, os costumes passaram a ditar que a transmissão do patrimônio deveria se dar à linha sucessória masculina, em especial, ao primogênito varão².

Não obstante, com o desenvolvimento das relações sociais e o afloramento de conceitos sobre igualdade, percebeu-se a necessidade de se conferir isonomia também aos aspectos relacionados ao direito de herança.

A doutrina discute sobre o fundamento próprio ao direito sucessório, podendo-se, no entanto, apontar a propriedade associada ou não ao direito de família a justificá-lo.³ Percebe-se, por conseguinte, que a herança e os instrumentos que viabilizam sua proteção surgiram com a necessidade de se conferir proteção à entidade familiar, especialmente no que toca à questão patrimonial.

Isso porque a sucessão hereditária consiste na transmissão, em decorrência da lei ou da vontade expressa daquele que transmite, de direitos e obrigações daquele que faleceu em favor de outrem⁴. O instituto mostrou-se necessário, porquanto com a evolução das sociedades verificou-se a crescente individualização dos bens passíveis de apropriação, com a perda do referencial primevo que impunha a comunhão dos bens entre a coletividade.

O direito sucessório, portanto, surge inicialmente junto com as primeiras organizações familiares, ainda que sem regras muito bem definidas, verificando-se um viés religioso atrelado aos conceitos sucessórios, o que, entretanto, não subsiste na atualidade. Nesse diapasão, sucessão possui o sentido de sequência de fatos e fenômenos jurídicos⁵.

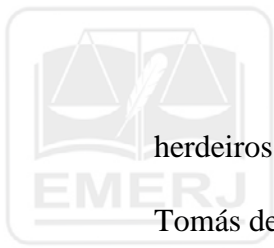
Nesse contexto, passou-se a assegurar a distribuição equânime ao menos de parte do patrimônio do falecido entre alguns dos entes sobreviventes, que passaram a ser considerados

² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 25.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 171.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito das Sucessões: instituições de direito civil*. 6. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.88.



herdeiros do mesmo grau. Sobre a distribuição equitativa perseguida pelo direito já apontava Tomás de Aquino a definição de que ao direito cabe dar a cada um o que lhe é devido⁶.

Não é novo o conceito de homem como animal político formador de um todo orgânico consistente na sociedade política em que é inserido, apontando-se como elemento natural do ser humano sua sociabilidade⁷. No final do século XIX e início do século XX, com a evolução filosófica e sociológica operada, consolidou-se uma concepção de justiça social inserida nas relações jurídicas albergadas pelo direito, buscando-se conciliar a liberdade individual e o bem estar social.

É cediço que o Brasil, em sua história, foi marcado por uma sociedade notadamente patriarcal. Nesse tipo de sociedade o homem se destaca no seio familiar como o provedor de seus integrantes, não sendo papel da esposa, em regra, auxiliar de qualquer modo na manutenção dos indivíduos.

Por conseguinte, com a morte do mantenedor da entidade familiar, necessitavam os herdeiros de especial proteção, a fim de assegurar sua subsistência em padrões aos menos próximos do anterior. Ademais, a busca pela manutenção no seio da entidade familiar do patrimônio constituído ao longo dos anos era ditada pelos costumes.

Nesse contexto, imperioso transcrever os ensinamentos de Clóvis Beviláqua⁸ no que toca à função social no direito hereditário:

É preciso ter a vista perturbada por algum preconceito para não reconhecer, no direito sucessório, um fator poderoso para aumento da riqueza pública; um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte; e um estímulo para sentimentos altruísticos, porque traduz sempre um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei.

Sendo assim, cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, mas nunca eliminá-la por completo, como se fosse um elemento perturbador da harmonia social.

⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Edunisinos, 1999, p.52.

⁷ FARIAS, José Frenando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p.14.



Assim sendo, com o desenvolver da história, surge a necessidade de regras estruturadas que dessem o melhor destino aos bens dos falecidos, considerando-se as respectivas entidades familiares e o interesse social associado ao reconhecimento e à consolidação da família.

2. A PROTEÇÃO AO DIREITO DE HERANÇA CONFERIDA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. OS INSTITUTOS DA LEGÍTIMA E DA COLAÇÃO

A herança, para o ordenamento jurídico pátrio, é um conceito de direito material, considerada a sucessão aberta um bem imóvel por força de lei, nos termos do artigo 80, II do Código Civil Brasileiro, e, portanto, fala-se em juízo universal da herança⁹. A Constituição Federal prevê os direitos de herança e de propriedade como garantias constitucionais em seu artigo 5º, incisos XXX e XXII¹⁰ respectivamente. Em seu artigo 227, §6º, a Carta Magna¹¹ dispõe, ainda, sobre o tratamento igualitário que se deve dispensar aos filhos havidos ou não da relação de casamento, proibindo condutas discriminatórias.

A função social dos institutos jurídicos mostra-se importante no estudo da influência das forças sociais e econômicas sobre a criação e alteração dos institutos jurídicos clássicos inerentes ao direito privado, cuja sucessão os integra¹².

Nesse contexto, imperioso para o atingimento da função social do direito sucessório que se impossibilitasse o despojamento completo de bens por parte do autor da herança. Note-se que a propriedade também possui função social ínsita a sua própria estrutura, culminando

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 6. ed. v. 6. São Paulo: Método, 2013, p. 13.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

¹¹ Ibid.

¹² RENNERT, Karl. *The institutions of private law*. London: Karl Mannheim, 1949, p. 60.



na definição mais precisa do instituto e de sua operatividade¹³, conforme estampado na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXIII¹⁴. Portanto, sendo o direito de propriedade o fundamento do direito sucessório, a função social de um instituto necessariamente influencia na do outro.

Nessa conjuntura, percebe-se que a sociedade, na busca pela pacificação e harmonização de seus indivíduos, não pode acolher ou incentivar comportamentos que possam desestabilizar a entidade familiar em sua base. Assim, com o objetivo de impedir que os entes supérstites restassem afastados da sucessão, a legislação pátria previu que o *de cuius* que possuísse bens estaria impedido de deixar sua totalidade para herdeiro testamentário ou de qualquer forma se desfazer deles por completo em detrimento de seus sucessores legalmente considerados como necessários. Estipulou-se, então, que metade dos bens do falecido necessariamente pertenceria a essa categoria predeterminada de herdeiros, surgindo, desta forma, o instituto da legítima, que hoje encontra amparo no artigo 1.846 do Código Civil Brasileiro¹⁵, nos seguintes termos: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Por certo, o aludido diploma igualmente preocupou-se em definir os entes supérstites que seriam beneficiados por essas regras de caráter demasiado restritivo incidentes sobre o patrimônio do particular. Com esse fim protecionista criou-se a figura dos herdeiros necessários, que hoje encontra previsão no artigo 1.845 do Código Civil Brasileiro¹⁶. São eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹³ RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Traduzida para o espanhol por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986, p. 267.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

¹⁵ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

¹⁶ Ibid.



O artigo 426 do Código Civil Brasileiro¹⁷ prevê que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Entretanto, o artigo 544 do mesmo diploma¹⁸, a fim de evitar possível burla à legítima estipula que “a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

Dentro desse contexto apresentado, ao falecido não é dado o direito de desrespeitar a legítima quando de suas últimas vontades ou quando da antecipação da herança. Nos termos definidos pela legislação pátria, esses herdeiros conhecidos como necessários possuem direito à legítima, ou seja, a cinquenta por cento dos bens do *de cuius*, partilhado igualmente, em idênticos quinhões entre eles.

Àquele que faleceu apenas é permitido dispor como bem entender de metade de seus bens, o que, como apontado anteriormente, decerto configura forte mitigação ao direito de propriedade, no qual se inclui o direito de dispor de seus bens livremente. A existência dessa regra, contudo, não impede que em vida seja a legítima de fato desrespeitada.

Muito comum a tentativa de distribuição dos bens aos herdeiros, ainda em vida, sem que se veja um rigor na divisão dos quinhões, que acabam por ficar díspares. Nesse passo, o instituto da colação visa promover o retorno ao monte das liberalidades feitas pelo autor da herança antes de falecer, buscando igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados¹⁹.

Com a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro permanece hígido o princípio da igualdade dos quinhões hereditários, estabelecido em seu artigo 1.846²⁰, tendo-se que as doações e vantagens feitas em vida pelo ascendente aos seus herdeiros necessários devem ser consideradas adiantamento das legítimas.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

²⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.



Há muito já se verifica o instituto da colação. No direito romano a *colatio* buscava a igualdade social. Na doutrina há o entendimento uníssono de que a colação se baseia na vontade presumida do *de cuius* de não estabelecer uma desigualdade sucessória²¹.

No ordenamento jurídico a colação foi definida pelo artigo 1786 do Código Civil Brasileiro de 1916²² como "o ato mediante o qual o co-herdeiro, para assegurar a igualdade das legítimas dos demais, devolve à massa hereditária, em espécie ou em valor, as doações ou dotes com que foi contemplado pelo autor da herança".

Destacam-se os seguintes requisitos para a colação: que seja realizada doação pelo *de cuius* em favor de descendente; que o beneficiário seja descendente ao tempo da abertura da sucessão; que concorram à herança outros descendentes do mesmo grau; que não tenha havido dispensa pelo doador.

Em poucas palavras temos que a colação é a devolução pelos herdeiros necessários ao acervo hereditário o que tenha recebido por doação quando ainda vivo o autor da herança, incluindo na partilha esses bens para que seja feita a divisão do patrimônio com maior igualdade possível.

Observa-se que o previsto no artigo 544 do Código Civil Brasileiro²³ em vigor alterou o alcance do instituto da colação, incluindo em sua abrangência o cônjuge quando este se apresenta na qualidade de concorrente (artigo 1.832 Código Civil Brasileiro²⁴).

Verifica-se que o referido artigo trata como antecipação da legítima, além das doações de ascendentes para descendentes, as doações de um cônjuge ao outro, sendo certo

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão n. 9190203-19.2007.8.26.0000. Relator Desembargador Antônio Marcelo Cunzolo Rimola. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2701124&cdForo=0&vlCaptcha=bFHQU>. Acesso em: 08 mar. 2015.

²² BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

²³ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

²⁴ Ibid.



que no Código Civil Brasileiro de 1916 o adiantamento da legítima restringia-se somente as doações de pais para filhos.

A colação sempre resultará em aumento na legítima, ou seja, não importará aumento da herança e sim apenas da legítima dos herdeiros necessários. Merece ser destacado, também, que em não sendo aumentada a parte disponível, não é possível que credores do falecido ou do espólio exerçam qualquer pretensão em relação ao bem colacionado, pois a doação é negócio jurídico perfeito, de eficácia imediata.

O bem colacionado não pode ser considerado pertencente ao acervo hereditário, devendo ser considerado apenas para a efetiva composição da legítima. Deve ser considerado objeto da colação o valor das doações que o herdeiro necessário tenha recebido, em vida, do autor da herança (artigo 2002 do Código Civil Brasileiro²⁵).

No ordenamento jurídico pátrio são colacionáveis: as doações feitas aos herdeiros necessários; dívidas dos herdeiros pagas pelo autor da herança; doações indiretas ou simuladas; quantias repassadas para que o descendente adquira bens; rendimentos de bens do pai desfrutados pelo filho; somas não módicas, dadas de presente; perdas e danos pagos pelo ascendente decorrentes de atos dos descendentes; quaisquer indenizações ou multas; dinheiro posto a juros pelo pai em nome dos filhos; e pagamento de débitos do descendente.

Pormenorizando a finalidade do instituto, o artigo 2.003 do Código Civil Brasileiro²⁶ aduz que “a colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados”.

Por certo, não pode o doador, a pretexto de evitar futuras confusões entre os herdeiros, partilhar seus bens de maneira desigual, conferindo vantagens para uns em detrimento de outros.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.



Essas incongruências devem ser regularizadas, portanto, quando do processo de inventário, de modo que, levando-se os bens doados à colação, seja possível chegar-se às diferenças pecuniárias com sua composição e acerto.

Aliás, essa compensação é necessária inclusive para evitar eventuais burlas ao Fisco, tendo em vista os diversos fatos geradores que podem decorrer.

O Brasil adota a lei de *saisine*, segundo a qual a transferência da propriedade aos herdeiros se dá no momento do falecimento.

Nos termos do artigo 1.847 do Código Civil Brasileiro²⁷, “calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação”.

Ao tratar da colação, dispõe o artigo 2.002 do mesmo diploma²⁸ que “os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”, no parágrafo único estabelece que “para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível”.

Daí surge a dúvida: como se calcula o valor dos bens sujeitos à colação? Seria o valor dos bens declarado à época da doação, corrigido, ou à época da abertura da sucessão?

O presente estudo pretende justamente analisar maneiras de compatibilização dos dispositivos que cuidam do valor do bem levado à colação, sem, contudo, afastar por completo a aplicabilidade de qualquer deles.

3. O VALOR DO BEM LEVADO À COLAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM CONTRAPONTO AO DISPOSTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.



Sobre o tema “valor do bem levado à colação” existe tratamento divergente no Código Civil Brasileiro e no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, cuja literalidade restou reproduzida no novo Código de Processo Civil de 2015 nesse ponto.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, no parágrafo único do artigo 1.014²⁹ prevê o valor do bem levado à colação como sendo aquele ao tempo da abertura da sucessão.

Com a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002 houve a modificação da disciplina sobre o tema, porquanto em seu artigo 2.004³⁰ há a estipulação de que o valor do bem levado à colação será o atribuído pelo ato de liberalidade.

Contudo, o novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, no parágrafo único do artigo 639³¹, mantém a regra já existente no código de ritos anterior, a indicar a vontade legislativa de determinar o valor do bem levado à colação como aquele aferido ao tempo da abertura da sucessão.

Diante da antinomia evidente, apontou-se na doutrina que seria possível visualizar situações distintas em que os bens levados à colação podem se encontrar, a ensejar a compatibilização entre os apontados dispositivos legais e a proteção conferida à legítima pela ordem jurídica, tudo em conformidade com os ditames da Constituição Federal.

Certamente, o caso concreto é que irá mostrar o desequilíbrio na legítima quando da adoção de um ou outro critério existente na legislação brasileira, sendo certo que a simples aplicação dos critérios para solução de antinomias aparentes não se mostra satisfatória à efetiva proteção da legítima pretendida pelo instituto da colação.

²⁹ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

³⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

³¹ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.



4. MEIOS DE SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS APARENTES. A NECESSIDADE DE SE APLICAR A TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AO ARTIGO 2004 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A doutrina³² aponta três critérios tradicionais para a resolução de antinomias aparentes: hierárquico, cronológico e de especialidade.

O critério hierárquico apoia-se na superioridade de uma fonte jurídica sobre a outra. Não sendo possível a solução do conflito aparente das normas pelo critério hierárquico, utiliza-se, então, o critério cronológico, o qual estabelece que a norma posterior revoga a norma anterior. O terceiro critério para solucionar antinomias aparentes é o da especialidade, o qual dispõe que lei específica que venha regular o tema terá precedência em relação à lei geral.

No caso do valor conferido ao bem levado à colação, no entanto, tais critérios não se mostram suficientes para dirimir o conflito existente entre as normas objeto de estudo.

Em que pesem as alterações advindas com o Código Civil de 2002 e o novo Código de Processo Civil, verifica-se que persiste a incongruência na aferição do valor do bem levado à colação.

Nesse diapasão, tem-se que inexistente hierarquia entre o Código Civil e o Código de Processo Civil, porquanto são leis ordinárias. Por outro lado, a simples utilização do critério temporal para solução de antinomias aparentes traria insegurança jurídica, havendo alternância de períodos em que se aplicaria o Código de Processo Civil de 1973, depois o Código de Processo Civil 2002 e em seguida o Código de Processo Civil de 2015, a depender do tempo do falecimento do doador. O critério da especialidade tampouco auxilia na fixação da norma

³² DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26.

aplicável, porquanto a determinação contida nos dispositivos possui natureza mista, envolvendo direito processual e material.

Arnaldo Rizzardo³³, ao analisar o tema, aponta posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, entendendo que a avaliação para se definir o valor do bem levado à colação deveria ser aquela ao tempo da abertura da sucessão, sendo os valores corrigidos desde então.

Realizando-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, no entanto, percebe-se que a solução de um conflito aparente de normas pode igualmente comportar uma compatibilização, sem a exclusão total de um dispositivo em prejuízo de outro.

Nesse contexto, objetivando a compatibilização dos dispositivos, a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal sob os auspícios do STJ, aprovou o Enunciado nº 119³⁴ que dispõe:

Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do caput do 2004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do artigo 1014, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constitui, ou seja, na data do óbito (Resultado da interpretação sistemática do CC 2003 e §§, juntamente com o CC 1832 e 844).

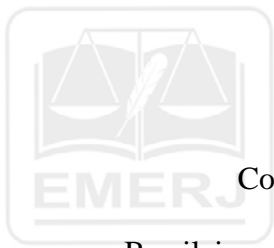
De fato, na dinâmica estabelecida pelo ordenamento jurídico atual mostra-se mais adequada a interpretação dada ao tema pelo referido enunciado, que possibilita a coexistência das normas, limitando-lhes a aplicação a situações jurídicas diferentes.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se, portanto, pela necessidade de aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição ao artigo 2004 do Código Civil Brasileiro.

³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p.640.

³⁴ BRASIL. I Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 27 maio 2016.



Como resultado da interpretação sistemática do artigo 2.003 e §§ do Código Civil Brasileiro, juntamente com os artigos 1.832 e 844 do mesmo diploma, para evitar o enriquecimento sem causa, a colação deverá ser efetuada com base no valor da época da doação exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando essa se constitui, ou seja, na data do óbito.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. 4. ed. v. 2. São Paulo: Brasiliense, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Edunisinos, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

_____. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. I Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão n. 9190203-19.2007.8.26.0000. Relator Desembargador Antônio Marcelo Cunzolo Rimola. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2701124&cdForo=0&v1Captcha=bFHQU>. Acesso em: 08 mar. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Conflito de Normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



FARIAS, José Frenando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito das Sucessões. Instituições de direito civil*. 6. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RENNER, Karl. *The institutions of private law*. London: Karl Mannheim, 1949.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Traduzida para o espanhol por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 6. ed. v. 6. São Paulo: Método, 2013.

_____. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659: O PODER JUDICIÁRIO TEM LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA DESCRIMINALIZAR O PORTE DE DROGAS?

Thiago Viana Mothé

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogado.

Resumo: O Neoconstitucionalismo proporcionou um grande fortalecimento institucional do Poder Judiciário. Não por acaso, constata-se atualmente o fenômeno da Judicialização da Política. No Brasil, não é diferente. O STF passou a ser a principal arena decisória para os temas mais importantes do País. Tal fato pode ser constatado no Recurso Extraordinário n. 635.659, em que o citado Tribunal terá a oportunidade de se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343. Em última análise, o STF poderá descriminalizar o porte de drogas para consumo próprio. A essência do trabalho é abordar tais fenômenos, bem como analisar a legitimação democrática do Poder Judiciário na jurisdição constitucional, especificamente no caso do RE em comento.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Judicialização da Política. RE n. 635.659

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno do Neoconstitucionalismo. 2. A Judicialização da Política e a legitimidade do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. 3. O Recurso Extraordinário n. 635.659 e a defesa de direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o fenômeno da judicialização da política, mormente a questão da legitimidade do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Tal análise terá como pano de fundo o RE n. 635.659, no qual o STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, que dispõe sobre o porte de drogas para consumo próprio.

Inicialmente, não se pode olvidar que o Estado e o Direito, especialmente o ramo do Direito Constitucional, passaram por mudanças profundas a partir da II Guerra Mundial. Esse



conjunto de transformações, que a doutrina conceitua como Neoconstitucionalismo, proporcionou uma crescente constitucionalização do direito. Além disso, O Poder Judiciário foi elevado a um papel de destaque dentro desse novo modelo de Supremacia da Constituição, cabendo a tal Poder ser o seu principal intérprete. Dessa forma, a combinação desses e de outros fatores levou a uma inevitável judicialização da política.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito tem como principal marco a promulgação da Carta Magna de 1988. Além de extremamente prolixa, a citada Constituição tratou, em maior ou menor medida, dos principais temas dos ramos de direito infraconstitucional. Tal fenômeno, naturalmente, acabou servindo como limite à atuação do legislador ordinário. Assim, o Poder Judiciário, cada vez mais, é provocado a se manifestar sobre a compatibilidade entre a atuação, e mesmo a omissão, do legislador e a Constituição.

É nesse contexto que o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio, tem se transformado na principal arena decisória para os temas mais importantes do País. Ocorre que, muitas das vezes, essas decisões exigem não apenas valorações jurídicas, mas, sobretudo, valorações políticas. Ocorre que, como é sabido, o Poder Judiciário não é um órgão representativo. Por conta disso, poderia faltar-lhe legitimidade democrática para tanto.

Tais questões podem ser perfeitamente identificadas no Recurso Extraordinário n. 635659, no qual o STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06. Em última análise, caberá ao Poder Judiciário decidir se o porte de drogas para consumo próprio pode ou não ser um tipo penal.

Assim, o trabalho enfoca a função exercida pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, bem como analisa a legitimidade democrática de tal Poder no exercício da jurisdição constitucional, uma vez que as principais decisões sobre os temas mais importantes do País têm ocorrido no STF, e não no Parlamento.

Inicia-se o primeiro capítulo com uma breve análise sobre o neoconstitucionalismo, de modo a se destacar a ascensão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. No caso específico do Brasil, busca-se entender como o STF passou a ser a principal arena decisória do País, sendo provocado a decidir sobre os temas mais emblemáticos nos diversos ramos do Direito, como ocorre no caso do RE n. 635.659.

O segundo capítulo analisa especificamente o fenômeno da judicialização da política e da legitimidade democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, passando-se, necessariamente, pela “dificuldade contramajoritária”. Tal análise será feita a partir da matriz teórica pós-positivista, mais especificamente da sua corrente substancialista, pautada nas lições de Ronald Dworkin, de modo a afastar, em tese, a violação do princípio democrático.

Por fim, no terceiro capítulo, faz-se um estudo mais detalhado sobre o RE n. 635.659 e uma possível invasão, por parte do STF, na discricionariedade dos agentes eletivos em escolher uma determinada política criminal. Busca-se demonstrar que não há qualquer excesso do STF, pois age no exercício do seu papel contramajoritário, objetivando assegurar a supremacia da Constituição, e conseqüentemente a tutela dos direitos fundamentais, sobretudo da vida privada e da igualdade.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Direito Constitucional e o Estado passaram por um conjunto amplo de transformações a partir da segunda metade do Século XX, o que deu origem ao neoconstitucionalismo.



Em meio a tais transformações, é possível se assinalar um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico, segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹.

Como marco histórico, o citado autor identifica o surgimento do Estado constitucional de direito. O fim da II Guerra Mundial e a reconstrução dos países da Europa continental, sobretudo dos que tiveram experiências com regimes totalitários, permitiram uma redefinição do papel da Constituição e da importância do Direito Constitucional sobre as instituições, de modo aproximar as ideias de constitucionalismo e de democracia, o que possibilitou essa nova forma de organização política. Nesse sentido, é de suma importância Lei Fundamental de Bonn (1949) e a Constituição da Itália (1947). No Brasil, a construção desse novo paradigma constitucional ocorreu com a promulgação da Carta de 1988.

Como marco filosófico, é apontada a construção do pós-positivismo, como forma de superação dos modelos de pensamentos existentes até então: o jusnaturalismo e, principalmente, o positivismo. Não custa lembrar que o último, na sua forma pura, tinha a pretensão de criar uma ciência jurídica, que, enquanto tal, deveria buscar a objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica². Isso levou a um inevitável afastamento entre o Direito e a Moral. Contudo, diante das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários sob o manto da legalidade, o fim da II Guerra representou não apenas a derrota de tais regimes como também a decadência do positivismo, pelo menos na sua forma pura. É justamente nesse contexto que surge o pós-positivismo, como uma reaproximação entre o Direito e a Moral, sem perder de vista, porém, a busca por clareza, certeza e objetividade, conquistas essas alcançadas com positivismo jurídico.

Por fim, o citado autor identifica como o marco teórico a construção de um novo paradigma na órbita do Direito Constitucional. Nesse sentido, são citadas 3 mudanças

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-dodireito#ixzz2Z8GOCD6J>>. Acesso em: 18 out. 2015.

² Id. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.



fundamentais: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição – a Constituição deixa de ser um documento essencialmente político e passa a ser dotada de imperatividade, de modo que a sua inobservância se torna passível de mecanismos de cumprimento forçado, sendo reconhecido papel substancial ao Poder Judiciário na sua efetivação; (ii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional – nesse sentido, destaca-se o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais; e (iii) *a expansão da jurisdição constitucional* – esse último item será analisado em separado, dada a sua importância para o presente trabalho.

Prevalencia na maior parte da Europa, até meados do séc. XX, o modelo de supremacia do Poder Legislativo. Contudo, ele foi superado pelo da Supremacia da Constituição, inspirado na experiência norte-americana. Buscou-se, então, a constitucionalização dos direitos fundamentais, de modo que estes ficavam imunes a eventuais ações danosas do processo político majoritário, cabendo a sua proteção ao Poder Judiciário. Como consequência, diversos países europeus passaram a adotar mecanismos de controle de constitucionalidade, associados à criação de tribunais constitucionais. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão (1951) e da Corte Constitucional italiana (1956).

No Brasil, a jurisdição constitucional só se expandiu efetivamente com a promulgação da Constituição de 1988, em que pese o controle de constitucionalidade incidental existir desde a Constituição de 1891 e a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), desde a EC n. 16 de 1965. Tal expansão ocorreu, principalmente, em decorrência da ampliação do rol de legitimados para propor a já existente ADI – que antes era monopólio do Procurador Geral da República – e pela criação de novos mecanismos de controle



concentrado, como é o caso da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Esse conjunto de transformações pelos quais o Estado e o Direito Constitucional passaram nos últimos tempos resultou numa profunda constitucionalização do Direito.

Tem-se como marco inicial do citado fenômeno da constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Isso porque o Tribunal Constitucional do referido País assentou, sob a égide da Lei Fundamental de 1949, que os direitos fundamentais desempenham tanto uma dimensão subjetiva - proteção de situações individuais - quanto uma dimensão objetiva – instituição de uma ordem objetiva de valores. É justamente essa segunda dimensão que permite a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito³. Com base nisso, o citado Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira revolução, pois passou a reinterpretar os outros ramos do Direito a partir dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico pátrio, o fenômeno da constitucionalização do Direito iniciou-se com o advento da Carta Magna de 1988. Por ser extremamente analítica, os ramos do direito infraconstitucional, em maior ou menor medida, tiveram os seus principais temas tratados diretamente nela, de modo a ocorrer a constitucionalização das fontes do Direito. Naturalmente, isso acabou limitando a atuação do legislador ordinário e a hermenêutica realizada pelo Poder Judiciário sobre esses temas.

Dessa forma, a partir de 1988, a Constituição passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando de supremacia formal e material, o que permitiu irradiar a sua força normativa sobre os demais ramos do direito, que passaram – e ainda passam - por um processo de filtragem constitucional. Assim, a Constituição funciona tanto como parâmetro de

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.371.



validade quanto como vetor de interpretação todas as normas do sistema. Nesse sentido, é precisa a lição de Barroso⁴:

Neste ambiente, a constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Assim, a concretização da supremacia formal e material da constituição ocorre por meio da jurisdição constitucional, que, no Brasil, pode ser exercida, de forma difusa, por juízes e tribunais, e de forma concentrada, pelo STF. Em outras palavras, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição.

Dessa forma, todas essas mudanças pelas quais o Estado e o Direito Constitucional passaram permitem entender a ascensão do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito. É nesse contexto que, no Brasil, o STF passou a ser a principal arena decisória para os temas mais relevantes, razão pela qual muitos autores falam em uma judicialização da política, que será melhor estudada em seguida.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A judicialização da política é um fenômeno de escala mundial, decorrente da combinação entre as tradições constitucionais e os arranjos políticos de cada país. Tal expressão passou a ser adotada após a publicação, em 1995, da obra “*The global expansion of judicial Power*”, de autoria de Tate e Vallinder.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.



Segundo Patrícia Carvalho Ribeiro⁵, os supracitados autores definem a judicialização da política como os efeitos da expansão do poder judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Isso pode acontecer de duas formas: a) quando há uma propagação do procedimento adotado pelo Poder Judiciário para o Legislativo e para o Executivo; ou b) quando há uma transferência de direito da tomada de decisão desses para aquele. Nesse trabalho, será dado maior enfoque nessa última vertente.

Dito isso, é importante analisar, ainda que resumidamente, os fatores que fomentaram a judicialização da política, sobretudo no Brasil. Nesse ponto, Luís Roberto Barroso⁶ indica três fatores principais: i) Constitucionalização do direito; ii) Aumento de demanda por justiça; e iii) Ascensão institucional do Poder judiciário.

A constitucionalização do direito, como visto, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico, que ocorre por meio da jurisdição constitucional, abrangendo a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição.

O aumento na demanda por justiça, ainda segundo o citado autor, decorre de uma série de circunstâncias criadas ou alargadas pela Constituição de 1988. Dentre elas, destacam-se: i) o fato de a jurisdição constitucional ser exercida de maneira ampla por meio do controle difuso – desde um juiz de primeiro grau até o STF podem exercê-la –; além de o rol de dos sujeitos legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ter sido estendido a novos atores políticos e sociais (art. 103/CRFB); ii) a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*, por parte de organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse, em casos de interesses supralegais; bem como a possibilidade de realização de audiências

⁵ RIBEIRO, Patrícia Carvalho. *Judicialização da Política: estudos de casos*, p. 16. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-posgraduacao/arquivos/publicacoes/banco-de-monografias/ip-2a-edicao/PatriciaCarvalhoRibeiro.pdf>. Acesso em 24/03/2016.

⁶ BARROSO, op. cit., 2009, p. 382.



públicas; e iii) a redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos, bem como a ampliação desses direitos.

A ascensão do Poder Judiciário já foi analisada no capítulo anterior, para onde se remete ao leitor, com a finalidade de se evitar a repetição.

Analisado, portanto, o fenômeno da judicialização da política – entendida como expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, que ocorre principalmente através da transferência de direitos da tomada de decisão do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o âmbito de atuação dos juízes e tribunais - e os fatores que a fomentaram, faz-se necessário o estudo da legitimação democrática desse último Poder no exercício da jurisdição constitucional.

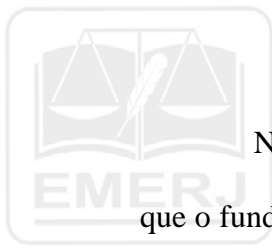
Em outras palavras, é relevante a análise da dificuldade contramajoritária. Ou seja, até que ponto um juiz ou corpo de juízes, cuja investidura não decorreu do voto popular, teria legitimidade para anular leis elaboradas pelos representantes do povo?

Esse é um dos pontos mais polêmicos sobre o tema, tendo sido abordado pelas principais matizes ideológicas do pensamento jurídico moderno: jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas⁷. Contudo, nesse trabalho, será abordada apenas a última matiz e, mais especificamente, a sua vertente substancialista, com base na obra de Ronald Dworkin⁸.

Em linhas gerais, para os expoentes da corrente que ficou designada como substancialista, a Constituição, ao adotar valores/princípios reputados relevantes para uma determinada sociedade, retira-os do âmbito decisório popular. Assim, cabe à jurisdição constitucional zelar pela primazia da Constituição, que abriga tais valores superiores e fundamentais, inclusive, contra o arbítrio das maiorias políticas temporárias.

⁷ Para maior aprofundamento no tema, ver BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁸ DWORKIN apud BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 84-90.



No caso específico de Ronald Dworkin⁹, em apertada síntese, o citado autor entende que o fundamento metapositivo do Direito localiza-se no seio da “comunidade de princípios”, onde os seus membros aceitam que são governados por princípios comuns. Tais princípios até podem ser incorporados por normas jurídicas, através de um processo legislativo chancelado socialmente, mas transcendem a qualquer normatização. Com tal construção, Dworkin criou um “modelo instituinte de direitos (*rights model*), fundados em princípios morais transcendentais e aferidos através da legislação e dos precedentes judiciais – e não decorrentes desses”¹⁰.

Como se pode constatar, a partir de tal construção, Dworkin reconhece os princípios como fonte do Direito, colocando-os ao lado das regras. Essa é, inclusive, uma das mais significativas contribuições do autor para o novo paradigma experimentado pelo direito constitucional contemporâneo.

Outrossim, a noção de princípio é de suma importância para a legitimação da jurisdição constitucional em face de decisões de maioria legislativa. Isto porque Dworkin¹¹ diferencia os argumentos que fundamentam as decisões envolvendo os princípios dos que fundamentam as decisões políticas. Neste sentido, os primeiros estão baseados na tutela de direitos, estando umbilicalmente ligados à pessoa, na sua individualidade; ao passo que os segundos estão baseados no objetivo ou no resultado, uma vez que as políticas são metas ou diretrizes buscadas pelo governo visando à coletividade. Portanto, os direitos morais devem ser assegurados ainda que em face de finalidades desejadas pela maioria.

Deste modo, para Dworkin¹², tanto a jurisdição constitucional quanto os corpos legislativos têm o papel de promover a democracia, embora os enfoques sejam distintos. De um lado, têm-se os princípios, que ficam imunes à vontade da maioria por serem, justamente,

⁹ DWORKIN apud BINENBOJM, op. cit., p. 84-86.

¹⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 84.

¹¹ DWORKIN apud BINENBOJM, op. cit., p. 86.

¹² Ibid., p. 87.

os imperativos morais da comunidade, recebendo status de direitos fundamentais. De outro lado, estão questões eminentemente políticas, que buscam atender as preferências majoritárias de uma comunidade, desde que estas não afrontem direitos fundamentais. São esclarecedoras as palavras de Binjenbojm¹³:

Assim, as funções da jurisdição constitucional e dos corpos legislativos são concebidas como processos de desenvolvimento da democracia, tendo cada qual um âmbito de atuação e uma racionalidade próprios. As questões de princípios são matérias insensíveis à escolha ou à preferência da população (*choice-insensitive or preference-insensitive*), sendo, antes, imperativos morais da própria comunidade, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas. Já as questões de política são, por sua natureza, matérias sensíveis à escolha ou à preferência da população (*choice-sensitive or preference-sensitive*), de vez que importam em fins coletivos a serem alcançados pela comunidade, sem relação direta ou comprometimento de direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais são direitos morais que devem ser reconhecidos dentro de uma comunidade política, cujos integrantes devem ser tratados com igual respeito e consideração, sendo o principal atributo do Estado de Direito, justamente, o ideal de igualdade. Dessa forma, uma comunidade tida como democrática não só admite como pressupõe a existência de mecanismos contramajoritários, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política. É daí que ele extrai a legitimação democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.659/SP

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659¹⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006¹⁵, referente ao porte de drogas para uso

¹³ BINENBOJM, op. cit., p. 87.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 635659. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.



próprio. Em breve síntese, o dispositivo é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, previstas no art. 5º, X, CRFB/88 e, como afirma Gilmar Mendes, o recurso se funda, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

O julgamento ainda não foi concluído, em razão do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki; no entanto, o que se percebe é uma tendência da Suprema Corte em descriminalizar o porte de maconha para consumo pessoal, utilizando como fundamento primordial o direito de cada indivíduo escolher os rumos de sua própria vida, preservando-se as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Dessa forma, de acordo com o entendimento que vem sendo firmado, ainda que o Estado tenha o papel de garantir direitos e de proteger a sociedade de distúrbios capazes de revolver a estabilidade social, não caberia a ele intervir na vida privada dos indivíduos, onde se enquadraria o consumo de drogas.

Sem adentrar no mérito da decisão, fato é que, caso esse entendimento realmente saia vencedor, o STF descriminalizará uma conduta que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes eleitos democraticamente para tanto, decidiu tipificar como crime. Poderia surgir, portanto, dúvida acerca da legitimação democrática do STF em tal decisão, já que, como é sabido, os seus Ministros não são eleitos pelo povo. Em última análise, o caso versa sobre a própria legitimação democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

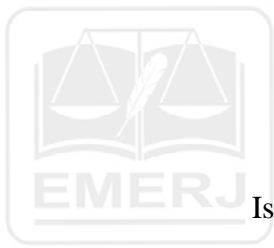
Como visto, diversas matizes do Direito Constitucional contemporâneo discorrem sobre a dificuldade contramajoritária. Contudo, dá-se enfoque, nesse trabalho, à corrente substancialista, que se insere no pós-positivismo.

De acordo com tal corrente, a Constituição, ao adotar valores/princípios reputados relevantes para uma determinada sociedade, retira-os do âmbito decisório popular. Assim, cabe à jurisdição constitucional zelar pela primazia da Constituição, que abriga valores superiores e fundamentais, inclusive, contra o arbítrio das maiorias políticas temporárias.

Dworkin, que é um dos autores tidos como substancialistas, ao elevar os princípios ao status de fonte do direito, ao lado das normas, contribuiu de maneira significativa para o tema. Isso porque, para ele, os argumentos que fundamentam as decisões envolvendo princípios distinguem-se dos empregados nas decisões políticas, já que os primeiros estão umbilicalmente ligados à pessoa, na sua individualidade; ao passo que os últimos estão baseados no objetivo ou no resultado, uma vez que as políticas são metas ou diretrizes buscadas pelo governo visando à coletividade. Assim, conclui o citado autor que os princípios devem ficar imunes à vontade da maioria, pois são os imperativos morais da comunidade, recebendo o status de direitos fundamentais.

Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, como guardião e principal interprete da Constituição, não apenas tutelar mas também conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais. É justamente dessa construção teórico-filosófica que é extraída a legitimação democrática do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo quando desenvolve a função contramajoritária.

No caso do RE n. 635.659/SP, em que pese o art. 28 da Lei 11.343/06 ter sido editado pelos representantes do povo e, por conseguinte, exprimir a vontade da maioria da sociedade em criminalizar o uso de drogas para consumo próprio, tal dispositivo parece violar os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, previstas no art. 5º, X, CRFB/88. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, assegurar tais direitos fundamentais contra a vontade de eventuais maiorias.



Isso porque, a partir da obra de Dworkin, como visto, os direitos fundamentais são direitos morais que devem ser reconhecidos dentro de uma comunidade política, cujos integrantes devem ser tratados com igual respeito e consideração, sendo o principal atributo do Estado de Direito justamente o ideal de igualdade. Dessa forma, uma comunidade tida como democrática não só admite como pressupõe a existência de mecanismos contramajoritários, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política.

CONCLUSÃO

Caso o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, entenda que o art. 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional ao criminalizar o porte de maconha para consumo próprio - sob o fundamento de violação aos direitos fundamentais da intimidade e da vida privada ou faça uma interpretação conforme do citado dispositivo - ; não lhe faltará legitimidade democrática para tanto e, portanto, não haverá qualquer violação ao princípio democrático.

Isso porque, como visto, o Estado e o Direito passaram por profundas mudanças a partir da segunda metade do Século passado, muito influenciadas pelas barbáries que foram cometidas pelos regimes totalitários durante a II Guerra Mundial, sob o manto da legalidade. Houve uma redefinição do papel da Constituição nos ordenamentos jurídicos e da importância do Direito sobre as instituições, dando origem ao Neoconstitucionalismo e ao Estado Constitucional de Direito.

Não se pode olvidar que o Neoconstitucionalismo, por sua vez, levou a uma inevitável constitucionalização do Direito, pois a Constituição passou a abarcar matérias afetas a outros ramos do Direito, havendo um efeito expansivo das suas normas, cujo

conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Isso gerou a necessidade de uma reinterpretação dos principais institutos infraconstitucionais sob uma ótica constitucional. Ademais, a Constituição passou a ser um verdadeiro limite à atuação do legislador ordinário, e, como na reestruturação do novo modelo de Estado, coube ao Poder Judiciário interpretar de forma definitiva a Carta Maior, houve uma inevitável judicialização da política.

Foi visto que, para legitimar tal atuação do Poder Judiciário, foi necessário superar a dificuldade contramajoritária. Para tanto, diversas matizes teóricas apresentaram os seus fundamentos. Analisou-se, no presente trabalho, a matiz pós-positivista, mais especificamente a sua corrente substancialista, segundo a qual, de modo geral, a Constituição, ao adotar valores/princípios reputados relevantes para uma determinada sociedade, retira-os do âmbito decisório popular. Assim, cabe à jurisdição constitucional zelar pela primazia da Constituição, que abriga valores superiores e fundamentais, inclusive, contra o arbítrio das maiorias políticas temporárias.

Constatou-se que, para Ronald Dworkin, os princípios - valores morais de uma determinada comunidade – são o fundamento metapositivo do Direito, sendo uma das suas fontes, ao lado das regras. Tais princípios, portanto, são transcendentais e podem ser aferidos através da legislação e dos precedentes judiciais. Ademais, destacou-se que, para o citado autor, os argumentos que fundamentam as decisões envolvendo princípios são umbilicalmente ligados à pessoa, na sua individualidade; ao passo que os que fundamentam decisões políticas são baseados no objetivo ou no resultado, uma vez que as políticas são metas ou diretrizes buscadas pelo governo visando à coletividade. Assim, os princípios devem ficar imunes à vontade da maioria, pois são os imperativos morais da comunidade, recebendo o status de direitos fundamentais. Só é possível falar em democracia onde os cidadãos sejam



considerados como agentes morais autônomos, sendo tratados com igualdade de respeito e consideração e isso só é possível quando lhes são os direitos fundamentais.

Portanto, em que pese a Lei n. 11.343/06 ter sido editada pelo Poder Legislativo e, em última análise, representar a vontade da maioria; não haverá qualquer violação ao princípio democrático, de acordo com a corrente substancialista, se o Poder Judiciário se valer da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição, ou mesmo se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em análise.

Isso porque o respeito à intimidade e à vida privada são valores morais da nossa comunidade política, inclusive tendo sido incorporados expressamente pela CRFB/88, no seu art. 5º, inciso X. Portanto, cabe ao Poder Judiciário zelar pela primazia da Constituição, tutelando tais valores morais, inclusive contra o arbítrio das maiorias temporárias.

Por fim, destaca-se que, com o advento do Estado Constitucional de direito, a democracia não é caracterizada apenas o governo da maioria, mas também pelo respeito aos direitos fundamentais. Portanto, ao invés de representar ameaças às sociedades democráticas, os mecanismos contramajoritários são pressupostos delas.

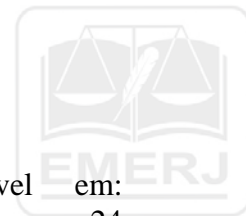
REFERÊNCIA

BARROSO, LuísRoberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-dodireito#ixzz2Z8GOCD6J>>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.



_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 635659. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar.

DWORKIN apud BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

RIBEIRO, Patrícia Carvalho. *Judicialização da Política: estudos de casos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/edulegislativa/educacao-legislativa-/pos-graduacao/arquivos/publicacoes/banco-de-monografias/ip-2a-edicao/PatriciaCarvalhoRibeiro.Pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



A NECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Vinícius Ribeiro de Carvalho dos Santos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá de Campos dos Goytacazes. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Resumo: A reforma do Código de Processo Penal em 2011 trouxe alguns benefícios ao acusado, entre os quais, ser o interrogatório o último ato processual. Ocorre que o juiz sentenciante, na maioria das vezes, apenas terá o primeiro contato com o acusado no fim do processo. E, assim, diante da morosidade processual, é possível que, tendo o acusado sido preso em flagrante, permaneça ele preso durante meses ou anos. Assim, apesar das inúmeras vantagens trazidas pela Reforma de 2011, há um sacrifício à liberdade pessoal do indivíduo, o que viola frontalmente sua dignidade e o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Afinal, sendo o acusado considerado culpado apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, seu encarceramento deve ser decretado em medida de extrema necessidade. Caso contrário, ter-se-ia uma antecipação da pena, o que viola de forma covarde a Constituição Federal e o sistema processual penal pátrio. Como solução a esta lacuna, faz-se necessária realização da audiência de custódia, a qual será marcada imediatamente após a prisão em flagrante a fim de que o juiz analise se, de fato, a prisão é necessária, cumprindo, assim, a teleologia da sistemática processual penal. O tema do trabalho é fazer uma abordagem sobre a audiência de custódia, que é a solução para esta carência processual.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sistema cautelar. Audiência de Custódia. Princípio da presunção de inocência.

Sumário: Introdução. 1. A prisão cautelar e o sistema processual penal brasileiro. 2. A necessidade da audiência de custódia. 3. Consequências e prejuízos decorrentes de prisões desnecessárias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo analisar, diante do sistema processual penal brasileiro, a necessidade da audiência de custódia, que é a condução do preso, sem demora, à presença do juiz competente para julgar a ação penal na qual figura como sujeito passivo, de modo a se estabelecer um controle imediato de



legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido.

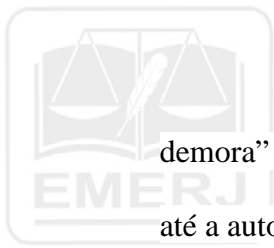
Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o sistema processual penal está em consonância com o Processo Penal Constitucional, isto é, com as normas constitucionais aplicáveis ao Processo Penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu rol de direitos e garantias fundamentais o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, artigo 5º, inciso LVII. Em decorrência desse princípio firmou-se o entendimento de que a prisão é a *ultima ratio*, de modo que deve ela ser decretada apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ressalvados os casos de extrema necessidade e expressamente previstos no Código de Processo Penal.

Entretanto, conforme as normas contidas no Código de Processo Penal, o interrogatório do acusado é o último ato da instrução processual. E com isso, surge uma situação indesejada, que é a possibilidade de o réu preso em flagrante levar vários meses, ou até mesmo anos, para ter contato com o juiz, e, muitas das vezes, apenas nesse contato é que o juiz verificará se a prisão era realmente necessária. E situações como esta, dão azo à decretação de prisões desnecessárias.

No primeiro capítulo aborda-se as lacunas existentes no diploma processual penal brasileiro e sua incompatibilidade com os direitos e garantias constitucionais, demonstra-se a ineficiência do sistema processual penal e aponta-se a necessidade da audiência de custódia.

Segue-se a ponderar, no segundo capítulo, que a audiência de custódia não apenas mostra-se necessária à ideia de Processo Penal Constitucional como também coaduna-se à Corte Americana de Direitos Humanos, que utiliza a expressão “sem



demora” para se referir ao aspecto temporal entre a captura do preso e a sua condução até a autoridade judicial.

O terceiro capítulo destina-se a examinar as consequências desastrosas e prejuízos para o Estado decorrentes da decretação de prisões cautelares despidas de necessidade.

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

1. A PRISÃO CAUTELAR E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O direito à liberdade é um dos mais relevantes ao regime democrático brasileiro.

Tal direito está intimamente ligado ao direito à vida. Afinal, a vida, na verdade, tem como pressuposto a fruição de todo e qualquer direito.

Em se tratando de um direito fundamental e de extrema importância, é necessário que tal direito seja corretamente tutelado.

Por isso, a Carta Política da República Federativa do Brasil, maior garantidora de direitos e garantias do cidadão, prevê que a prisão de qualquer pessoa será “imediatamente” comunicada à autoridade judiciária responsável por sua preservação ou pela liberação do preso¹.

¹ BRASIL, Constituição Federativa do Brasil. *Vademecum Saraiva*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Art. 5º, LXII.

Também com o objetivo de tutelar a liberdade do indivíduo, o ordenamento jurídico dispõe que, em regra, apenas será decretada prisão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, a regra é a liberdade, e a prisão cautelar figura como exceção diante de todo o sistema processual penal brasileiro, isso porque a presunção de inocência, consagrada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, apresenta-se como o princípio reitor de todo o processo penal².

Em decorrência de uma aplicação do princípio ao caso concreto, é possível que se estabeleça uma situação de impunidade em benefício de um culpado. Todavia, mesmo diante dessa possibilidade, é preciso que se garanta proteção a todos os inocentes³.

O princípio em análise envolve uma efetiva proteção em favor de todos os inocentes, pois é sabido que uma prisão cautelar decretada de maneira injusta e desnecessária pode provocar prejuízos.

Assim, deve ser protegido o réu de modo que se evite uma condenação precoce em seu desfavor.

Diante desse quadro, há que se dizer que o princípio é fruto de uma evolução civilizatória e surge como limitador à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial⁴.

É importante, ainda, frisar que o princípio envolve não só o aspecto externo, pelo qual deve ser evitada uma condenação precoce em face do réu, que é presumidamente inocente, mas envolve também uma dimensão interna.

A dimensão interna refere-se ao dever de tratamento processual oferecido ao réu. Em decorrência da aplicação interna desse princípio a prova a ser produzida no

² Ibid., art 5º, LVII.

³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

⁴ Ibid., p.809.



processo é ônus do acusador. Afinal, o réu não precisa provar nada uma vez que é presumidamente inocente⁵. E ainda, havendo dúvida, o caminho deve ser a absolvição, pois o processo penal envolve um dos maiores direitos que o homem possui, qual seja, a liberdade, e o decreto condenatório deve ser expedido com base num escorço probatório sólido, não sendo razoável que seja ele firmado em meras conjecturas ou suposições.

É importante destacar que, em decorrência do princípio alhures apontado, a prisão é a *ultima ratio* e, em regra, só deve ser imposta após a prolação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, momento a partir da qual será o réu considerado culpado.

Diante desse quadro, a prisão cautelar figura como medida excepcional e sua decretação está condicionada aos requisitos previstos pelo Código de Processo Penal.

Não se pode deixar de observar que a decretação da prisão cautelar tem como fundamento o *periculum in libertatis*, o que significa dizer que apenas será decretada se a liberdade do indivíduo demonstrar-se como um risco ou perigo à paz social.

Reforça-se esta dimensão protetiva ao indivíduo com o advento da Lei 12.403/2011, que passou a prever medidas cautelares a serem impostas ao réu⁶.

Até o advento da referida lei, o sistema cautelar brasileiro era, morfológicamente, bastante pobre, resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. E com a sua vigência, as medidas cautelares figuraram como uma medida razoável entre dois extremos, a prisão e a liberdade provisória⁷.

Assim, torna-se possível a imposição de algumas medidas as quais que tutelam o interesse processual-probatório sem, contudo, restringir a liberdade pessoal do sujeito passivo da relação jurídica processual penal.

⁵ Ibid., p.809.

⁶ BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁷ LOPES JR, Aury. op. cit., p. 812.



Ao se falar em Reforma no âmbito do Processo Penal, não se pode deixar de mencionar a Lei 11.689/2008. Tal lei mudou substancialmente o procedimento do processo penal de modo que o interrogatório do acusado, que antes era o primeiro ato da instrução processual, passou a ser o último. .

Essa alteração foi de grande benefício para o réu, haja vista que, sendo seu interrogatório o último ato, será realizado após ele ter conhecimento de toda a instrução podendo, assim, exercer melhor seu direito à ampla defesa.

Todavia, não se pode olvidar que, apesar da notória vantagem, tal disposição provocou também um imenso sacrifício à liberdade pessoal do réu.

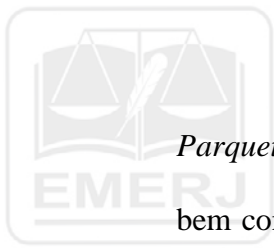
Afinal, antes, o interrogatório como o primeiro ato da instrução criminal reunia de imediato um encontro pessoal entre o juiz e o réu de modo que, após ouvi-lo, o juiz poderia conceder em seu favor a liberdade provisória mediante a obrigação de comparecer a todos os atos processuais.

Agora, porém, diante da nova sistemática vigente desde 2008, uma situação indesejada e muito frequente é aquela na qual o réu fica preso preventivamente durante meses (ou anos) para só então ter apresentar-se ao juiz. Esta hipótese, sem dúvidas, diminui as chances da concessão da liberdade em favor do indivíduo, que cumprirá uma prisão muitas das vezes desnecessária⁸.

Com o objetivo de combater situações ilegais e inconstitucionais como essas e dar efetividade ao princípio da presunção de inocência é que surge a audiência de custódia.

A palavra custódia relaciona-se à ideia de proteção e guarda. A audiência de custódia, portanto, tem por objetivo promover a condução do preso em flagrante à presença da autoridade judicial que, mediante oitiva do membro representante do

⁸ LOPES JR, Aury. *AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: PRECISAMOS DELA, COM URGÊNCIA!!*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/528028607284134>> . Acesso em: 11 mar. 2016



Parquet e da Defesa, analisará no caso concreto a legalidade e necessidade da prisão, bem como questões relativas à pessoa do preso, tais como a presença de maus tratos e tortura⁹.

Assim, com esse controle feito pelo Judiciário, evitar-se-iam prisões ilegais, arbitrárias ou, por qualquer motivo, desnecessárias, uma das mais relevantes finalidades da audiência de custódia.

Tal finalidade demonstra que o processo penal, também, pode atuar na contenção do poder punitivo, no sentido de agir *como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal*, bem como dar efetividade à noção de Estado Democrático de Direito, a qual denota a ideia de que o próprio Estado Soberano que cria leis é sujeito passivo de um controle público¹⁰.

Essa finalidade da audiência de custódia de evitar prisões ilegais revela-se, ainda, bastante útil à pronta identificação nos casos mais graves que ensejam a aplicação da prisão domiciliar.

Cite-se à guisa de exemplo uma hipótese em que o agente seja extremamente debilitado por motivo de doença grave ou quando se tratar de gestante. Apesar de o artigo 318 do CPP exigir “prova idônea” da ocorrência destas situações, certamente haverá casos nos quais a mera constatação visual do estado da pessoa permitirá que, homologado o flagrante e convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, seja esta substituída por prisão domiciliar. Ora, contrariaria o *bom senso* a condução de uma

⁹ LOPES JR, Aury.; ROSA, Alexandre Morais da. *O difícil caminho da audiência de custódia*. Disponível em: < <http://emporiiodireito.com.br/o-difícil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lopes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 11 mar. 2016

¹⁰ CARVALHO, José dos Santos Filho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2.

mulher em estágio avançado de gravidez para a unidade prisional apenas por não estar, ali, na audiência de custódia, com documento médico atestando seu quadro clínico¹¹.

Portanto, percebe-se a importância da audiência de custódia bem como sua necessidade no cenário processual penal para fins de aplicação dos preceitos constitucionais aplicáveis a esse ramo do Direito.

O regimento jurídico interno (artigo 306, *caput* e parágrafo único, do CPP), ao prever que o juiz deverá ser imediatamente *comunicado* da prisão de qualquer pessoa, assim como a ele deverá ser remetido, no prazo de vinte e quatro horas, o auto da prisão em flagrante, demonstra-se insuficiente, não satisfazendo a contento a solução decorrente da proposta da audiência de custódia.

Assim, em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem destacado que o controle judicial imediato é meio idôneo para evitar prisões arbitrárias de modo que o julgador garanta os direitos do detido, autorizando a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessária tratando o cidadão de maneira mais coerente com a presunção de inocência.

No caso *Acosta Calderón contra Equador*, por exemplo, a Corte Interamericana decidiu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, de modo que o simples conhecimento de que alguém está preso não satisfaz a garantia da presunção de inocência, sendo necessário o comparecimento pessoal do preso perante o juiz ou autoridade competente¹².

É importante destacar que a audiência de custódia é também uma medida imposta pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que ao Brasil não é dado o

¹¹ PAIVA, Caio. *Na Série “Audiência de Custódia”*: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

¹² COSTA RICA. Corte Internacional de Direitos Humanos. CASO 11.620 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.



poder de desprezar¹³. Afinal, o Estado Brasileiro assumiu compromissos externos de cumprimento dos Direitos Humanos¹⁴.

A audiência de custódia, portanto, mostra-se como medida extremamente necessária, apresentando-se como um grande passo no sentido de evolução civilizatória do processo penal brasileiro, haja vista ter como finalidade principal humanizar o processo penal¹⁵.

2. A NECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia surge como uma solução necessária no sistema processual penal brasileiro. Afinal, o processo penal e as prisões são cenários das mais graves e notórias violações a direitos humanos.

Portanto, a audiência de custódia apresenta-se como uma medida de contenção do poder punitivo, pois possibilitará o processamento e punição de um cidadão sem, contudo, desrespeitar os direitos humanos e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

É de suma importância que o processo penal se preocupe em garantir os direitos e garantias fundamentais do acusado. Assim, deve ele afastar-se do arbítrio na medida em que serve como limite ao exercício do poder punitivo.

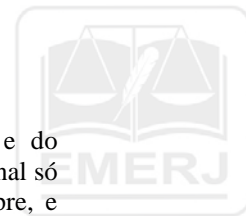
Frise-se que essa ideia de processo penal como contenção do poder punitivo está intimamente relacionado ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, mister mencionar as palavras de Rubens Casara, segundo o qual:

¹³ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o Processo Penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 16.

¹⁴ LOPES JR, Aury.; ROSA, Alexandre Moraes da. *Processo Penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 16.

¹⁵ PAIVA, op. cit., p. 15.



no Estado Democrático de Direito, a função das ciências penais, e do processo penal em particular, é a de contenção de poder. O processo penal só se justifica como óbice à opressão. O desafio é fazer com que sempre, e sempre, as ciências penais atuem como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal¹⁶.

É importante lembrar que a noção de contenção do poder punitivo do Estado nada tem a ver com impunidade, e sim com a ideia de potencializar a função do processo penal no sentido de ser ele um instrumento de proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, Aury Lopes Júnior afirma que o respeito às garantias não se confunde com a impunidade, e que jamais essa ideia foi defendida. E continua o venerável doutrinador dizendo que o processo penal é o caminho necessário para se chegar, legitimamente, à pena, não deve ele ser visto apenas como simples instrumento a serviço do poder punitivo, devendo desempenhar o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido¹⁷.

Outro motivo pelo qual a audiência de custódia mostra-se necessária, é que o acusado não seria mais visto como um “criminoso” que congrega em si todos os atributos do mal, e sim um sujeito de carne e osso, com nome sobrenome, idade e rosto.

Aury Lopes Júnior, em uma de suas obras, menciona o que se denomina efeito *priming*, que seria o preenchimento de espaços desprovidos de informação sobre o caso sem que se perceba¹⁸.

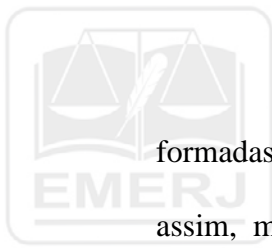
Como consequência desse efeito indesejado, a simples leitura de um auto de prisão em flagrante ou dos autos do processo poderia ensejar a decretação de uma prisão de modo a violar princípios básicos de normas constitucionais e processuais penais.

Dessa forma, o impacto humano proporcionado pelo agente poderá modificar a compreensão imaginária dos fatos, o que possibilitará que as decisões judiciais sejam

¹⁶ CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade* : coleção para entender direito. São Paulo: Estúdio Editores, 2014, p. 9-10.

¹⁷ LOPES JR., op. cit., p. 62.

¹⁸ LOPES JR., ROSA., op. cit., p. 17.



formadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação ficando, assim, mais fácil identificar se é realmente necessária a decretação de uma prisão cautelar. Afinal, lembre-se, a prisão cautelar é sempre processual, deve ser fundada na excepcionalidade, e não pode ser uma antecipação da pena.

Essa é, na verdade, outro motivo pelo qual a audiência de custódia mostra-se necessária, qual seja, evitar prisões ilegais, arbitrárias e/ou desnecessárias.

Dessa forma, é importante ressaltar que a audiência de custódia não se destina apenas ao controle de legalidade do ato, mas também à necessidade e adequação da prisão cautelar.

Trata-se, assim, de uma atividade retrospectiva, que envolve o controle de legalidade da prisão em flagrante já realizada, e também a necessidade e manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Frise-se, ainda, que, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, o julgador singular tem a incumbência, e não mera faculdade, de realizar um controle de compatibilidade das leis tendo como parâmetro superior a Carta Magna.

Ressalte-se, porém, que, o exercício de tal controle envolverá não apenas a Constituição, mas também diversos diplomas internacionais, principalmente aqueles que versam sobre direitos humanos, subscritos pelo Brasil, os quais têm natureza de norma supralegal e, assim, integram o conceito de “bloco de constitucionalidade”.

Sobre o assunto, é relevante mencionar o entendimento manifestado pelo Pretório Excelso no RE 466.343, no qual foi afirmado que os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal¹⁹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp/inteiro-teor-103105487>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

Ademais, é necessário saber que a principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos²⁰.

Outra finalidade da audiência de custódia é a prevenção da tortura policial de modo a ser tutelada a integridade física do preso.

A realização imediata da audiência de custódia certamente minimizará, ou até mesmo eliminará, a violência policial, prática muito comum no momento da abordagem ou logo após essa. Afinal, os responsáveis pela apreensão do preso saberão que qualquer ato de violência será levado imediatamente a conhecimento do juiz, do advogado ou do Ministério Público.

3 CONSEQUÊNCIAS E PREJUÍZOS DECORRENTES DE PRISÕES DESNECESSÁRIAS

É importante registrar que a audiência de custódia faz-se necessária não somente para observância e cumprimento de normas processuais e procedimentais, mas também para as de direito material.

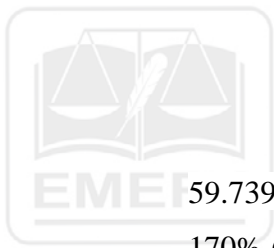
A sanção penal tem não só finalidade de reprovação, mas também de prevenção. Ademais, o artigo 59 do Código Penal dispõe que o juiz fixará a pena conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime²¹.

Todavia, é mister ressaltar ser notório por todos que o sistema penitenciário, no Brasil, é extremamente precário, e nele não é preservada a dignidade do detento.

São identificados vários problemas nas carceragens, tais como perigo à saúde, insalubridade, a superlotação, esta talvez seja a situação que mais preocupa.

²⁰ PAIVA, op. cit., p. 34.

²¹ BRASIL. Código Penal. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Art 59.



Cite-se como exemplo as penitenciárias de São Paulo, que têm capacidade para 59.739 presos, mas abrigam, atualmente, 101.445 detentos, estando, assim, ocupadas em 170% (cento e setenta por cento)²².

Ora, percebe-se pela redação dos dispositivos da Parte Geral do Código Penal que, embora o agente condenado tenha violado a norma jurídica penal, a sanção a lhe ser imposta será, no máximo, privativa de liberdade. Assim, deve o preso ter preservado todos os demais direitos.

Nesse sentido, Rogério Greco estatui que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade e, por isso, deve-se impor às autoridades o respeito à sua integridade física e moral²³.

Sobre o assunto, é interessante verificar a explanação sobre o sistema carcerário, feita por Luiz Flávio Gomes. Salienta o doutrinador que, se o número de presos só cresce, é fácil verificar que o encarceramento massivo e a severidade das penas não são capazes de impedir a ocorrência de novos crimes e, conseqüentemente, novas prisões. O que leva à conclusão de que se tem um sistema punitivo falido.

Tecidas tais informações, faz-se necessário, ainda, apontar o fato de que 42% (quarenta e dois por cento) dos presos que lotam os presídios do sistema carcerário brasileiro, são presos provisórios²⁴.

Posto isso, percebe-se que deve haver muita cautela por parte dos juízes ao decretar prisões cautelares. Afinal, os presídios estão superlotados, e quase metade dos detentos são presos provisórios.

Assim, percebe-se o prejuízo decorrente de uma prisão cautelar mal decretada. Afinal, torna-se inviável o cumprimento da finalidade da pena em carceragens lotadas, onde não se preserva, nem um pouco, a dignidade da pessoa.

²² Disponível em : < <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,penitenciarias-paulistas-estao-com-170-de-ocupacao,924226> >. Acesso em: 11 mar. 2016.

²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* Parte Geral. 10. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2008, p. 518;

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Presos provisórios representam mais de 42% do sistema prisional*. Disponível em: <<http://socializandonoticiaseideias.blogspot.com.br/2013/05/presos-provisorios-representam-42-do.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016

Nesse cenário, percebe-se que a audiência de custódia é fundamental uma vez que propiciará aos juízes maior certeza de modo a evitar a decretação de prisões de forma desmedida e desnecessária, o que provocará um prejuízo sem dimensão ao Estado e, conseqüentemente, à sociedade.

CONCLUSÃO

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil e o sistema processual penal como um todo visem a proteger a liberdade do cidadão. Em decorrência dessa noção a prisão cautelar figura como exceção sendo a presunção de inocência o princípio reitor de todo o processo penal.

Todavia, as regras procedimentais previstas no Código de Processo Penal não tutelam com efetividade tal princípio. Assim, a audiência de custódia surge como ato procedimental necessário a tutelar o direito à liberdade e dar efetividade aos direitos e garantias previstas na Constituição Federal bem como a adequar o sistema processual penal brasileiro às normas de Direito Internacional.

E ainda, a audiência de custódia apresenta-se como solução não só de questões procedimentais, mas também de direito material. Isso porque, com sua realização, os juízes terão mais certeza quanto à presença dos elementos necessários à decretação de prisões cautelares. Assim, o número de presos provisórios diminuiria, e seria possível oferecer aos detentos melhores condições para cumprirem suas penas e obter o efeito ressocializador da reprimenda.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Penal. *Vademecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

_____, Constituição Federativa do Brasil. *Vademecum Saraiva*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm> . Acesso em: 11 de março de 2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relatora: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp/inteiro-teor-103105487>>. Acesso em: 11 mar. 2016;

CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade* – Coleção para entender direito. São Paulo: Estúdio Editores, 2014;

COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos, Art. 5.2. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>;

_____. Corte Internacional de Direitos Humanos. CASO 11.620 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf> . Acesso em: 11 mar. 2016;

Disponível em : < <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,penitenciarias-paulistas-estao-com-170-de-ocupacao,924226> >. Acesso em: 11 mar. 2016;

CARVALHO, José dos Santos Filho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

GOMES, Luiz Flávio. Presos provisórios representam mais de 42% do sistema prisional. Disponível em: <<http://socializandonoticiaseideias.blogspot.com.br/2013/05/presos-provisorios-representam-42-do.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 10. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2008;

LOPES JR, Aury. *AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: PRECISAMOS DELA, COM URGÊNCIA!!*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/528028607284134>> . Acesso em: 11 mar. 2016;

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012;

LOPES JR, Aury.; ROSA, Alexandre Moraes da. *Processo Penal no limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015;

LOPES JR, Aury; ROSA.; Alexandre Moraes da. *O difícil caminho da audiência de custódia*. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lopes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 11 mar. 2016;



PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o Processo Penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015;

PAIVA, Caio. Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 11 mar. 2016;



A JUSTIÇA PELO CONSCIENTE DO JUIZ: QUESTIONAMENTO SOBRE OS LIMITES INTERPRETATIVOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA.

Viviane Braga de Oliveira Rodrigues

Graduada em Direito e Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho.

Resumo: O presente trabalho analisa a influência da concepção pessoal do magistrado na justiça das decisões prolatadas, questão essa que aborda o volátil conceito do que é o justo e de uma possível insegurança jurídica ocasionada pela liberdade interpretativa do juiz na perspectiva pós-positivista. Noutra vertente, aborda-se a necessidade social hodierna de decisões adequadas aos casos concretos apresentados ao Judiciário, muito dos quais não encontram repostas imediatas no ordenamento normativo, conflitos que exigem mais que um simples silogismo.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Interpretação das normas. Pós positivismo.

Sumário: Introdução.1.A transformação pós positivista e a força normativa dos princípios constitucionais. 2. O subjetivismo do ideal de justiça conforme o entendimento do magistrado.3. O “Direito da lei” e o “Direito do judiciário” aplicado ao caso concreto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar a aplicação da Justiça de acordo com o entendimento subjetivo do juiz na interpretação da norma, ou seja, o Direito conforme as concepções pessoais íntimas do magistrado. A visão singular da Justiça e suas vertentes.

Para tanto será verificada a existência de limites norteadores do trabalho interpretativo do magistrado ante a necessidade de resolução aos casos concretos que lhe são apresentados, dos quais muitos não são plenamente solucionáveis com a aplicação literal da legislação, e outros, pela dinâmica social, não encontram guarita nas hipóteses previstas legalmente.

Nesse cenário, o Judiciário em certos casos tem a possibilidade prática de criar um “Direito” próprio, um que entende ser justo na visão de cada juiz, e que se submete às mais diversas intempéries e inconsistências dos humanos que o aplicam e de casos inimagináveis e imprevisíveis ao legislador no momento de elaboração das leis.

É controverso o tema quedando em lados opostos, enquanto uns entendem arbitrária a decisão judicial que interpreta a norma de acordo com o consciente do juiz, outros defendem que somente com a liberdade interpretativa o magistrado pode promover o avanço do pensamento jusfilosófico, contribuindo com novas perspectivas.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise do volátil conceito de justiça, o qual vem sendo modificado ao longo dos tempos de acordo com o pensamento doutrinário, jurisprudencial e, principalmente pelas constantes mudanças sociais.

Segue-se a análise na verificação dos limites impostos ao magistrado na interpretação hermenêutica da norma, na discussão da segurança jurídica frente a liberdade do intérprete.

O terceiro capítulo discute a verdadeira criação de um “direito supralegal” pelo Supremo Tribunal Federal frente os casos que lhes são submetidos, ditando qual a forma constitucional e inconstitucional de interpretação de determinadas normas, ou seja, limitando ou estendendo a amplitude da norma, de acordo com o entende como justo.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, tendo como fontes principais a doutrina – livros e artigos científicos, a jurisprudência e a legislação.

1. O MUTÁVEL IDEAL DE JUSTIÇA

Ao longo dos tempos, o pensamento filosófico qualificou o termo “justiça” nas mais variadas vertentes, ao longo da história da humanidade os pensadores tomaram como verdade fatos até mesmo contraditórios na busca pela definição de um conceito do que seria o justo e da fonte originária da justiça. Ora terrena, ora divina.

A ideia de uma justiça natural e metafísica, com valores supremos e inatos ao ser humano, com poderes para limitar as leis humanas, segundo Cícero¹, se originou na cultura grega, como justiça universal, como expõe em sua obra *Da República*, a respeito da lei natural:

Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada: não podemos ser isentos de seu cumprimento nem pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, -uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempo; uno será sempre o seu imperados e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo

Ainda segundo Cícero, não é crível que toda a regulamentação normativa dos povos seria justa², sofrendo fortes interferências culturais e morais diversas. A justiça fundada sobre a convenção de interesses não é estável considerando a fluidez com a qual os interesses conflitantes tendem a se inverter. Ademais, a convenção se perfaz nos interesses das forças dominantes, a verdade não é aquela que se decreta de forma coercitiva, conseqüentemente a justiça não pode ser decretada pela maioria ou pela unanimidade.

Anteriormente, Sófocles³, 496 a.C., de forma ilustrativa já abordava o embate entre a “lei do Estado” e a “lei divina”, como se depreende da sua obra *Antígona*, a qual narra o impasse vivido pela personagem Antígona ao tentar sobrepor às leis locais e exercer o direito inato da dignidade humana ao proceder o enterro de seu irmão em detrimento à ordem do rei Creontes.

Na obra *O Leviatã* (1651), Thomas Hobbes aborda o tema, afirmando não existir regras ou justiça no estado de natureza.⁴ O justo nasceria concomitantemente ao contrato social, quando a sociedade acata a restrição de sua liberdade pela submissão a regras convencionadas, servindo como parâmetro para regular o justo e o injusto.

¹ CÍCERO, Marco Tulio. CISNEIROS, Amador (trad.). *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p.100.

² BARROS FILHO, Clóvis; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. São Paulo: Casa da Palavra, 2013, p.196

³ REINHARDT, Karl. TOLLE, Oliver (trad.). *Sófocles*. Brasília: UnB, 2007, p. 50.

⁴ HOBBS, Thomas, *O Leviatã*. Ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 63.



A convenção social como fonte de justiça, contudo, vêm sofrendo fortes questionamentos no decorrer dos tempos. A justiça da lei, mesmo numa democracia legitimada na vontade da sociedade, há tempos é objeto de discussão, como no pensamento de Platão.

No entendimento de Platão (428/427 a.C.), a justiça não advém da norma, na verdade, seria a síntese das virtudes humanas, rebatendo na obra *Da República*, Parte II⁵, os argumentos de Glauco, segundo o qual os indivíduos agem de maneira justa apenas pelo receio da coerção social e não por virtudes. Glauco relata o conto de Gyges e seu anel que concedia o poder da invisibilidade. Gyges, antes um pacato pastor de ovelhas, ao encontrar o anel e provar de seus poderes mágicos, que o tornava invisível e visível à sua vontade, em suma termina assassinando o rei e tomando seu trono. Elevando o temor da punição como o obstáculo, que uma vez ausente permite aos homens agirem conforme suas ambições retraídas.

No período medieval, o pensador italiano Santo Tomas de Aquino (1225-1274) afirmava, em sua *Suma Teológica*, a superioridade da lei divina, o que se devia ao fato de o homem ser a imagem e semelhança divina, sobrepondo a lei positiva humana.⁶

Dentre os pensadores renascentista Giovanni Pico Della Mirandola (1463-1494), foi o percussor da expressão dignidade humana (*Oratio de Hominis Dignitate*)⁷, fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que serve de base para a maioria das atuais decisões judiciais brasileiras que em casos distintos desviam a aplicação do direito positivado para adequar a justiça ao caso concreto.

No século XVIII, houve a ascensão do jusnaturalismo como instrumento de liberdade frente ao Estado absolutista pela classe burguesa, propulsionada com a revolução intelectual ocorrida principalmente na França. O pensamento iluminista tem suas origens primordiais ainda

⁵ PLATÃO, *A República* -parte 2. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 54.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000, p.144.

⁷ FELIX, Luciene. *O que confere dignidade ao homem?*, disponível em http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_2009_09_dignidade.htm. Acesso em 15 set 2015.



no século XVI com o renascentismo, corrente com base antropocentrismo que levava à distinção entre a fé e a razão, concluindo que somente pela razão o homem alcançaria liberdade. No iluminismo se buscou como forma de justiça uma sociedade fundada no homem e em sua liberdade.

Dentre o pensamento moderno, interessante a abordagem de Friedrich Nietzsche (1844-1900), segundo a qual a moral e a virtude residem na consciência do homem, não sendo nada mais que o conjunto do subproduto medíocre da sua confusão afetiva humana.⁸

No decorrer histórico, o positivismo jurídico surgido na Europa, no século XIX, buscou delimitar o direito e a moral com a criação e a aplicação objetiva do direito, sendo justa a consunção do fato à norma, período de afastamento da teoria jusnaturalista, a justiça está na norma positivada. O principal representante da escola positivista foi Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, e que, sendo judeu, viu a norma positivada legitimar as barbáries nazistas normatizadas.

Após a Segunda Guerra Mundial um importante instrumento de ideário de justiça universal foi erigido com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, criando novamente a perspectiva jurídica de limites supremos e inafastáveis, garantidores da dignidade do ser humano. Nesta fase, um direito ideal, outrora divino, foi disposto numa Declaração humana.

O final do século XX caminhou para a superação do positivismo jurídico, não com um retorno ao jusnaturalismo puro e simples, mas com o avanço dos estudos técnicos do direito. O chamado pós-positivismo reintroduz ao valor da norma legal bases interpretativas de princípios e ideais de justiça, a lei deixa de ser interpretada apenas em sua literalidade para se buscar o âmago hermenêutico que coadune com a sistemática universal dos direitos humanos, contudo,

⁸ BARROS FILHO, Clóvis, aula proferida na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=IpWrHH_ybY8. Acesso em 13 mai. 2015.

sem a adoção de um direito metafísico, mas sim o reconhecido ao longo dos séculos como núcleos infestáveis que acompanham o histórico do desenvolvimento de civilização e consciência da humanidade.

No âmbito da atual realidade social brasileira tem se demonstrado essencial a invocação pelo judiciário de princípios e valores que embasem a solução de conflitos, ante a infinidade de dinâmicas relações jurídicas, muitas das quais sequer previstas no sistema jurídico pátrio.

Quando um direito fundamental encontra óbice na própria norma infraconstitucional ou nos momentos em que a ponderação de princípios constitucionais é necessária, o magistrado pós-positivista se vê sob a responsabilidade subdivina de aplicar a justiça, ou seja, solucionar conflitos conforme sua forma de pensar, a sua consciência, que segundo Nietzsche, se resume ao acúmulo dos afetos distorcidos vivenciados pelo indivíduo, mera ligação neurológica da mente.

Noutra perspectiva, contudo, a corrente filosófica dualista entende o pensamento humano como a manifestação livre do espírito, a representação da própria alma, de forma que essa seria exposta no ato de julgar.

2. A VISÃO DO MAGISTRADO E A EXISTÊNCIA DE LIMITES NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

A pretensa liberdade do magistrado, em determinar o rumo que considera mais justo para deslinde do caso, frequentemente recebe crítica de parte da doutrina e encontra limite na própria norma constitucional, em respeito à própria ordem democrática de direito. De forma que o texto da Constituição acarretaria a imperiosa vinculação na interpretação da norma.

A preocupação com a segurança jurídica ante a possibilidade de decisões altamente divergentes a casos semelhantes é frequentemente criticada por parte da doutrina, ante a



possível interpretação íntima de cada juiz, vez que orientados por percepções distintas, conforme afirma Lenio Streck⁹:

[...] deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência anteriores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles.

Há de se observar, contudo, que no decorrer do XX, cada vez mais o legislador passou a usar de conceitos indeterminados, repassando ao magistrado o dever de adequar o caso concreto à norma, deixando de aplicar um critério absolutamente silogista para a averiguação do verdadeiro âmago da lei. Dessa forma o juiz passa de mero repetidor da norma, para buscar a compreensão do caso concreto e, a partir dele, verifica como aplicar a lei dentro de uma vertente sistemática, teleológica e sociológica. A ascensão dos princípios veio, ainda, como uma hábil ferramenta a nortear a resolução dos casos controvertidos.

Entretanto, os princípios contêm em si valores que em muitas vezes são da mesma importância, cabendo ao magistrado decidir qual deles prevalecerá, sem que o outro seja anulado. Robert Alexy¹⁰ afirma que os princípios passam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, como uma resposta às insuficiências jurídico-políticas pelas quais o Estado e o direito atravessaram anteriormente. E, dessa forma, o Direito passaria a cuidar do mundo dos fatos, ultrapassando aos óbices dispostos pelo positivismo.

Nessa linha, o despertar do neopositivismo e a necessária independência intelectual do magistrado em proceder a ponderação dos princípios seria uma ferramenta para a própria aplicação do Direito numa sociedade complexa. Por essa razão, o recurso da ponderação é

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

¹⁰ALEXY, Robert. TRIVISONNO; Alexandre (Org). *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014,p.225.



facilmente vislumbrado nos chamados *hard cases*, aqueles que dependem de valorações axiológicas subjetivas do interprete.

Confrontando os pensamentos expostos, com a ideia inicialmente considerada de limites compromissados com a Constituição, verificamos que a linha fronteira entre a liberdade do magistrado e uma possível arbitrariedade, passa pelo texto constitucional e por uma ponderação pautada na proporcionalidade e a razoabilidade. De acordo com Robert Alexy a argumentação jurídica deve observar critérios balizadores da escolha do julgador, devendo de considerar que os direitos fundamentais estariam no mesmo patamar dos princípios. E que, havendo colisão entre eles, a resposta à antinomia aparente é o uso dos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade. Contudo, se ainda assim não houver solução ao caso concreto, o método de ponderação deve ser utilizado.

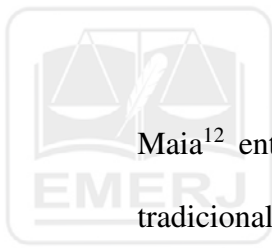
Para Alexandre Trivisonno¹¹, a ponderação seria capaz de trazer uma densificação valorativa das normas, e neste sentido dispõe:

Para a resolução do conflito colisivo, Alexy apresenta a “A lei da colisão”, que pretende traçar critérios para essa atividade ponderativa. Especificam-se desse modo, os modos pelos quais um princípio terá precedência sobre o outro, isto é, a prevalência vai depender do peso dado aos princípios envolvidos em determinado caso: de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Por isso, o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C dadas no caso concreto.

A atividade que cabe ao juiz para sopesar os valores é o que alcança a discricionariedade. Decerto que essa discricionariedade será influenciada por questões pessoais inerentes ao ser humano. Contudo, sob vigência do livre convencimento motivado, o magistrado legitima a escolha resultante da ponderação, quando em sua decisão apresenta uma justificativa adequada, proporcional e razoável à aplicação do Direito ao caso concreto.

Não é como pode parecer, uma abertura inconsequente à pessoa do magistrado, ou que coloque sobre ele o peso de descobrir os valores enigmáticos que deverão preponderar. Antônio

¹¹ Trivisonno, op. cit; p.245.



Maia¹² entende que, na realidade atual, o juiz possui uma área maior de liberdade que a tradicionalmente garantida, o que impõe maior atenção às justificativas de suas decisões.

Em posição contrária Alexandre Trivisonno¹³ afirma que o constitucionalismo principiológico não trouxe essa liberdade aos juízes e que os princípios ao superarem as regras, ultrapassaram a subsunção, mas não são facilitadores de atos de decisionismo. Para o autor, maior liberdade ao magistrado seria a afirmação da subjetividade assujeitadora.

Lenio Streck¹⁴, sob uma ótica diversa, manifesta a oposição quanto à ampliação na margem valorativa e interpretativa pelo juiz, ou seja, tal qual Antonio Maia, entende o advento de uma liberdade maior acrescida ao magistrado, abordando, contudo, sob âmbito diverso:

De todo modo, no Brasil, cada vez mais prolifera a infeliz ideia de que interpretar a lei é m ato de vontade (de poder). Nesse sentido, mostram-se muito próximas as diversas posições axiológicas- voluntaristas que comandam o imaginário dos juristas (fruto da jurisprudência de interesses da jurisprudência dos valores, da ponderação de valores, do realismo norte-americano ou escandinavo, ou, ainda, produto de um voluntarismo ad hoc mesmo, sem filiação teórica). Tudo pode. Tudo é permitido. Algo do tipo “não há verdades”. “Tudo é relativo” (como se a frase também não fosse relativa!). Às decisões acabam sendo fruto de meras subjetividades, sem compromisso com a história institucional do direito e do instituto em questão.

Ademais, como entende Lenio Streck, há um extremo pragmatismo em vigor, como se existisse, o que o autor chama de “grau zero” a partir do qual a decisão pode ser do jeito que o magistrado melhor entender.

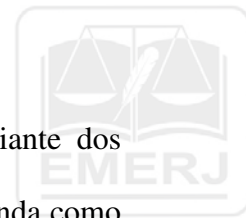
O que se firma quanto à análise da ponderação, como instrumento de solução aos casos difíceis e inéditos apresentados ao judiciário, é a possibilidade de tratar a casuística dos fatos reais, os quais muitas vezes não subsumam à letra da lei. Na verdade, a liberdade, ao magistrado, não é uma discricionariedade gratuita, mas sim um instrumento para a aplicação da norma com base em parâmetros constitucionalmente firmados– os princípios.

A firme motivação, com base na racionalidade, se firma como requisito básico a dar

¹² MAIA, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. Revista Trimestral do Direito Público, n.8, 2001, p. 280-281.

¹³ Trivisonno, op. cit.p.250-251.

¹⁴ STRECK, Lenio. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.15.



legitimidade à ponderação, de forma a não caber ao magistrado o deslumbre diante dos princípios e da possibilidade de utiliza-los de forma a justificar uma justiça que entenda como própria, particular, negligenciando a fundamentação clara e sistêmica do caminho que o levou para à conclusão disposta através da sentença. A questão argumentativa, deve ser compreendida, como essencial ao procedimento de sentenciar.

Ambas as correntes contraditórias, neste capítulo expostas, carregam consigo uma linha bem delineada de questões extremas que ultrapassam até mesmo as linhas teóricas analíticas. A prática judicial é verdadeiramente o campo onde o atuar do magistrado gera consequências que muitas vezes foge do seu próprio alcance, e, por este motivo, a responsabilidade e a compreensão do sistema jurídico de forma uníssona e harmônica é essencial.

3. O “DIREITO DA LEI” E O “DIREITO DOS TRIBUNAIS” APLICADO AO CASO CONCRETO.

Muito se discute doutrinariamente a forma legítima de deliberar a concretização das normas fundamentais nas decisões judiciais, de modo a proceder a “justiça” devida, sem que isso configure em arbitrariedade do julgador, a par do Direito.

Tal fato é levantado, principalmente, pela tão perquirida segurança jurídica que pode se constatar abalada ante decisões por vezes contraditórias a casos análogos, prolatadas por juízes direcionados cada qual por sua psique e seu modo peculiar de raciocínio frente à aplicação da norma interpretada ao fato individualizado que lhes é disposto.

A fim de se minimizar os efeitos adversos de uma liberdade judicial, trazendo legitimação à fundamentação do julgador, concepções teóricas são constituídas com pauta no momento neoconstitucionalista atualmente vivido.

Nessas linhas, Friedrich Müller¹⁵, em análise à concretização das disposições constitucionais, desenvolve a chamada Teoria Estruturante do Direito, segundo a qual o

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.69.



juiz deve seguir além da interpretação normativa, mas com o cuidado de ter uma visão da realidade, cujos dados formariam um âmbito normativo.

Essa normatização seria, para Müller, a concretização a ser evidenciada no caso concreto, e, portanto, a norma de decisão, superando assim o positivismo tradicional. Conforme dispõe Müller¹⁶:

Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação factica – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.

Na visão de Konrad Hesse, em referência à sua Teoria da Força Normativa da Constituição¹⁷, para que se possibilite a efetivação dos preceitos constitucionais deve haver um condicionamento que dialogue entre a constituição e a realidade social do momento.

Segundo o autor, a concretização da norma não se dá pela simples subsunção ao texto jurídico, mas sim pela aplicação de forma excelente do sentido da proposição normativa, nas condições dominantes na sociedade, de forma que as mudanças fáticas orientem a alteração na interpretação constitucional, dispondo¹⁸:

A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (...) uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, torna-se inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Para Hesse, as regras de interpretação tradicionais da norma não mais bastariam para atender a realidade social à qual se atrela. E, tal qual como Müller, entende que a norma não tem existência autônoma fora da realidade social que a orienta¹⁹:

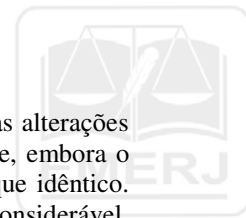
As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o "âmbito da norma" que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacada pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o "programa da norma", como parte integrante do tipo normativo. Como

¹⁶ Ibid; p.54.

¹⁷ HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11-12.

¹⁸ Ibid; p. 61.

¹⁹ Ibid; p. 50-51.



essas particularidades, e com elas o "âmbito da norma", estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o "programa da norma") fique idêntico. Disso resulta uma "mutação constitucional" permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara.

Ante o novo entendimento de interpretação constitucional, que acompanha a realidade social de forma a manter a força da constituição e atender aos anseios pragmáticos de uma evolução contínua e dinâmica da sociedade, a importância do poder judiciário é inquestionável.

Nessas linhas se constata que no judiciário brasileiro é cada vez mais frequente a figura do Ativismo Judicial, definida pelo Ministro Roberto Barroso²⁰, como uma participação mais profunda e proativa do judiciário na efetividade dos princípios constitucionais aplicando a Constituição inclusive a situações não dispostas expressamente em seu texto, declarando inconstitucionalidade de atos normativos e impondo disposições ao Poder Público referente a políticas públicas, notadamente nos âmbitos da saúde e educação.

O ativismo judicial teve origem nos Estados Unidos, sendo num primeiro momento de caráter mais conservador, com atividades proativas ainda tímidas da Suprema Corte na proteção de minorias, como no caso *Dread Scott v. Sanford*, 1857 e, a partir da década de 50, a Suprema Corte Americana passou a assumir um caráter mais progressista, especialmente na proteção dos direitos fundamentais, como no caso *Brown v. Board of Education*, 1954 e *Richardson v. Frontiero*, 1973²¹.

No Brasil, as disposições da Constituição de 1988, vêm possibilitando a progressão gradativa de um ativismo, o qual é notável em especial nos últimos anos, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente quanto a políticas públicas de saúde e educação, nessa esteira, cita Barroso²²:

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. [...]na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*, p.06. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 16 de mar.2016.

²¹ Ibid; p.07.

²² Ibid; p.08-09.



medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Em frequentes casos o Poder Judiciário termina por ingerir também no âmbito do Poder Legislativo, dando nova interpretação à disposição constitucional ou legal, principalmente a fim de efetivar direitos das minorias, acompanhando o caminhar social. No julgamento do Recurso Especial 1.183.378 – RS,²³ o Ministro Relator Luís Felipe Salomão dispõe categoricamente que:

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

A dificuldade para o exercício do papel contramajoritário do Poder Judiciário no ativismo segundo Barroso²⁴, se resolveria facilmente tanto pela permissão constitucional da interpretação da norma pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pela concepção de que o constitucionalismo numa democracia, em última análise, significa o respeito aos direitos fundamentais, os quais não podem se dobrar frente à uma “ditadura” do interesse da maioria.

Nesse aspecto, Paulo Ferreira da Cunha²⁵ dispõe que a problemática central de um neoesntitucionalismo extremado é a possibilidade de se tornar antidemocrático no que tange à representatividade. E, com isso, transformar-se numa neodemocracia, emancipada dos poderes legitimados democraticamente e substituindo-os por um judicialismo populista, que de forma paradoxal não deixa de refletir a construção de um certo elitismo. Pondera o autor,

²³ BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 31 mar.2016.

²⁴ BARROSO, op.cit., p.11.

²⁵ CUNHA, Paulo Ferreira e outros; FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Da querela (Neo)constitucional* - ensaio de uma delimitação problemático-conceitual - Neoconstitucionalismo: e atividade jurisdicional – do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.385.

entretanto, que também não se requer uma eterna passividade do poder judiciário, sendo importante que haja maior intervenção através de magistraturas inovadoras que efetivem os clamores por justiça às minorias sociais, contudo, afirma²⁶:

[...]o que o judicial não pode é ignorar o legislativo e nem dar ordens ao executivo, ancorado numa principiologia constitucional e numa hermenêutica criativa que ignore a lei, e conforme os princípios *pro domo*, o que tem ocorrido por vezes, com a dignidade da pessoa humana. O que em nada abona em seu favor, sem que ela (em si mesma), como é óbvio nisso tenha qualquer culpa. Porque sendo um mega-princípio (não polemizemos agora sobre a sua qualificação), não poderia, se bem aplicado, sustentar tantas vezes e tão obstinadamente A em contrário de A.

Noutro âmbito, a amplitude dos princípios constitucionais e efetividade dos direitos fundamentais abrem espaço para interpretações que seguem, por vezes, fronteiras fluídas de encontro ao texto literal da constituição.

Decerto que a interpretação pode ser alterada através de interpretações constitucionais que, mesmo sem alterar o teor do disposto no texto constitucional, passam a ser vistas de outra forma, conforme previsão legal do art. 28, parágrafo único da Lei 9868/99.

As denominadas técnicas de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm assumido efetiva força no Direito brasileiro e, em muitos casos, transformam radicalmente o modo como se aceitava determinado artigo da constituição. Assim, especialmente de acordo com as mudanças sociais e políticas de seu tempo, o intérprete tem liberdade para enxergar a norma por outro foco.

Nesses termos, se demonstra como grande exemplo a decisão disposta na ADPF 132 - RJ²⁷ na qual se dispõe nova interpretação constitucional quanto ao termo família:

[...]3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares

²⁶ Ibid; p.386.

²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF: 132 RJ, Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 mar.2016.



homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

Cada vez mais o Direito é ditado pelos juízes e Tribunais, e não necessariamente a decisão aceita como justa será a refletida na legislação em vigor. Em alguns momentos se tem ajustado a norma ao fato concreto, e não o contrário.

Apesar da falta de consenso do que seria o justo, propriamente dito, caso seja o ordenamento posto, sem entrelinhas, subentendimentos e implicitudes, decerto que o neoconstitucionalismo conceitual, careceria de legitimidade.

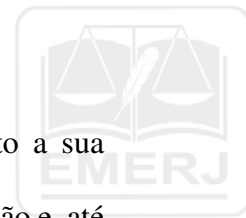
Contudo, sob a vertente da efetividade dos direitos fundamentais, a ponderação analítica estritamente fundamentada da norma e dos princípios se tem demonstrado uma ferramenta poderosa do judiciário na concretização desses direitos, o que, apesar dos argumentos contrários, não se deve ignorar.

CONCLUSÃO

Ante o discorrido, o conceito de justiça tem sido alterado ao longo dos anos, acompanhando a mutabilidade social e os avanços nos mais diversos campos do conhecimento.

O pós-positivismo trouxe consigo uma alteração substancial na forma da aplicação da norma e da efetivação dos direitos fundamentais ampliando o plano de liberdade dos juízes na interpretação da norma.

Nada obstante a maior possibilidade de concretude dos direitos fundamentais advinda com a postura pós-positivista, a questão que se levanta é a subjetividade do conceito de justiça



e da interferência psíquica do magistrado na formação da sentença. Até que ponto a sua personalidade e experiência de vida poderia interferir no momento da prolação da decisão e, até onde a independência e a imparcialidade do juiz seriam afetadas pelo seu caráter e sua percepção do justo, orientada por níveis conscientes e quiçá inconscientes de consciência?

Para além, se questiona a segurança jurídica, que em tese poderia ser abalada, frente a decisões antagônicas a casos análogos. Nesta ótica o próprio ativismo judicial vem sendo criticado por parte de juristas contrários à liberdade criativa na decisão judicial, que alegam ser base para atos que denominam desicionismos.

Por outro lado, o exercício da liberdade interpretativa devidamente motivada legitima a função contramajoritária judicialmente exercida, promovendo uma democracia substancial com a força vinculante dos direitos fundamentais.

Decerto que o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, com o sentido de força normativa da constituição exige mais que o mero silogismo na aplicação da norma para solução de conflitos judiciais.

Permanece, contudo, a polêmica quanto aos limites fronteiriços na liberdade de interpretação normativa inevitavelmente orientada pela percepção pessoal do juiz, aquele que diz o direito, um ser humano.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. TRIVISONNO; Alexandre (Org). *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014

BARROS FILHO, Clóvis; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. São Paulo: Casa da Palavra, 2013.

BARROS FILHO, Clóvis, aula proferida na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=IpWrHH_ybY8. Acesso em 13.05.2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Direto* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 13 de set. 2015.



BARROSO, Luís Roberto. *A vida e o Direito: breve manual de instruções*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1129>. Acesso em: 13 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*, Disponível:<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 16 mar.2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 set. 2015.

_____.Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2015.

_____.Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 31mar.2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. ADPF: 132 RJ. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 mar. 2016.

CÍCERO, Marco Tulio; CISNEIROS, Amador (trad.). *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro,1985.

CUNHA, Paulo Ferreira e outros; FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Da querela (Neo) constitucional: ensaio de uma delimitação problemático-conceitual - Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional – do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

FELIX, Luciene. *O que confere dignidade ao homem?*, Disponível em http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_2009_09_dignidade.htm. Acesso em: 15 set. 2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas, *O Leviatã*. Ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000.

MAIA, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. *Revista Trimestral do Direito Público* n.8, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional* . São Paulo: Max Limonad, 2000.

PLATÃO, *A República* - parte 2. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

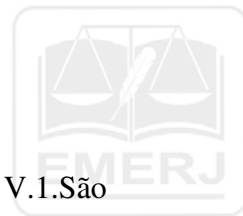
PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millennium, 2008.

REINHARDT, Karl. TOLLE, Oliver (trad). Sófocles. Brasília: UnB, 2007.

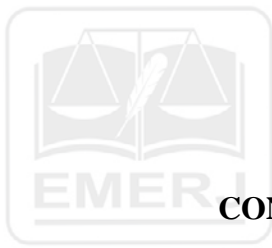
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



STRECK, Lenio. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. V.1.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



CONTROLE JURISDICIONAL E NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Wagner Martins Soares

Graduado pela Faculdade Estácio de Sá –
Campus Petrópolis. Advogado.

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 traz uma nova ideologia em seu bojo e inovações importantes. Dentre elas estão os negócios processuais que trata da possibilidade das partes formalizarem um negócio jurídico para decidirem em acordo de vontades o processo e o procedimento a serem seguidos e a forma de solução de possíveis litígios que possam ocorrer na relação entre as partes. Com essa invocação, doutrina e operadores do Direito iniciam discussão sobre a eficácia dessa medida trazida pelo ordenamento legal. A essência do trabalho é abordar a constitucionalidade e operacionalidade desse instituto.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Negócios Processuais. Controle jurisdicional. Autocomposição. Constitucionalidade. Operacionalidade.

Sumário: Introdução. 1. Visão constitucional e a evolução legislativa do instituto dos negócios processuais 2. As formas de autocomposição e o significado de negócios processuais 3. Hipóteses de aplicação no processo instrumentalizado e a referida críticas do instituto negócios processuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O instituto dos negócios processuais teve apresentação inaugural apenas no Código de Processo Civil de 2015, visto grande influência internacional, principalmente entre países de primeiro mundo.

Diversos países da Europa e na América, os Estados Unidos, adotam a autocomposição como forma principal de solução de conflitos, o que trouxe enorme influência no ordenamento jurídico brasileiro para incutir tal tema no Código de Processo Civil de 2015.

Por ser discussão recente, apenas conjecturas e proposições podem ser realizadas, sem conhecimento empírico do assunto. Não há nada concreto que sacramento a discussão, o que torna ilimitável a criatividade e a capacidade de discussão pelos operadores do direito com relação ao tema.

O primeiro capítulo aborda princípios do ordenamento jurídico constitucional, apresentando a evolução legislativa brasileira até o novo Código de Processo Civil, com foco na composição de litígios e a criação dos negócios processuais em cotejo com a sociedade moderna e seus desafios no que tange à implantação e aplicação desse instituto tanto pelos magistrados quanto pelos jurisdicionados.

Não é possível desenvolver o núcleo central do tema, sem fazer tais referências. A discussão no primeiro capítulo servirá como pano de fundo para contextualizar o tema e torná-lo vinculado ao instituto jurídico que se pretende desenvolver.

Será de fácil compreensão que no decorrer do tempo, a preocupação tanto do legislador quanto da doutrina e jurisprudência foram de buscar uma melhor interação entre o povo e a lei, tendo em vista que a lei deriva de um fato valorado pela Teoria Tridimensional de Miguel Reale.

Tal pretensão teve sucesso e se fez cumprir na prática o preceito constitucional do artigo 5, XXXV da CRFB/88. O problema é que a velocidade na ocorrência de fatos sociais relevantes para o Direito é infinitamente maior do que a velocidade dos parlamentares brasileiros no trâmite legal de um projeto de lei.

O segundo capítulo trará as formas de autocomposição como forma de solução de conflito, que se tornaram aliadas aos negócios processuais implantados com a vinda do novo Código de Processo Civil.

A fim de combater esse e outros problemas que advieram da aproximação do povo ao Poder Judiciário, criaram-se hipóteses de autocomposição das mais diversas formas, atribuindo às suas decisões eficácia e poder coercitivo para elevar suas funções no mundo jurídico.

Negócios processuais são negócios jurídicos pactuados entre as partes para a prática de atos processuais, elaborando nesse acordo, o que lhes for de melhor proveito, cabendo ao magistrado apenas verificar a validade do negócio.

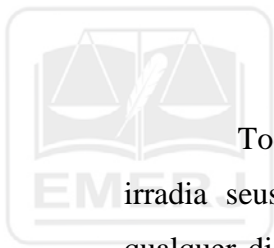
O terceiro capítulo trará várias aplicações práticas do instituto na advocacia e em confronto com outros institutos jurídicos para elucidar a questão e comprovar a possível distorção no objetivo do legislador.

Dentre elas, surgiu no Código de Processo Civil de 2015 uma nova forma de autocomposição que é o negócio processual e aqui se inicia o segundo capítulo.

Para desenvolvimento do referido tema, houve a aplicação de metodologia de pesquisa qualitativa, utilizando-se de pesquisa teórica para seu desenvolvimento.

1. VISÃO CONSTITUCIONAL E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO INSTITUTO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Antes da abordagem direta ao tema em questão, necessário se faz discorrer sobre princípios constitucionais e institutos que tangenciam o núcleo do presente artigo científico, até porque, necessário fazer um pano de fundo para situar a questão principal.



Toda legislação brasileira é submetida à Constituição da República que orienta e irradia seus efeitos para todo ordenamento jurídico brasileiro. O princípio que norteia qualquer discussão que tangencia a constitucionalidade de qualquer norma no ordenamento jurídico é o da supremacia da Constituição, nesse princípio, toda legislação infraconstitucional deve ser compatível e subordinado à Constituição da República, sob pena de ser declarada inconstitucional e extirpada do ordenamento jurídico.

Partindo da orientação de Kelsen¹ com sua pirâmide legislativa, tem-se a Constituição da República como sendo a principal fonte legiferante que não só orienta como irradia seus efeitos.

O segundo princípio que serve de norte para a orientação do presente artigo é o da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5, XXXV da Constituição da República². Sua ordem é que nenhuma causa seja afastada de apreciação perante o Poder Judiciário, independente de qual for a causa, ou quais personagens discutem o direito sobre a causa, não haverá afastabilidade de apreciação do Poder Judiciário.

Admitindo os negócios processuais, e a provocação do Poder Judiciário somente nos casos de discussão no que tange a validade, outro princípio constitucional a ser violado será o da segurança jurídica previsto no artigo 5, XXXVI também da Constituição da República³.

O quarto princípio a ser violado é o princípio da isonomia que prevê que todos são iguais perante a lei independente de suas peculiaridades como seres humanos. Referência que se faz ao conceito secular de Rui Barbosa que em momento de luz esclareceu que isonomia é tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade à medida que se desiguam.

Apresentados os princípios que tocam ao tema central em análise, necessário agora se faz adentrar ao tema para coesão entre o cenário montado e o núcleo em estudo.

A grande batalha travada durante toda história legislativa brasileira foi aproximar em escala crescente, a população da tutela jurisdicional. O principal projeto brasileiro que fez com que nascesse a ideia de uma sociedade mais justa e próxima do Poder Judiciário foi a Constituição da República do Brasil.

A Carta Magna serviu como um carimbo de passaporte em direção à evolução social. Como não poderia ser diferente, a história brasileira clamava por um marco histórico. Fim da ditadura e início da democracia com as famosas “Diretas já”, fizeram com que fosse regra a

¹ MELO, Daniela Mendonça de. *A interpretação jurídica em Kelsen*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957> Acesso em 31 mai. 2016.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

³ Ibid., p. 4



eleição direta do governante. Assim, o povo tomou conhecimento do seu poder. Tanto é verdade que a Constituição da República recebeu o codinome de “Constituição Cidadã”.

A nascente da aproximação da população com o Poder Judiciário foi sem sombra de dúvida a conquista do direito do consumidor. Logicamente, o consumidor sempre existiu, pois desde os primórdios da civilização humana existe comércio⁴, porém, a regulamentação dos direitos do consumidor enobreceu o tratamento da matéria.

O início da história do mundo traz o escambo como a primeira forma de negócio entre as partes. A cada momento da história, em progressão geométrica, o indivíduo tratou de inovar e modernizar o comércio.

Nesse passo, tendo em vista a Teoria Tridimensional do Direito, conforme lições de Miguel Reale⁵, atendendo aos anseios da sociedade, veio após a valoração, a norma no artigo 5, XXXII da CRFB/88, informando que o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.

O Código de Processo Civil de 1973 teve como fonte história a origem italiana ideológica a partir da construção da trilogia: Carnelutti, Chiovenda e Liebman⁶.

Estudiosos da Teoria Geral do Processo Civil, no decorrer do século XXI, perceberam que o grande gerador do contencioso era a ausência de diálogo entre as partes. O bom acordo é aquele em que ambas as partes cedem e atingem um denominador comum para ter um bom resultado para as duas partes interessadas.

Com a superlotação do Poder Judiciário, o legislador começou a criar meios para que as partes atinjam um denominador comum independente da apreciação do Poder Judiciário, porém, foi necessário atribuir à decisão, força coercitiva e autoridade.

Não obstante a isso, em 11 de setembro de 1990, o Legislativo trouxe a cabo o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90 – definindo sujeito ativo da tutela jurisdicional e o sujeito passivo, além das demais nuances.

Por conseguinte, a Lei n. 9.099/95 foi o diploma legal que traduziu a força do consumidor. Além de fazer com que fossem instaurados Juizados Especiais Cíveis e Criminais por todo o Brasil, fez com que o demandante não precisasse de advogado para ter a justiça e seu direito satisfeito, atendidas as especificidades legais.

⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414 > Acesso em 31 mai. 2016.

⁵ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Tecnos, 1997

⁶ LEITE, Gisele. *Breve histórico bibliográfico sobre o direito processual civil*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4165 Acesso em 31 mai. 2016



O artigo 14 da referida Lei trouxe a previsão de que o jurisdicionado pode se dirigir à serventia, em alguns Fóruns e através do Núcleo de Primeiro Atendimento, ter sua demanda reduzida a termo independente de assessoria de advogado, para reconhecimento do seu direito, criando um microsistema jurisdicional para salvaguardar os anseios dos consumidores.

O que era ideal e projeto de lindo futuro, se tornou maltrapilho e subutilizado. Se no início dos anos 90, o projeto era aproximar o Poder Judiciário do povo jurisdicionado, no início dos anos 2000 até os dias atuais, transladou-se em contenção para um gradativo afastamento do povo ao Poder Judiciário criando novas hipóteses de solução de conflito.

Distribuições de milhares de demandas por mês; Fóruns lotados; audiências designadas a cada dez minutos; a denominada “indústria do dano moral” e baixíssimos honorários advocatícios, são alguns dos problemas gerados.

2. NEGÓCIOS PROCESSUAIS: DEFINIÇÃO, FORMAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO E AFASTABILIDADE DO JURISDICONADO AO PODER JUDICIÁRIO

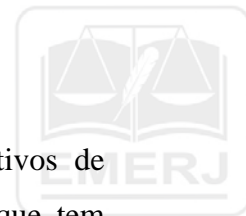
A definição do instituto dos negócios processuais foi prevista no artigo 190 do Novo Código de Processo Civil⁷ que assim dispõe: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Primeiramente é necessário expor críticas pessoais a tal nomenclatura. O referido instituto não é negócio e tampouco processual, o que não é possível concordar com os ideais e tampouco compreender o que pretenderam os idealizadores da criação do referido instituto, talvez a aplicação do instituto na prática faça mais sentido que a nomenclatura.

Negócios processuais então seriam formas de acordos entre as partes envolvidas nos litígios, para que se formulem cláusulas e regras próprias, para cada processo, cabendo ao juiz exercer apenas juízo de validade quanto às cláusulas.

No próximo capítulo serão tecidos comentários relativos à discordância do referido instituto.

⁷ BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 11 nov. 2016.



A estrutura de solução de conflitos tem como gênero os meios alternativos de solução de conflitos, a saber: a autotutela; a autocomposição; heterocomposição que tem como subspécies: jurisdição, arbitragem, conciliação, a mediação e as decisões dos tribunais administrativos.

São elas as principais: a arbitragem, conforme a Lei n. 9307/96⁸; a conciliação e a mediação, Lei 13.140/15 e trazidas também no Código de Processo Civil de 2015.

A arbitragem é uma forma de autocomposição em que a decisão final é proferida por um juiz arbitral. Nesse juízo, a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira, ou seja, é a decisão do julgador que as partes devem estar submetidas.

Na conciliação, as partes se ajustam a um denominador comum por interferência do conciliador, que acolhe os argumentos das partes e define a melhor solução sob a chancela do magistrado, diferente do que ocorre na mediação.

O artigo 1º, Parágrafo Único da Lei 13.140/2015 prevê que considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

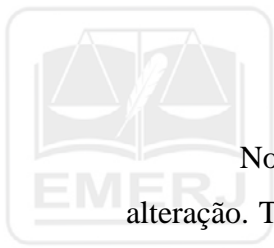
É um método completamente diferente dos outros, pois nesse, as próprias partes são quem decidem o destino final da reunião de interesses, as linhas decisórias são das partes, cabendo ao mediador apenas a condução.

Infelizmente, tais formas de autocomposição não ganharam tanta força, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário foi mais forte e vem vencendo o legislador.

O jurisdicionado, por não ser obrigado a se submeter a qualquer dessas formas de autocomposição, dispensa-as, desaguando novamente suas pretensões no Poder Judiciário. O que ainda não se percebeu é que de tempos em tempos, vem sendo privado, sem perceber, do seu direito constitucional à litigância judicial.

Enunciado de súmulas, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça e Súmulas Vinculantes, vão ditando regra de respeito em processos judiciais em trâmite, também como fontes limitadoras de demandas judiciais.

⁸ BRASIL, Lei de Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 31 mai. 2016.



No Código de Processo Civil, tornam-se flagrantes as intenções do legislador a cada alteração. Tem-se como exemplo a Lei n. 9.756/98⁹ que foi responsável por alterar a redação do artigo 557 do Código de Processo Civil, além de dar outras providências, faz com que o próprio Relator julgue de plano o recurso, para provimento ou sua negativa.

Além desse caso, o artigo 285-A do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.277/2006¹⁰ traz a previsão de rejeição liminar da demanda quando a matéria for de direito e já houver sentença de total improcedência em casos idênticos.

São também exemplos as Leis: 11.341/2006¹¹; 11.418/2006¹² e 11.672/2008¹³. Todas essas, trouxeram drásticas mudanças no recebimento, análise e julgamento dos recursos especial e extraordinário.

Atualmente, com a implantação dos projetos de resolução do mérito atendendo a determinado requisito, o principal deles foi o META 2¹⁴ criado pelo Conselho Nacional de Justiça, instituído que a partir de 2009 vem sendo o tormento de magistrados e servidores, empenhados em mutirões para reduzir a quantidade de processos ativos. Grande atenção se deu aos números e metas em detrimento às soluções jurisdicionais justas.

Algum desavisado poderá pensar que todos os exemplos apresentados têm como intuito a preservação do princípio da duração razoável do processo. Ledo engano. A cada legislação, o que se busca é a erradicação de processos e a busca por drástica redução de processos judiciais.

Por fim, o mais moderno método criado pelo Legislador para tentar uma erradicação de processos, é o Novo Código de Processo Civil.

A autocomposição é uma forma de solução de conflito em que uma das partes ou as duas partes entram em consenso, ou seja, senso comum, sobre a pretensão e a resistência¹⁵.

⁹ BRASIL, Lei regula processamento de recursos no Tribunal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm> Acesso em: 31 mai 2016

¹⁰ BRASIL, Lei Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

¹¹ BRASIL, Lei 11.341/2006, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11341.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

¹² BRASIL, Lei 11.418, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

¹³ BRASIL, Lei 11.672/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/composicao/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13353-o-cnj-e-a-meta-2> Acesso em: 31 mai. 2016

¹⁵ CALADO, Maria dos Remedios. *A Autocomposição: uma análise das modalidades usuais e dos elementos processuais e não processuais na resolução dos conflitos*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9419 Acesso em: 31 mai. 2016.



Necessário ceder ou a pretensão ou a resistência para que se atinja um denominador comum para ambas as partes.

As outras formas de autocomposição não tiveram um reflexo positivo ao longo dos anos de vigência na Justiça brasileira, muito pelo contrário, com o princípio da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, previsto no artigo 5, XXXV da Constituição da República, fez com que houvesse a possibilidade de ser revista a decisão, com conseqüente avalanche de demandas judiciais para assoberbar ainda mais o Poder Judiciário.

3. A CRÍTICA DO INSTITUTO NEGÓCIOS PROCESSUAIS HIPÓTESES E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO INSTRUMENTALIZADO

Além da crítica peculiar a todo Código de Processo Civil de 2015 que merece uma nova oportunidade em outro trabalho, cabe tecer sérias críticas ao instituto inovador do referido Código que são os chamados negócios processuais.

O CPC foi criado tendo por base algumas premissas e, entre elas, é a de que a sociedade já estaria madura o suficiente para realizar a autocomposição, tanto no plano material como quanto a aspectos processuais.

Um argumento contrário é que a jurisdição é atividade pública, não podendo receber tratamento assemelhando ao da arbitragem que permite essa possibilidade de ajustes rituais, especialmente no que diz respeito à formatação do compromisso arbitral (art. 11, Lei n. 9.307/96¹⁶) e é a esse entendimento a filiação.

Alguns exemplos de convenções processuais podem gerar um verdadeiro caos cartorário se todos os demandantes quiserem modificar o rito ou quiserem criar calendários próprios para a prática dos atos.

Os “negócios processuais”, oportunizarão às partes elaborarem formas procedimentais que sujeitarão o juiz ao cumprimento. Haverá possibilidade de criação de calendários de audiência e de apresentação de peças processuais a serem ajustados pelas partes.

Discussão na doutrina é a natureza jurídica, ou seja, saber se se trata de autocomposição ou heterocomposição ou um instituto *sui generis*, por enquanto não se chegou a ser pacificada a natureza jurídica do instituto.

¹⁶BRASIL, Lei de Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 31 mai. 2016



Os negócios processuais não serão capazes de resolver a inflação criada no Poder Judiciário. Há doutrinadores que entendem que a supervalorização do Poder Judiciário e a necessidade de chancela dos documentos proferidos nesses acordos, foi o passaporte para a ausência de eficácia social dos critérios de autocomposição.

Descrente da possibilidade que os negócios processuais sejam capazes de resolver e tampouco dinamizar a solução dos conflitos. Primeiramente porque se todos os jurisdicionados quiserem gerenciar, manobrar ou sugerir seus ritos, tranca todo procedimento de trabalho e rotina cartorária tanto do magistrado quanto da serventia, assim, seria impossível de tramitar os outros processos que preferiram não transacionar qualquer cláusula.

Muito pelo contrário, haverá inúmeras situações que serão apontadas como passíveis de gerarem negócios processuais.

Por outro lado, essa garantia, outorgada na Constituição, dá mais ênfase e realce àquela da tutela jurisdicional, constitucionalmente consagrada, no art. 5º, XXXV, para a defesa de direito atingido por ato lesivo, visto que a torna intangível até mesmo em face de 'lex posterior', depois que o Judiciário exaure o exercício da referida tutela, decidindo e compondo a lide.

A população brasileira está diante do instituto da privatização do processo civil. Muito mais do que as partes interferirem, opinarem e se manifestarem cada um por seu pleito, trata-se de profundo ato atentatório à estrutura de um país que adotou como norte o Estado Democrático de Direito.

O Poder Legislativo é o órgão da República genuinamente legiferante, ou seja, é o órgão específico para legislar. Infelizmente, o que pretende tal instituto é tornar as partes grandes legisladores, o que não tem qualquer guarida pela legislação pátria.

O artigo 22, I da Constituição da República prevê que é competência da União legislar sobre Processo Civil, não havendo menor possibilidade de se compatibilizar o artigo 190 do Código de Processo Civil com a previsão constitucional.

É de fácil constatação que se pretende atribuir negativa de vigência a norma constitucional, deixando-a de atribuir validade e eficácia, o que se denomina tecnicamente de norma inconstitucional.

O poder de transacionar não é novidade, existia muito antes dessa década, o que se pretende evitar é que as partes tenham poder ilimitado no que tange ao procedimento processual.



A própria previsão do artigo que descreve os negócios processuais não é capaz de limitar o poder de atuação das partes, muito pelo contrário, pela redação constante, demonstra que os poderes das partes negociarem são ilimitados.

Doutrinadores começam a escrever sobre o tema, sem contudo haverem obras de peso acadêmico tratando da questão. O doutrinador Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁷ tem uma obra sobre o tema, talvez a obra de referência na atualidade sobre o tema, ponderando também os poderes das partes negociarem.

O Doutor Juiz Federal Rodolfo Kronenberg Hartmann¹⁸ também é doutrinador e suas opiniões possuem grande peso no ordenamento jurídico, doutrinador que merece filiação, visto que, é plenamente crítico aos poderes das partes para negociar.

Ambos os doutrinadores em suas obras tecem sérias críticas ao instituto dos negócios processuais, sob a alegação principal de que é um poder muito grande ao alvedrio das partes e que pode ser demasiadamente atentatório a justiça.

Por esse viés, a crítica é inteiramente pertinente, ou seja, trata-se da privatização do procedimento, conduta completamente inconstitucional à luz da Constituição da República atual.

O art. 191 CPC de 2015, dispõe que o juiz e as partes poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais. Trata-se, de regra com inspiração no processo arbitral conforme explanado outrora.

Inimaginável a possibilidade das partes escolherem data para audiência sem comunicação ao juiz, impossível que tal procedimento seja realizado dessa forma, toda atividade cartorária e o prosseguimento da gestão da serventia ficará à disposição das partes.

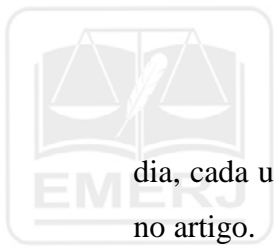
Situação comum a acontecer será o desprezo pelo magistrado das datas designadas pelas partes, por qualquer motivo de cunho pessoal ou cartorário, que impedirão da realização da audiência.

Como salientado outrora, a razoável duração do processo estará objetiva e sem força. Conforme dispõe o § 1.º do art. 191 do CPC de 2015, o calendário vincula as partes e o juiz, de modo que os prazos nele previstos somente poderão ser modificados em casos excepcionais e devidamente justificados.

Possivelmente a hipótese criada pelo artigo é nos casos de varas de interior dos Estados, porque nas capitais sua ocorrência será impossível. Trinta ou quarenta audiências por

¹⁷ | PINHEIRO Paulo Cezar Carneiro e DALLA Humberto Bernardina de Pinho (Coord.). Novo Código de Processo Civil Anotado e Comparado: Rio de Janeiro. Forense, 2015.

¹⁸ KRONENBERG Rodolfo Hartmann. Curso Completo do Novo Código de Processo Civil: Rio de Janeiro, Impetus, 2016.



dia, cada uma com um procedimento, não permitirão ao magistrado tal oportunidade prevista no artigo.

Trata-se do § 2.º do art. 191, que estabelece o seguinte: tendo havido o pacto, o negócio que fixou um calendário que passa a vincular partes e juiz, ficam dispensadas todas as intimações das partes para a prática de ato processual ou para a realização de audiências, cujas datas tenham sido previamente designadas no calendário.

Esse Artigo será insuficiente para apontar todas as questões que poderão ser suscitadas para confrontar o instituto e o trâmite processual atual, por isso, apenas algumas discussões serão levantadas.

Outra questão passível de discussão é com relação aos ritos do Código de processo civil, será que as partes poderiam escolher a especialidade de cada rito e criarem o seu rito?

Por enquanto, também é pergunta que não foi respondida e por um breve futuro também será impossível de ser respondida.

Outro questionamento é como ficaria prescrição e decadência, ou normas de ordem pública em geral, que podem ser alegadas a qualquer tempo por qualquer das partes e ao juiz de ofício, seria possível as partes convencionarem a não incidência de tal instituto?

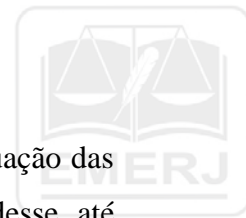
A não incidência da prescrição ou da decadência em qualquer caso, também é atentatório à justiça pois o devedor estaria enlaçado eternamente ao título executivo ou a dívida de qualquer natureza, ferindo de morte o princípio constitucional da segurança jurídica.

Impossível imaginar como ficaria a execução fiscal no que tange a cobrança de tributos, será que também se poderia acordar qual seria o prazo prescricional. Prescrição e decadência têm prazo material, ou seja, atinge ao objeto e não ao processo, porém, é possível se pensar na hipótese.

Difícil também imaginar como seria a atividade dos auxiliares da justiça: Oficiais de Justiça, Peritos, Avaliadores, Leiloeiros, etc...Seria possível ajustar suas condutas ao alvedrio das partes??

Nota-se que é uma situação complicada. Existe previsão legal de que qualquer conduta das partes que seja em desconformidade com o trâmite normal do processo é considerado ato atentatório a justiça, razão de decidir que não mais se sustenta, visto que as partes poderão gerenciar as atividades dos auxiliares da justiça.

Outro tópico bastante relevante é como ficaria a sentença no caso concreto na hipótese de as partes acordarem a sentença, ou o prazo que o juiz deve proferir sentença ou qualquer situação esdrúxula nesse sentido.



Outra vez é importante ressaltar que o legislador deixou livre a seara de atuação das partes nos negócios processuais. Logicamente, nenhum juiz permitiria um absurdo desse, até porque feriria a prestação da tutela jurisdicional.

Últimas questões a serem apontadas são a incidência dos negócios processuais no trânsito em julgado e na coisa julgada.

O trânsito em julgado é a ausência de possibilidade de recurso da decisão, tendo em vista o esgotamento das vias impugnatórias ou perda do prazo para recurso e consequentemente o trânsito em julgado da decisão final.

A coisa julgada se forma após ultrapassado o prazo descrito no parágrafo anterior tornando-se coisa julgada material. Após dois anos do trânsito em julgado, há a possibilidade de se rever a matéria, porém, é possível apenas em matérias específicas, ultrapassado esse caso ocasionaria o instituto da coisa soberanamente julgada e, em tese, imutável.

Aplicando a incidência dos negócios processuais no trânsito em julgado e consequentemente, na coisa julgada as partes poderiam negociar recurso e prazo para interposição, o que entraria em choque com os institutos delineados.

Nos negócios processuais em que envolverem demandas relativas ao direito do consumidor, haverá palavras truncadas ou subjetivas propositais, para amparar ilicitamente direitos das grandes empresas privadas. Demandas que tratem de prestação de serviços públicos da Administração Pública direta ou indireta também terá como alvo do ilícito a parte mais frágil desta relação que é quem recebe tal serviços, que são os consumidores e administrados de maneira geral.

Por conseguinte, a maioria das situações geradas trarão colisão entre os negócios processuais e o princípio constitucional da segurança jurídica, abordado outrora como principal princípio constitucional a ser colidido com o instituto do negócio processual.

CONCLUSÃO

Os negócios processuais são institutos de origem no novo Código de processo Civil de 2015 e são formas de autocomposição de conflito que inovam na seara processual brasileira.

Assim, por mais que sejam mais um método de autocomposição de conflito, não cumprirá a função idealizada pelos legisladores.

Primeiramente porque nenhum, ou poucos juízes aderirão ao citado instituto, e conforme o artigo 97 da Constituição da República o juiz de primeiro grau tem esse poder de afastar a lei que entender inconstitucional.



Em segundo lugar, vários institutos do Código de Processo Civil e a própria sistemática da prática forense não são compatíveis com o instituto dos negócios processuais.

Se por alguma razão, um dos objetivos do legislador foi desatar o atual caos que envolve a onda de judicialização, esse objetivo não vai ser alcançado por vários motivos relevantes que foram explanados.

O que se defende aqui não é a erradicação do instituto dos negócios processuais, mas sim uma regulamentação mais concreta que seja baseada na realidade do Brasil e do Processo Civil brasileiro, para somente após, apreciar a plausibilidade no instituto.

Por ser um instituto novo na lei processual vários trabalhos, palestras, teses, livros e jurisprudência serão formadas para discutir o assunto. Por enquanto, a discussão é apenas teórica, porém, com a evolução do Direito como ciência muitos conceitos podem mudar ou então sacramentar-se como são, no intuito de estabilizar as relações processuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em: 22 set. 2015.
_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 31 mai.2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Acesso em: 31 mai.2016.

_____. Lei 11.341/2006, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111341.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Lei 11.418, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Lei 11.672/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Lei de Arbitragem. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Lei regula processamento de recursos no Tribunal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm> Acesso em: 31 mai 2016

_____. Lei Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm Acesso em: 31 mai. 2016.¹

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 mai. 2016.

CALADO, Maria dos Remedios. A Autocomposição: uma análise das modalidades usuais e dos elementos processuais e não processuais na resolução dos conflitos. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9419 Acesso em: 31 mai. 2016.

FREITAS, Alexandre; CÂMARA. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

KRONEMBERG, Rodolfo; HARTMANN. *Curso Completo de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

_____. Rodolfo Hartmann. *Curso Completo do Novo Código de Processo Civil*: Rio de Janeiro, Impetus, 2016.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/composicao/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13353-o-cnj-e-a-meta-2> Acesso em: 31 mai. 2016

MELO, Daniela Mendonça de. *A interpretação jurídica em Kelsen*. Disponibilizado em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957> Acesso em 31 mai. 2016.

PINHEIRO Paulo Cezar Carneiro e DALLA Humberto Bernardina de Pinho (Coord.). *Novo Código de Processo Civil Anotado e Comparado*: Rio de Janeiro. Forense, 2015.



SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati . *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414 > Acesso em 31 mai. 2016.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PREVISTA NO ART. 6 DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

William Teitel

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ. Advogado.

Resumo: Com a promulgação da atual Constituição Federal, o Ordenamento Jurídico teve uma drástica alteração de paradigma com a inclusão de bens jurídicos na categoria de direitos fundamentais. Um deles foi o sigilo de dados na sua vertente sigilo bancário. Entretanto, esse novo *status* não confere características absolutas, motivo pelo qual a própria Constituição lhe impõe algumas limitações. Nesse contexto surge o interesse do Estado no progressivo aumento da fiscalização e arrecadação, justificativa para a elaboração da Lei Complementar 105/2001 que permite, em seu artigo 6º, a quebra do sigilo bancário pelos agentes fazendários sem manifestação prévia do Poder Judiciário. A partir desse conflito de normas surge a questão de como resolvê-lo sem anular os direitos em atrito.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Quebra de Sigilo Bancário. Arrecadação de Tributos. Artigo 6º. Lei Complementar 105/2001.

Sumário: Introdução. 1. A Histórica Opção Legislativa e o Insucesso dos Contribuintes. 2. Conflito Normativo entre o Direito ao Sigilo Bancário e o Interesse Público na Arrecadação de Tributos. 3. Fundamentos da Decisão do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo trata do questionamento sobre a constitucionalidade da permissão legal de quebra do sigilo bancário dos contribuintes pelo simples requerimento dos órgãos fazendários estatais. A partir da apresentação das normas em questão serão usados métodos de interpretação fornecidos pela doutrina e utilizados pela jurisprudência para demonstrar a possibilidade de convivência entre elas sem afastar por completo a incidência de uma ou outra no caso concreto.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, as pessoas, nacionais ou não, tiveram diversos direitos expressamente reconhecidos e elevados ao patamar de fundamentais, a exemplo do sigilo bancário, objeto deste estudo. Ele representa uma garantia



de que o Estado não se imiscuirá na vida privada das pessoas, garantindo-se a elas a integridade de informações pessoais, tais como locais que frequenta, preferências, gastos, círculo de relacionamento e outros.

Embora o sigilo bancário tenha passado ao *status* de direito fundamental, o legislador complementar, sem amparo expresso na Constituição, o restringiu com o objetivo de combater o inadimplemento fiscal e incrementar a arrecadação. Mais especificamente, a norma em questão autorizou a quebra do sigilo bancário mediante requerimento de agente fazendário sem a necessidade de prévia decisão judicial.

De posse do conhecimento desse conflito, o primeiro capítulo traçará o histórico legislativo e jurisprudencial nacional desse conflito, demonstrando qual a opção do legislador desde o início.

Já no segundo capítulo, apresenta-se o questionamento se o interesse arrecadatário justificaria tamanha invasão aos dados bancários dos contribuintes sem manifestação do Poder Judiciário que tem, como uma de suas funções, evitar a violação dos direitos fundamentais.

Ocorre que essa dicotomia não é tão simples, pois diversos fatores essenciais estão em questão. Um deles é a necessidade de proteção do núcleo essencial do sigilo bancário face a possibilidade de sua quebra. Outro fator nesse exercício hermenêutico é a consideração se realmente há uma necessidade de aumentar a fiscalização e a arrecadação fiscais. E, mesmo se houver, como evitar que isso subjugue um direito fundamental.

Conforme elaborado no terceiro capítulo, o STF, antes do término deste trabalho, decidiu a questão de modo contrário ao aqui exposto. Por isso, os argumentos disponíveis até o momento serão analisados para, ao fim, apresentar uma opinião sobre eles.

Assim, entender corretamente o alcance e o sentido das normas em questão é fundamental para a melhor ponderação dos interesses e conclusão do presente estudo.

A metodologia usada para elaboração deste trabalho foi a qualitativa pelo método bibliográfico descritivo, pois suas principais fontes foram a doutrina e a jurisprudência.

1. A HISTÓRICA OPÇÃO LEGISLATIVA E O INSUCESSO DOS CONTRIBUINTES

A primeira regra sobre quebra de sigilo bancário foi disciplinada no Decreto n. 47.373/1959, que aprovou o Regulamento do Imposto de Renda e que também tratava do assunto. Posteriormente, foi editada a Lei n. 4.595/1964 que autorizava o envio de informações bancárias dos correntistas, pelas instituições financeiras, aos agentes fiscais.

Em seguida, foi promulgado o Código Tributário Nacional que estabelece em seu artigo 197 a prerrogativa conferida às autoridades fazendárias de intimar os bancos para que forneçam informações relacionadas aos bens, negócios ou atividades dos correntistas. Em 1988, o sigilo bancário foi alçado ao patamar de direito fundamental expressamente previsto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Nesse momento histórico, um direito reconhecido aos contribuintes foi transformado em direito constitucional, limitador do poder estatal. Isto, por si só, já é motivo suficiente para demonstrar o conflito normativo. Contudo, essa celeuma não nasceu em 1988.

Há precedente de 1966¹, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de dispositivo do Decreto n. 47.373, sob o argumento de que não haveria perigo de “devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto (...) os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo”.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 15.925. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=113338>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

A discussão foi inflamada a partir da Lei Complementar n. 105/2001, diploma que revogou a Lei n. 4.595/1964 e, assim como as anteriores, autoriza a quebra do sigilo bancário, em seu artigo 6^o, sem que o Fisco se socorra do Poder Judiciário.

Em virtude dessa sucessão de normas sobre o assunto, diversas autuações fiscais foram elaboradas, com graves consequências para os contribuintes, seja pela imposição de multas altíssimas³, seja pela cobrança retroativa de tributos para os optantes do Simples Nacional⁴ que foram excluídos, ou outras consequências.

Apesar dos notórios prejuízos aos contribuintes, independentemente de eventual inadimplemento ou não, a questão não se resume a esse ponto, mas a violação, por si só, de um direito fundamental.

É certo que a Constituição foi criada com o objetivo de limitar o poder estatal e assegurar garantias aos indivíduos de que lhes seriam garantidos alguns direitos.

Como não existem direitos absolutos, o Poder Constituinte Originário previu em determinados dispositivos da Constituição Federal que alguns direitos podem ser limitados por norma constitucional, pela legislação infraconstitucional a ser futuramente editada, fenômeno reconhecido como “reserva de lei”, ou por decisão fundamentada da autoridade judiciária competente para o caso concreto, também chamado de “reserva de jurisdição”.

No entanto, o legislador complementar previu um caso em que um direito fundamental será restringido por uma lei infraconstitucional sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

² Art. 6^o As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

³ Em alguns casos pode passar de 70%, conforme artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996.

⁴ Artigo 29 da Lei Complementar 123/2006.

Com base nessa explicação é possível compreender o atual panorama da questão posta em debate e os direitos que estão em constante atrito neste tema: de um lado, o direito da Administração Pública de fiscalizar e arrecadar tributos, e de outro o direito fundamental ao sigilo bancário.

Exatamente por isso que havia múltiplos processos, judiciais ou administrativas, tratando do assunto, por ter sido o crédito tributário lançado suporte na permissão da referida Lei Complementar.

Nesse sentido, por se tratar de uma questão de extrema relevância, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406 em face do referido artigo 6º, bem como reconhecida a repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 601.314.

No dia 24 de fevereiro de 2016, o Plenário do STF julgou as ações diretas em conjunto com o referido recurso e, por maioria de 9 votos a 2, reconheceu a constitucionalidade da norma atacada. Em que pese a momentânea indisponibilidade do acórdão⁵, um dos fundamentos tornados públicos é a circunstância de que seria o caso de transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros⁶.

Apesar do aparente término da discussão, seu objeto ainda persiste para fins acadêmicos e jurisprudenciais, visto que o próprio STF já reconheceu na ADI n. 5.105 a não vinculação do Poder Legislativo às decisões em controle abstrato, sendo possível, portanto, a edição de lei em sentido oposto ao decidido, ou seja, “reversão jurisprudencial”⁷.

⁵Na data de 08 de março de 2016 ainda não foi publicado nem disponibilizado.

⁶Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08mar. 2016.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

2. CONFLITO NORMATIVO ENTRE O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO E O INTERESSE PÚBLICO NA ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS

Para a melhor compreensão dessa colisão é necessário tecer breves considerações sobre as normas em questão.

A Constituição Federal impõe ao Estado diversos deveres, podendo ser citados a segurança, a saúde e educação públicas, a proteção do meio ambiente entre outros. Para tanto, ele deve ter recursos necessários, que podem ser auferidos por meio de negócios jurídicos ou pela tributação.

Com efeito, dependendo da opção do papel do Estado, ele deverá tributar, fiscalizar e arrecadar mais ou menos. Conseqüentemente, os contribuintes adaptarão suas relações jurídicas de modo a suavizar a incidência tributária e a Administração Pública, por sua vez, buscará aumentar os meios e poderes de fiscalização, culminando num ciclo vicioso.

Nesse cenário, surgem, então, dois polos em conflito: de um lado os contribuintes, interessados em diminuir a despesa com tributos, e de outro a Administração Pública interessada em aumentar a arrecadação. Em outras palavras, estão em eterno atrito os direitos fundamentais, como a privacidade, intimidade e sigilo bancário, com o interesse público consistente em incrementar o crédito público.

Terminados os breves comentários, é de se partir para a análise dos direitos do polo mais vulnerável da relação: o contribuinte.

A doutrina afirma que o surgimento dos direitos fundamentais não se deu num momento exato na história, mas que foram produto de uma lenta evolução. Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que “os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato”⁸. Em seguida, prossegue

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.

afirmando que “os direitos fundamentais assumem posição de (...) realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, embora tratando do tema constitucionalismo, mas que se aplica igualmente, seguem na mesma linha quando consignam que “a ideia de Constituição (...) está profundamente associada ao constitucionalismo moderno, que preconiza a limitação jurídica do poder político em favor dos direitos dos governados⁹”.

Seria correto, portanto, afirmar que os direitos fundamentais foram criados ao longo do tempo para proteger os indivíduos do uso arbitrário do poder estatal, pois o Estado, historicamente, violava direitos e oprimia os súditos.

Esse fenômeno é chamado de “gerações de direitos fundamentais”. No que importa ao presente estudo, o direito à privacidade e à intimidade surgiram na 1ª geração, que com o passar do tempo evoluíram e deram espaço a um novo direito: o sigilo de dados. Este, por sua vez, desmembra-se em sigilo fiscal, bancário e de comunicações.

Especificamente sobre o sigilo bancário, ele se tornou direito fundamental, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, ao ser positivado no artigo 5º, inciso XII o seguinte: “é inviolável o sigilo (...) de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”¹⁰.

Apesar desse reconhecimento formal do *status* de fundamental, o sigilo bancário não é absoluto. Parte da doutrina ensina que para a limitação de um direito fundamental é

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 67.

¹⁰ _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

imperioso que se identifique o seu âmbito de proteção. Isso se faz por dois meios: (i) identificação do bem jurídico protegido e de sua amplitude, e (ii) verificação de restrições no texto constitucional¹¹.

No caso do sigilo bancário, o bem jurídico protegido é a privacidade e intimidade de fatos íntimos da esfera privada do indivíduo, alcançando, por exemplo, a opção política, orientação sexual, religião, locais que frequenta, situação econômica, amigos próximos entre outros. Observa-se que se inclui na privacidade quase tudo relacionado à vida de uma pessoa.

O texto constitucional não traz expressa uma cláusula de reserva legal que limite o sigilo bancário como o faz com o exercício de profissão, por exemplo. Isso, no entanto, não significa que ele seja absoluto, mas que eventual lei infraconstitucional que restrinja esse direito não pode atingir o seu núcleo essencial, sob pena de torná-lo letra morta.

É nesse contexto que se insere o sujeito do outro polo da relação: o Estado. Conforme dito em outra passagem, a Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado diversos deveres, os quais demandam recursos financeiros de expressivo valor.

A receita pública necessária para implementar esses deveres derivam, em grande parte, da tributação. O recolhimento de tributos é um dever jurídico imposto aos indivíduos que preencham os requisitos legais. Esse dever de contribuir deriva da cláusula geral de solidariedade. Visto por outro prisma, o dever jurídico de pagar tributo tem no Estado o respectivo titular do direito fundamental de arrecadar.

Definidos os direitos em conflito e seus titulares, é necessário analisar qual dos direitos irá preponderar.

O legislador já demonstrou ao longo do tempo a sua opção sobre o tema. Diversas leis já autorizaram a quebra do sigilo bancário, sem a necessidade de autorização judicial,

¹¹MENDES; BRANCO. op. cit., p. 194.

com o objetivo de aumentar o poder fiscalizatório e, conseqüentemente, incrementar a arrecadação. A mais recente é a Lei Complementar n. 105/2001¹² que permite aos agentes fazendários requisitarem diretamente das instituições financeiras informações relativas a depósitos e aplicações financeiras de contribuintes que tenham contra si processo administrativo ou procedimento fiscal em curso.

No entanto, a restrição de um direito fundamental é um tema sensível que não deve ser relegado à clássica e rasa expressão “o interesse público prevalece sobre o privado”. A doutrina constitucionalista, a exemplo de Canotilho, reconhece que os direitos fundamentais podem ser limitados por três espécies de restrições: imediata, mediata e resolução de conflitos. A primeira é a que deriva de expressa previsão constitucional, a segunda decorre de lei com fundamento direto da Constituição e a terceira resulta da necessidade de resolução de conflitos entre direitos¹³.

Como se sabe, o inciso XII do art. 5º da Constituição não exigiu lei para limitar o sigilo bancário, tampouco há no texto constitucional disposição expressa nesse sentido. Portanto, sua limitação somente pode ocorrer a partir do conflito com outros direitos que, no caso, seria o direito do Estado de arrecadar. Entretanto, essa restrição não é absoluta, fenômeno conhecido como “limites dos limites”, ou “*Schranken-Schranken*”. Essa construção teórica busca preservar o núcleo essencial do direito no caso de uma norma reduzir sua incidência.

Apesar dessa evolução conceitual, ainda é difícil definir o que seja “núcleo essencial” de um direito. A própria Constituição brasileira não indica essa solução, mas apenas reforça a existência de limites por meio das cláusulas pétreas. Para contornar a

¹²BRASIL. Lei n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

¹³CANOTILHO GOMES, J. J. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 657.

situação, Gilmar Mendes sugere a aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁴. Proporcionalidade, para Humberto Ávila, “se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos (...) discerníveis, um meio e um fim”¹⁵.

Assim, de acordo com tal método hermenêutico, deve ser examinada a compatibilidade do art. 6 da Lei Complementar n. 105/2001 com o sigilo bancário para averiguar se o referido dispositivo viola o núcleo essencial desse direito fundamental.

A proporcionalidade se reparte em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que a análise do subsequente fica condicionada à satisfação do anterior. A adequação é a capacidade de o meio atingir o objetivo almejado. Já a necessidade é a verificação se há meios alternativos menos restritivos que o escolhido e que alcancem igualmente a finalidade. Por fim, proporcionalidade em sentido estrito é o fato de as vantagens com o fim alcançado superarem as desvantagens causadas por esse meio.

De partida é fácil verificar que a requisição de informações do contribuinte pelo agente fazendário diretamente à instituição financeira aumenta a arrecadação porque ele passará a ter conhecimento total das movimentações financeiras. Portanto, esse meio alcança o fim pretendido e passa-se ao próximo subprincípio.

A análise da necessidade é mais complexa, pois existem diversos meios de alcançar maior eficiência na arrecadação. De imediato já se chega a tal conclusão por meio da leitura do Código Tributário Nacional, donde se extrai a aplicação retroativa de novos critérios de apuração e ampliação de poderes (art. 144, §1º), revisão do lançamento (art. 149, parágrafo único), a responsabilidade tributária (art. 128), preferências e privilégios (art. 183 e seguintes), entre outros. Outros fora do CTN são a medida cautelar fiscal (Lei n. 8.397/92), a possibilidade de levar a protesto certidão de dívida ativa (art. 1º, parágrafo único, Lei n.

¹⁴MENDES; BRANCO. op. cit., p. 214.

¹⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 3ª tiragem. São Paulo:Malheiros,2005, p. 112.

9.492/97), securitização da dívida ativa¹⁶, combate a corrupção e maus gestores¹⁷, entre outros.

Exemplo dessa última medida é a recuperação de mais de R\$ 870 milhões de reais na Operação Lava Jato, segundo o MPF e a PF¹⁸. Some-se a isso que a arrecadação bate recordes a cada ano¹⁹ e a única conclusão possível é que a fiscalização e arrecadação não são ineficientes, mas apenas que a má gestão do dinheiro público impõe a necessidade de compensar esse déficit transferindo a responsabilidade de recompô-lo para os contribuintes. Assim, é ilegítimo o argumento favorável a aumentar os poderes fiscalizatórios se não há ineficiência dos meios já existentes. Isso demonstra duas coisas: que não há motivos para quebrar o sigilo porque não há ineficiência a ser solucionada; e, ainda que se deseje aumentar a fiscalização, existem outros meios de incrementá-la e de aumentar arrecadação que são menos lesivos ao referido direito.

Não se está defendendo a impossibilidade de quebra de sigilo bancário, mas que o seu uso seja deferido por autorização judicial, pois assim se submete o conflito de interesses a um órgão imparcial. Esse raciocínio compatibiliza os dois direitos em questão sem que um seja eliminado pelo outro. Em outras palavras, impede que o núcleo essencial do sigilo bancário seja atingido e garante aplicabilidade ao direito do Estado de fiscalizar e arrecadar.

3. FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes do término deste trabalho foi proferida decisão nos processos citados anteriormente. Apesar de ainda não publicados os acórdãos até o dia 12/04/2016, colhe-se de

¹⁶ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/governo-planeja-vender-divida-ativa-para-fazer-caixa>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

¹⁷ Por meio da Ação de Improbidade, Ação Popular, Lei Anticorrupção, Direito Penal entre outros.

¹⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/lava-jato-completa-500-dias-com-recuperacao-de-r-870-milhoes.html>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3755406/arrecadacao-total-da-receita-federal-bate-recorde-para-setembro>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

algumas fontes²⁰ os fundamentos usados pelos Ministros: necessidade de instrumentos eficientes de fiscalização, concretização da Justiça Fiscal e transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

O primeiro argumento é a necessidade de que a fiscalização seja mais eficiente. Entretanto, conforme analisado no capítulo anterior, a fiscalização não é ineficiente, mas, pelo contrário, atua decisivamente para que seja superado ano após ano o recorde de arrecadação.

Outro dado que demonstra o enorme poder fiscalizatório dos agentes fazendários é a sua contribuição para o aumento das despesas dos contribuintes com a contratação de pessoal e gasto de tempo exclusivamente para compreensão e elaboração das obrigações acessórias. Isso interfere no preço do produto ou serviço final e onera sobremaneira o consumidor, pois o particular produtor de riqueza repassará o ônus econômico de tal obrigação. Vide os efeitos nefastos que a Emenda Constitucional n. 87/2015 operou no recolhimento de ICMS na venda pela internet. Há depoimentos de sociedades empresárias de que o preenchimento de obrigações acessórias tornou tão complexa e lenta a venda de produtos *online* que os consumidores estão reclamando da demora na entrega em domicílio.

Ainda que se entenda ineficiente a fiscalização e arrecadação, o real problema não está nesse ponto. Ninguém dúvida que o Brasil tem tributos em grande quantidade e intensidade. Do mesmo modo, é inquestionável a capacidade dos procuradores fazendários e agentes fiscais no seu ofício, bem como a enormidade de execuções fiscais no país. O real gargalo está na excessiva proteção que a legislação confere ao devedor. Somente o dispositivo que reconhece a impenhorabilidade absoluta tem onze incisos, além da proteção do bem de família legal a alguns tributos. Do mesmo modo, frequentemente são editadas leis concedendo

²⁰Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N>> e <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/observatorio-constitucional-resta-sigilo-bancario-decisao-supremo>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

parcelamento, remissão e anistia, sendo um incentivo a postergação do pagamento até que surja nova norma nesse sentido.

O segundo argumento é a concretização da Justiça Fiscal. Apesar de não ser o tema deste estudo, essa questão está mais relacionada com a forma de tributação e repercussão do ônus financeiro ao consumidor final que com decisões judiciais alargando poderes fiscalizatórios. Essa Justiça ser alcançada por outros instrumentos que não anulam um direito fundamental, por exemplo, quebra do sigilo bancário por decisão judicial, uso de alíquota progressiva e da seletividade. Além disso, não é cobrando mais dos devedores em inadimplemento que será feita essa Justiça, pois a tributação continuará a ser intensa sobre os menos abastados.

O último argumento é que a requisição direta das informações dos contribuintes não viola o sigilo bancário porque elas passarão a ser protegidas pelo sigilo fiscal. Todavia, os sujeitos passivos de ambos os direitos são diferentes: no sigilo bancário é a instituição financeira e no sigilo fiscal é o Fisco. A única coisa em comum entre eles é a proibição que terceiros tenham acesso aos dados que os sujeitos passivos têm em mãos.

Cada direito tem o seu respectivo sujeito ativo e passivo, sendo que esta última figura pode ser substituída por outra, ou não, conforme o caso. Assim, de acordo com o entendimento do STF no RE n. 201.819²¹, não apenas o Estado deve respeitar o devido processo legal, mas também a associação que quiser excluir um associado. Por outro lado, parece óbvio que o direito a ter a sua prisão ilegal relaxada se dirige exclusivamente aos órgãos estatais.

Esse raciocínio ajuda a demonstrar o erro do terceiro fundamento da decisão. O STF permitiu que um bem jurídico tenha sua proteção relativizada porque o sujeito passivo de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

outro direito fundamental continuará a mantê-lo protegido de terceiros. Poderia, então, a instituição financeira ter acesso aos dados protegidos por sigilo fiscal, já que ela também é obrigada a impedir o acesso de terceiros? Por óbvio que não, pois o bem jurídico objeto de sigilo fiscal é diverso do protegido pelo sigilo bancário. As informações que estes sujeitos passivos têm em mãos são diversas e tem finalidades distintas: um tem acesso porque precisa, dentro de certo limite, fiscalizar os fatos geradores a que os contribuintes deram causa; o outro tem acesso porque foi contratado para fornecer o serviço bancário necessitado.

Desse modo, o argumento de “manutenção do sigilo contra terceiros” não faz sentido, pois o Fisco também é o “terceiro” a que o sigilo bancário pretende impedir o acesso, pouco importando que ele não repasse a outros.

CONCLUSÃO

A privacidade é um direito reconhecido ao indivíduo como forma de manter afastado o acesso de outros a própria vida privada, bem como de exercer plenamente as suas potencialidades. Por essa razão, a sua limitação deve ser feita nos estritos termos da Constituição Federal ou por meio de uma ponderação. Disso decorre a necessidade de interpretação do referido direito, na sua vertente de sigilo bancário, com as cautelas necessárias para que um direito fundamental não seja anulado, tal como ocorre no embate entre regras, em que apenas uma prevalece.

Considerando o conflito entre o direito ao sigilo bancário e o direito de fiscalizar e arrecadar, a solução proposta de se permitir a relativização do referido direito fundamental a partir da prévia manifestação do Poder Judiciário parece ser a que mais se adéqua aos parâmetros de controle de constitucionalidade. Não apenas a isso, mas também atende a necessidade de um convívio harmonioso entre dois direitos dentro de um Ordenamento Jurídico que se pretende livre de antinomias.

Não parece razoável permitir que agentes do Estado, personagens diretamente interessados na arrecadação de tributos, possam ter acesso, por vontade própria, às movimentações bancárias dos contribuintes a pretexto de equacionar um suposto desequilíbrio na capacidade contributiva ou combater ilícitos penais.

A despeito do encerramento do julgamento dos processos em que se questionava a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, o debate permanece não apenas para fins acadêmicos, mas também jurisprudenciais, pois, conforme dito antes, o alcance das decisões em controle abstrato não vinculam o Poder Legislativo.

Desse modo, tendo em vista a possibilidade de retomada desse conflito normativo, seria proveitoso o reexame de outros argumentos de modo a se alcançar uma solução que não anule por completo nenhum dos direitos em atrito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

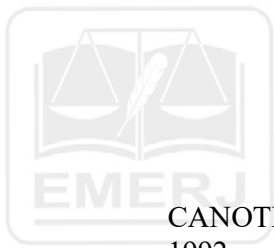
BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc ID=10499116>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID=388784>>. Acesso em: 08 mar. 2016.



CANOTILHO GOMES, J. J. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Org.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br