



# olhar diverso

# olhar diverso

Revista multitemas | n. 07 . janeiro - abril/2018

**DIREITO**



Criação

**PROJETO GRÁFICO**

Adilma Menezes

**FOTOGRAFIA DA CAPA:**

© Roxana Gonzalez | Dreamstime.com

Catálogo – Claudia Stocker – CRB 5/1202

Olhar diverso - Multidisciplinar

Revista Multitemas da Criação Editora. n 7. jan-abr. 2018. Direito. - Aracaju: Criação, 2018.

ISSN. 2447-0171

1. Direito 2. Revista Multitemas. 3. Olhar Diverso (Periódico)

I. Olhar Diverso - Multidisciplinar II. Assunto

CDU 340

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva dos autores.

# Olhar diverso

N. 7 | janeiro-abril/2018

A revista Olhar diverso é um periódico da Criação Editora que tem o intuito de incentivar a publicação de resultados de pesquisas nas diferentes áreas do conhecimento. Agrega artigos, resumos expandidos, resenhas, debates sobre temáticas que encorajem o debate interdisciplinar.

## **EDITOR**

José Afonso do Nascimento

## **CONSELHO EDITORIAL**

Fábio Alves dos Santos  
Universidade Federal de Sergipe

José Eduardo Franco  
Universidade de Lisboa/ CLEPUL

Luiz Eduardo Menezes  
Universidade Federal de Sergipe

Jorge Carvalho do Nascimento  
Universidade Federal de Sergipe

José Afonso do Nascimento  
Universidade Federal de Sergipe

José Rodorval Ramalho  
Universidade Federal de Sergipe

Justino Alves Lima  
Universidade Federal de Sergipe

Martin Hadsell do Nascimento  
Universidade do Texas, Austin

Rita de Cácia Santos Souza  
Universidade Federal de Sergipe

## **CONSELHO CIENTÍFICO**

Acássia Araújo Barreto  
Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Tecnologia - NUCA

Estácio Bahia Guimarães  
Academia Sergipana de Letras

Lilian Cristina Monteiro França  
Universidade Federal de Sergipe

Ana Maria de Menezes  
Instituto de Direito Público de Brasília (IDP-DF)

Lucas Aribé Alves  
Instituto ILUMINAR



# EDITORIAL

Neste sétimo número da Revista Olhar Diverso, apresentamos um conjunto de textos selecionados e escritos por jovens pesquisadores, analistas e técnicos do Ministério Público do Estado de Sergipe, que apontam algumas das tendências verificadas através de pesquisas em diversas áreas do Direito.

A Criação Editora vem cumprindo o seu papel de divulgar estudos científicos, fomentando o debate e instaurando algumas possibilidades críticas analíticas acerca da ciência jurídica brasileira. Com apenas cinco edições inauguramos o reconhecimento das nossas publicações, com o registro da nossa Revista Olhar Diverso na lista de publicações avaliadas pela Capes. A classificação “Qualis C” sinaliza que estamos, embora embrionária, seguindo em direção das maiores publicações científicas do país.

Boa leitura!



# SUMÁRIO

- 5 EDITORIAL
- 11 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL  
*Bruna Barreto Nunes Menezes*
- 23 SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL EM SEDE DO DIREITO DO CONSUMIDOR  
*Heloisa Gama de Sales*
- 43 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO  
*Marco Túlio Santos da Conceição*
- 59 O PAPEL DEMOCRÁTICO DA INVESTIGAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO  
*Fabício Emmanuel Lima Santos*
- 77 O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017  
*Irinaldo José dos Santos*
- 91 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
*Gabriela Andrade Rocha*
- 107 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO  
*João Alberto Leonardo Clement Júnior*

- 123 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS:  
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS  
***Katherine Takame Mine Almeida***
- 137 A DISCRICIONARIEDADE DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART.  
139, IV DO CPC EM FACE DAS LIBERDADES E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL SOBRE O  
ARBÍTRIO JUDICIAL NA CONDUÇÃO DO PROCESSO  
***Juliana Gomes Rezende Doria***
- 149 REFORMA POLÍTICA E SISTEMA ELEITORAL DISTRITAL  
***Bruna Karoline Alves Ribeiro***
- 165 PERSPECTIVAS SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO  
CRIME PREVISTO NO ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO  
BRASILEIRO (CTB)  
***Marcelo Cardoso Andrade***
- 181 A INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
À EXPRESSÃO INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NA RECLAMAÇÃO  
24.686/RJ  
***Jouberto Uchôa de Mendonça Neto***
- 195 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGIME PRIORITÁRIO  
BASEADA NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA  
E DO ADOLESCENTE  
***Anna Karina Rolim Cartaxo***
- 217 A PLURALIDADE DE FAMÍLIAS E O DIREITO BRASILEIRO  
CONTEMPORÂNEO  
***Rodolfo Galvão Costa***
- 231 TRANSEXUALIDADE: A ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO  
NO REGISTRO CIVIL  
***Mariana Melo Gois Lebre***



- 255 A (IN) APLICABILIDADE DAS CAUSAS PESSOAIS DE EXCLUSÃO DE PENA NOS CRIMES PATRIMONIAIS PERPETRADOS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR  
***Débora da Silva Andrade***
- 267 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE  
***André Lucas Almada Marinho Pontes***
- 293 O DIREITO COLETIVO À HONRA E À IMAGEM DA MULHER VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE MÚSICAS QUE RETRATAM A IMAGEM FEMININA  
***Maria Aparecida Santos Rolino Santana***
- 317 FEMINICÍDIO E SUAS ALTERAÇÕES À LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA  
***Marianne Matos Souza***
- 335 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL  
***Márcio Silva Siqueira***
- 349 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL  
***Stanley Kleber Nogueira Santos***
- 369 RESQUÍCIOS INQUISITÓRIOS NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO NO CURSO DA AÇÃO PENAL  
***Pedro Felipe Cardoso Mota Fontes***
- 387 UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A UTILIZAÇÃO DE CARTAS PSICOGRAFADAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO  
***Jéssica Tavares dos Santos***

401 TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR MEIO DE  
HABEAS CORPUS EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO  
DA INSIGNIFICÂNCIA

***George Victor Freire Duarte***

419 O LIMITE DAS EXCULPANTES PENAS E O POSTULADO DA  
INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: UMA TESE DO  
PROFESSOR CARLOS ALBERTO MENEZES

***Cleverton Costa Silva***

429 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

## **A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

### **RESUMO**

O presente artigo visa contribuir para a compreensão do direito do consumidor sob o enfoque constitucional. Além de abordar as origens do movimento consumerista, o estudo dispõe sobre o tratamento constitucional dispensado ao direito do consumidor na Carta Magna de 1988. Dispõe ainda sobre princípio da dignidade humana nas relações de consumo. Os direitos fundamentais são divididos em direitos fundamentais de primeira geração relacionam-se aos direitos individuais, os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos sociais e por fim os direitos de terceira geração que são os direitos difusos, nesse enquadrado o direito do consumidor que dizem respeito a uma coletividade determinada ou não.

Palavras-chave: Consumidor. Direito fundamental

### **ABSTRACT**

This article aims to contribute to the understanding of consumer rights under the constitutional approach. In addition to addressing the origins of the consumerist movement, the study deals with the treatment meted out to the constitutional right of the consumer in the Magna Carta of 1988. It is further the principle of human dignity in consumerrelations. The fundamental rights are divided into first-generation fundamental rights relate to individual rights, fundamental rights are the second generation of social rights and ultimately the rights of third-generation rights are diffuse, framed in the consumer's right to say respect to a particular community or not.

Key words: Consumer. Fundamental right

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise do direito do consumidor como um direito fundamental. Aborda as origens do direito do consumidor, a evolução do direito do consumidor até os dias atuais, a necessidade de buscar mecanismos de proteção diante das relações de consumo.

Será feita uma análise do tratamento dispensado ao consumidor sob o aspecto constitucional, além de tratar do princípio da dignidade humana como fundamento do direito do consumidor e dos direitos fundamentais.

Com o início do industrialismo e dos movimentos sindicais surgiram organizações incipientes que visavam resolver os problemas de consumo. Sendo o relacionamento desequilibrado do ponto de vista da igualdade entre as partes, tornou-se imprescindível a criação de normas reguladoras nas relações comerciais.

A defesa do consumidor é um pressuposto da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana. Princípio consagrado na Carta Constitucional de 1988 como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, expresso no art. 1º Constituição Federal.

O artigo 5º da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor refere-se ao dever do estado na proteção do consumidor e os instrumentos a disposição do Estado para a proteção dos direitos dos consumidores.

Além de mencionar em quais artigos da Constituição Brasileira o Direito do Consumidor está positivado, o trabalho faz uma explanação sobre os direitos fundamentais que estão segundo maioria dos doutrinadores, classificados em: direitos de 1ª geração relacionada à liberdade e a preocupação com os direitos humanos; direitos de segunda geração que são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos de terceira geração que correspondem aos direitos da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Aí inseridos o direito do consumidor

Logo o objetivo do presente trabalho é a compreensão da defesa dos direitos dos consumidores como um direito fundamental baseado nas disposições constitucionais. O trabalho abordará a evolução da tutela do consumidor, os instrumentos estatais à disposição do consumidor e sua característica principal: a proteção do consumidor sob a ótica dos direitos fundamentais.

## 2. O DIREITO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Os direitos do consumidor ganharam status de direitos humanos fundamentais no Brasil, consoante se observa do art. 5º, inciso XXXII, da Carta Magna. Evidentemente assim ocorreu porque anteriormente já havia um histórico internacional de reconhecimento de sua vulnerabilidade e necessidade de proteção.

O incipiente arcabouço mandamental era omissivo no tocante às relações de consumo. Em vista do contexto da massificação do consumo, as alterações nas transações comerciais eram perceptíveis. Sobre o assunto afirma Celso Bastos:

A partir do momento que os instrumentos clássicos do direito não se mostram suficientes para enfrentar essa nova situação sócio econômica, criam-se novos instrumentos que garantam a efetividade da tutela jurisdicional perante as inovações do mundo fático.

A lei maior inovou ao tratar da defesa do consumidor como direito fundamental nos incisos XXXII do art. 5º, e também ao prevê-la como princípio da ordem econômica no artigo 170, inciso V, evidenciando a crescente intervenção estatal na atividade econômica dos particulares ao impor a defesa do direito consumerista como limite à livre iniciativa e à autonomia da vontade. Para o doutrinador João Batista de Almeida

O estado – aqui no sentido de Poder Público (União, Estados e municípios) – declara a defesa do consumidor como dever seu e direito do cidadão, ao mesmo tempo em que promete instrumentos protetivos para a sua defesa, logicamente por entender necessário e indispensável essa defesa no quadro atual da vida brasileira. E isso justamente porque reconhece a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade. Não fossem assim e não se justificaria a tutela pois não se outorga tutela legal a quem dela não se necessita.

Para Pedron, a proteção dos direitos do consumidor é tão importante, que na nossa Constituição Federal vigente, foi tratada em três

momentos. Primeiramente no Capítulo I, Título II, onde trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecendo no artigo 5º XXXII em linhas gerais que o Estado deve prover a defesa do consumidor na forma da lei.

Segundo Kouri, a nossa Constituição adotou como princípio fundamental a defesa do consumidor, para ele:

esse direito é reconhecido no texto constitucional como fundamental porque o consumidor busca no mercado, na qualidade de não profissional, de destinatário de tudo o que o mercado produz, a satisfação de suas necessidades essenciais de alimentação, saúde, educação, segurança, lazer, etc.

Em segundo momento, protege o consumidor ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica brasileira, asseverando no artigo 170 inciso V que a proteção do consumidor deve ser levada em conta como princípio no exercício das atividades econômicas realizadas no nosso país.

A proteção do consumidor enquanto princípio da ordem econômica implica não só uma obrigação negativa do Estado, proibindo que aplique ou edite normas de modo conflitante com tal princípio, mas também representa uma exigência de intervenção, implementando políticas públicas direcionadas a defesa do consumidor.

O legislador reconheceu que a não intervenção estatal não pode ser mais consentida nos dias atuais diante do caráter de vulnerabilidade do consumidor. Torna-se necessária a atuação positiva do poder público para impor limites à ordem econômica com o objetivo de assegurar a dignidade humana princípio estudado anteriormente. Segundo o doutrinador Nishikama O efeito do mandamento jurídico expresso no art. 170 da Lei Maior é que:

o legislador ordinário deve cumprir as tarefas determinadas pelo objetivo fixado no comando constitucional, não podendo a legislação integradora ser contrária ao princípio da proteção ao consumidor. Cabe ao legislador comum a maximização ou plenitude daquela norma, uma vez que a constituição já traçou a norma mínima a ser seguida.

Por fim, nossa Constituição protege o consumidor na parte em que trata do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando no artigo 48 que o Congresso Nacional elabore um Código de Defesa do Consumidor.

Em decorrência da adaptação dos direitos do consumidor como direitos humanos fundamentais, pode-se perceber então que nas relações de consumo, mesmo considerando-se que a grande maioria delas desempenhe uma relação jurídica privada, o Estado estará presente protegendo os vulneráveis de forma mediata (ALEXY, 2005).

A Constituição federal tratou as relações de consumo de modo si, especialmente pela autonomia que conferiu ao Direito do consumidor ao determinar no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias a criação do código de defesa do consumidor.

Vejamos o artigo 48 do ADCT:

O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor

A tutela jurídica do consumidor, conforme fora explicitado, é garantida constitucionalmente e tendo em vista que a Constituição ocupa a mais alta posição hierárquica, as demais normas ordinárias devem ser interpretadas e direcionadas a fim de obedecer ao princípio da proteção consumerista, não só pela sua afirmação expressa, mas também em decorrência do princípio da dignidade humana.

No que tange à competência normativa sobre a matéria, é da inteligência do art.24 inc. VIII da Constituição Federal, serem competentes a União, os estados e o Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. O produto legislativo da União deve ater-se a edição de normas gerais, sendo que os Estados e Distrito Federal possuirão competência suplementar.

A Lei nº 8.078, de 11 de agosto de 1990 regula não apenas as relações de consumo, pois serve de diretriz para a tutela dos direitos coletivos em geral. Traz à baila institutos da relação consumerista, define consumidor e fornecedor, tutela os danos causados, institui novos tipos penais, etc. O código de Defesa do Consumidor veio estabelecer e, definir os direitos difusos, coletivos e criar os direitos individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único).

Enfim, finalizamos o presente capítulo para destacar a importância social do editado código consumerista sob o enfoque da produção dos direitos difusos.

## Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite

Decorre da leitura do art. 81, parágrafo único do CDC que os interesses difusos, ao contrário dos coletivos, não pressupõem a existência de uma relação jurídica base [...]. Os interesses difusos por excelência são aqueles pertinentes ao meio ambiente e as relações de consumo. (LEITE, 2004, p. 46)

Serrano afirma que a proteção do consumidor garante tanto a segurança individual como a coletiva de todos os cidadãos; por isso, este regime jurídico se encontra também ligado ao direito à informação e à saúde e se constitui como um apêndice dos direitos difusos e coletivos.

Logramos destacar a proteção do consumidor no ápice do nosso ordenamento jurídico. A importância dada à matéria fornece a noção que o constituinte equiparou, de forma inovadora, os direitos do consumidor aos direitos constitucionais, no art. 5º inciso XXXII da CF.

### 3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Bruno Miragem conceitua os direitos dos consumidores como direitos humanos:

A rigor todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras. Nessa perspectiva, a caracterização dos direitos dos consumidores como direitos humanos revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial que é a necessidade de consumo.

As leis que versavam sobre os direitos dos consumidores, ganharam impulso principalmente após a Segunda Guerra mundial. Foi nessa época que eclodiu a denominada sociedade de consumo.

A finalidade do direito do consumidor segundo Marcelo Gomes Sodré (2009, p. 63) é proteger os consumidores e por esse motivo a lei se aplica às relações dos profissionais com os consumidores.

Segundo entendimento do renomado professor francês Jean Calais-Auloy, é absolutamente importante definir o campo ao qual se apli-



cam as leis de defesa do consumidor. E esse campo deve ser restrito a àqueles que realmente precisam da proteção da lei: os efetivamente vulneráveis.

Nas relações de natureza consumerista, cabe ao Estado e aos próprios envolvidos respeitarem os direitos humanos fundamentais. É como ensina Canaris (2003, p. 58):

E aqui a função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela ajudamos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a eficácia mediata dos direitos humanos fundamentais em relação a terceiros, da qual, na substância, se trata aqui. Designadamente, mantém, por um lado, a posição de que é apenas o Estado o destinatário dos direitos fundamentais, já que é sobre ele que recai a obrigação de proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico- privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante outro.

A igualdade de maneira a evitar qualquer tipo de discriminação figura como o principal fundamento do direito humano. O respeito à dignidade da pessoa humana, liberdades individuais e a indisponibilidade de seus direitos, devem ser preservados nas relações de consumo.

Os direitos dos consumidores assim como os direitos fundamentais são inalienáveis e irrenunciáveis, sejam individuais ou coletivos. A equidade de tratamento é também outro fundamento do direito do consumidor.

Segundo Bonavides os direitos fundamentais são conceituados da seguinte forma:

Direitos fundamentais são os direitos do homem que as constituições positivaram, recebendo desta um nível mais elevado de garantias ou segurança. Cada Estado pois, tem seis direitos fundamentais específicos. Que os direitos fundamentais estão vinculados aos valores de liberdade e da dignidade

humana, nos levando assim ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

O direito do consumidor como ficou evidenciado tem sua origem nos chamados direitos humanos. O Direito do Consumidor decorre dos direitos universais do homem, em que a liberdade do consumidor de poder dirigir-se ao supermercado e nele contratar as aquisições de bens e serviços são iguais para todos (ZAGUETHO, HÉLIO, 2008, p. 20)

Vale ressaltar que a noção de direitos humanos fundamentais difere da noção de direitos humanos. Os direitos humanos são aqueles provenientes das declarações internacionais sobre posições adotadas por países que fazem parte de bloco cuja agenda atenda interesses relativos à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado os direitos humanos fundamentais são os direitos humanos retirados das declarações internacionais e positivados na Constituição de determinado Estado-membro. Portanto, os direitos humanos refletem valores globalizados internacionalmente e que incidem sobre a soberania de determinado país, positivando-os como normas aptas à aplicação imediata (ROBLES, 2005).

Tem-se como importante lembrar a classificação de Bobbio (1992), no Brasil defendido por Bonavides – quanto às gerações de direitos humanos. A primeira geração tratou da defesa da liberdade. A segunda, dos direitos humanos vistos do ponto de vista igualitário e social. A terceira buscou solidificar os direitos humanos através da solidariedade, enfatizando a ideia dos interesses difusos e coletivos.

### 3.1 Direitos de primeira geração

A primeira geração dos direitos fundamentais está relacionada à premissa liberdade e a preocupação com os direitos humanos. Foi nesse contexto histórico que surgira a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que trazia em seu bojo os direitos universais.

Essa geração representa os direitos de defesa do cidadão perante o Estado. A liberdade aqui referida é a liberdade política, de expressão, religiosa e comercial.

### 3.2 Direitos de segunda geração

Os direitos de segunda geração também denominados direito de segunda dimensão referem-se aos direitos de igualdade. Com a crise no liberalismo político e econômico, a sociedade aclamava por um Estado mais atuante.

Era a fase de reclamar pelos direitos conquistados na primeira, exigir meios de defesa, entendendo-se aí o dever do Estado de possibilitar amplamente os meios os meios para que os referidos direitos se tornem efetivos (FILOMENO Brito, p.5).

### 3.3 Direitos de terceira geração

Enquanto os direitos de primeira e segunda geração estavam relacionados a liberdade e igualdade respectivamente, os direitos de terceira geração de direitos humanos referem-se aos direitos de fraternidade.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p.55) a primeira geração seria dos direitos da liberdade, a segunda dos direitos da igualdade, a terceira, assim complementar a Lema da Revolução Francesa, igualdade e fraternidade.

Segundo Gilmar Mendes

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos. Tem-se aqui o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Direitos de terceira dimensão ou direitos de solidariedade ou fraternidade são os direitos da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Dentre eles se encontram o direito à paz, meio ambiente equilibrado, à comunicação, a proteção do consumidor, dentre outros (DE LUCCA, 2003, p. 426).

São os direitos de terceira dimensão que são os direitos difusos nele inseridos o Direito do Consumidor, como vimos, complementam o ideal da Revolução Francesa: Liberdade, igualdade e fraternidade.

#### 4. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO CONSUMIDOR

O Ministério Público pode ser considerado um dos principais instrumentos na defesa dos consumidores. A Constituição Federal confere ao MP a função de tutela do consumidor, expressa nos artigos 127 e 129, inciso III da CF.

A Lei 7.244/84 e a Lei Complementar n° 40/81-Lei Orgânica do Ministério Público corroboram e conferem ao MP a função de defesa do consumidor. O Ministério Público é formado promotores e atua na proteção e defesa de interesses coletivos do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor faz menção ao Ministério Público, primeiramente no art. 5º, inciso II. Ao tratar das cláusulas contratuais abusivas, mais precisamente no art. 51 do CDC, os parágrafos 3º e 4º consagram ao MP a atividade fiscalizadora.

No capítulo do CDC que trata das infrações penais é notória a participação do Ministério Público. E por fim conforme Filomeno, consta a participação do MP no título III como legitimado a promover ação civil pública (Lei n°7.347/85) mencionada anteriormente.

Ao reconhecer que os interesses dos consumidores estão sendo violados, um acordo extrajudicial poderá sanar o problema. Caso isso não ocorra, o MP impetrará uma ação civil pública, com fins de defesa dos interesses dos consumidores (FILOMENO, 2005, p.111).

No caso de haver divergência entre uma norma expedida pela agência reguladora e o sistema de proteção ao consumidor, o Ministério Público está legitimado a adequar tal relação de consumo. Pois como é sabido é papel do MP a proteção dos direitos humanos fundamentais.

#### 5. CONCLUSÃO

É possível concluir que a construção normativa da tutela do consumidor se fez de forma paralela ao crescimento da atividade comercial. A desigualdade nas relações ensejou a criação de uma lei específica visando a tutela dos consumidores, de modo que sejam respeitados os direitos fundamentais.

Verificou-se que a necessidade de proteção ao consumidor foi resultado de um de defesa do consumidor que se iniciou, conforme explicado, a partir da verificação da vulnerabilidade deste nas relações de consumo.

Assim, ao ser promulgada em 1988, nossa constituição marcadamente embeçou em seu artigo 5º, inciso XXXII, no rol dos direitos fundamentais, a determinação do legislador, de que o Estado deveria propiciar a defesa do consumidor, vontade esta, concretizada em seguida, com do Código de Defesa do Consumidor, avançada normatização que regula o direito consumerista.

A própria Constituição da República de 1988 consagrou a defesa do consumidor no art. 5º, inciso XXXII, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Assim, o legislador obrigou o Estado a promover a proteção do consumidor, elevado a direito fundamental do cidadão, inserido nos direitos de terceira dimensão ou geração. O texto constitucional aborda o tema proteção ao consumidor em diversos momentos.

A defesa do consumidor tem como finalidade o bem-estar coletivo, por estar tutelada pela Constituição Federal, faz com que o Estado zele e atue como fiscal e aplicador da lei, utilizando seus órgãos competentes que atuam na defesa do consumidor em suas atribuições cabíveis.

Quanto ao princípio da dignidade humana, conforme preceitua a Lei Maior é um dos fundamentos do Estado Brasileiro. Para muitos doutrinadores a dignidade humana abarca todo conteúdo dos direitos fundamentais.

Diante do que foi exposto, verifica-se que a legislação do consumidor orienta-se pela necessidade de estabelecer o equilíbrio na relação de consumo. Visa o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a harmonia das relações de consumo. Uma vez que a defesa do consumidor figura expressamente no texto constitucional como um direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva 1993.

ALEXY Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a Constituição do Brasil**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**.

LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor, Teoria Geral da Relação de Consumo**. São Paulo: Quartier Latin. 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito, **Manual de direitos do consumidor/ José Geraldo Brito Filomeno**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991. p. 252-253.

KOURI, Pablo R. Roque A. **Direito do Consumidor. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. P.33.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coordenador). **Direitos Metaindividuais** 1 ed. São Paulo LRT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; et alli. **Curso de direito constitucional**. p. 234.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **O direito do consumidor como direito fundamental- conseqüências jurídicas de um conceito**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor. Nº 43, julho-setembro, RT, 2002. p 111-133.

NISHIKAWA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 1 ed São Paulo: Forense, 2002.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Sariva, 2002.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Evolução Histórica do Direito do Consumidor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=687>> Acesso em: 24 abr. 2011.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Críticas ao Decreto Federal 861, que Regulamentou o CDC e Apresentação de Propostas Para sua Alteração. Revista de Direito do Consumidor nº 10**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SODRÉ, Marcelo Gomes . **A construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1. 338 pg

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

## SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL EM SEDE DO DIREITO DO CONSUMIDOR

### RESUMO

Considerando que, apesar de o Decreto nº 7.962/2013 regular o comércio eletrônico, ainda resta uma lacuna normativa no que se refere à determinação da responsabilidade dos sites de compras eletrônicas, este artigo analisará, mediante a observação do funcionamento dos sites intermediadores de comércio eletrônico, em especial do MercadoLivre.com, e do posicionamento jurisprudencial sobre o tema, a possibilidade de imputação da responsabilidade civil objetiva perante o consumidor em virtude dos danos sofridos nas transações.

Palavras-chave: *e-commerce*, Internet, Direito do Consumidor, responsabilidade civil dos sites intermediadores de comércio eletrônico

### ABSTRACT

Considering that, although Decree 7.962/2013 regulates electronic commerce, there is still a regulatory gap regarding the determination of the responsibility of electronic shopping sites, this article will analyze, through the observation of the websites that intermediate the e-commerce, especially Mercado Livre.com, and the position of jurisprudence on the theme, the possibility of imputing civil objective liability face the consumer for any damage occurred during the transaction.

Key words: e-commerce, Internet, Consumer's Rights, civil liability of e-commerce websites

Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela UFS. Pós-Graduada em Direito e Processo Civil pela Faculdade Guanambi, em 24 de janeiro de 2017. E-mail: heloisags\_3@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento da *Internet* e o seu implemento depois da invenção dos computadores pessoais (PCs), não demorou muito para que os comerciantes do mundo inteiro se apercebessem da vastíssima gama de possibilidades de negócios que poderiam ser celebrados através da Rede Mundial de Computadores. A internet tem revolucionado o mundo dos negócios e o comércio eletrônico mundial, ou *e-commerce*, transpôs inúmeras barreiras e alcançou patamares financeiros nunca vistos antes.

Diante desse quadro, tornou-se, também, mais acessível ao consumidor comum adquirir produtos e serviços que necessitava por meio da ferramenta *Internet*. Uma das formas mais comuns de negociação, e que será o enfoque deste trabalho, é a utilização de *sites* que intermedeiam as relações de consumo e aproximam os compradores e vendedores. O jurista Alexandre Atheniense (2000) chama estes sites de “centros comerciais virtuais” e ressalta as facilidades e vantagens da adesão de pequenos comerciantes que, a partir de então, terão seus produtos e serviços anunciados 24 horas por dia.

No entanto, como era de se prever, surgiram diversos conflitos no decorrer dessas relações intermediadas, exemplificativamente: o consumidor mesmo pagando o preço avençado jamais recebe o produto; o comprador recebe o produto em um prazo superior; ou recebe o produto com defeito de insegurança ou com vícios de quantidade e qualidade; ou ainda, o produto é falsificado ou fruto de contrabando ou descaminho.

A ausência de regulação deste tipo de transação tornou o comércio eletrônico palco de fraudes e estelionatos, uma vez que o fornecedor tem a chance de permanecer às obscuras por meio de dados e informações falsas passadas para o consumidor. Entrementes, ao levar ao conhecimento dos titulares das empresas de comércio eletrônico os seus infortúnios, os consumidores, na quase totalidade das vezes, recebem respostas no sentido de que, por serem meras intermediárias, elas não teriam qualquer responsabilidade pelos prejuízos sofridos nos contratos firmados. Tal esquivia tornou-se cada vez mais frequente no âmbito dessas relações e, em razão das falácias, cláusulas abusivas, apostas em contratos de adesão firmados entre os *sites* e os usuários-compradores, as relações acabavam comprometidas.



Como é bastante repetido pelos juristas e pela mídia, vivemos hoje em uma sociedade de consumo e necessitamos garantir ao consumidor a proteção necessária para compensar a sua hipossuficiência. Os Tribunais pátrios foram incumbidos de resolver tais contendas, que se afiguram ainda mais complexas quando estamos diante de contratos internacionais. Estas decisões precisam necessariamente adentrar na seara do instituto da Responsabilidade Civil e suas nuances e controvérsias quanto à sua aplicação ao Direito do Consumidor.

Este trabalho tem por escopo o estudo da responsabilidade civil dos comerciantes eletrônicos em sua atividade mercantil, mais especificamente a análise da responsabilidade civil do site “MercadoLivre” para, posteriormente, ampliar as conclusões às outras empresas que atuam como fornecedores intermediários de produtos e serviços na Internet.

## 2. RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS PRESSUPOSTOS

Ao expor sobre as relações de consumo, Braga Netto (2007, p. 52) aduz que, em síntese, as relações de consumo “têm sempre de um lado, o fornecedor, e do outro o consumidor”, e por objeto, produtos ou serviços.

O conceito de “consumidor” é pensado constitucionalmente (Art. 5º, XXXII da Constituição Federal) como um conceito relacional, uma vez que depende da relação deste com um “fornecedor”. O CDC em seu artigo 2º conceitua “consumidor” como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Percebemos que o Código adotou uma concepção finalística de “Consumidor”, e não meramente econômica, sendo necessária a perquirição de quem será o destinatário final do produto ou serviço.

Filomeno (2005), citando Cláudia Lima Marques, aduz que há no Direito Brasileiro duas grandes correntes para definir consumidor: a dos *finalistas* e a dos *maximalistas*.

Os maximalistas (ou objetivistas) diziam que a aplicação do CDC deve ser a mais ampla possível: toda pessoa que adquira produto ou serviço como destinatário final, independentemente de sua hipossuficiência ou de ser pessoa física ou jurídica, deve ser chamada de consumidora.

Por sua vez, os finalistas (ou minimalistas), posição defendida por Marques (2006), entendem que o critério de diferenciação deve

ser a vulnerabilidade do consumidor, tendo em vista que tal interpretação preservaria o espírito do Código, protegendo os efetivamente mais fracos. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do artigo 2º do CDC de maneira restrita como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos artigos 4º e 6º (MARQUES, 2006, p. 68).

O destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Tal entendimento tem um cunho teleológico, pois não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não o adquirir para revenda, não o adquirir para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço estaria incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Ressalva Marques (ibidem) que as exceções devem ser estudadas pelo Judiciário, nas ocasiões em que reconhecer, por exemplo, a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, uma vez que tal vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica ou informacional.

Considerando que a definição de consumidor é relacional e depende da presença de um fornecedor no outro lado da relação jurídica submetida ao CDC, seja contratual ou extracontratual, entendemos por que a definição do art. 3º do CDC é tão ampla, a saber: para que um maior número de relações possa estar no campo de aplicação do CDC. Dispõe o artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Na definição de Plácido e Silva (apud NORRIS, 1996, p. 16), *fornecedor* deriva do francês *fournir, fournisseur*, representando todo comerciante que abastece ou fornece, de maneira habitual, uma casa ou outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias ao seu consumo.

Pelo exposto, vê-se que fornecedor é a denominação que abrange qualquer pessoa física que desempenhe habitualmente atividade civil ou mercantil ofereça produtos ou serviços no mercado, bem como as pessoas jurídicas que efetuem tais práticas.

Cabe, ainda, ressaltar a relevância da habitualidade para a configuração do fornecedor. Não é fornecedor, por exemplo, “um escritório de advocacia que, pretendendo remodelar o ambiente de trabalho, põe à venda seus móveis antigos. Será à evidência uma relação civil de compra e venda” (BRAGA NETTO, 2007, p. 53).

É neste sentido que se entende que os contratos firmados por meio eletrônico entre dois civis não são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, mas pelo Diploma Substantivo Civil.

Um aspecto de grande valia para este artigo é o conceito de ‘cadeia de fornecimento’, a qual envolve a figura denominada em doutrina de “fornecedor equiparado”. O artigo 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais participantes do fornecimento direto e indireto), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor. Em outras palavras, o CDC menciona fornecedores, pensando em todos os profissionais da cadeia de fornecimento (de fabricação, produção, transporte e distribuição de produtos e da criação e execução de serviços) da sociedade de consumo. O parágrafo único do art. 7º do CDC bem especifica que há mesmo solidariedade nesta cadeia: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

As exclusões e exceções serão marcadas pelas próprias normas do CDC, que, em matéria de produtos, por exemplo, excepcionam os comerciantes em matéria de responsabilidade por defeitos dos produtos, nos arts. 12 e 13, impondo a estes uma responsabilidade apenas subsidiária, se bem que independente de culpa. Nos demais casos a responsabilidade é da cadeia como um todo e, solidariamente, como especificam também os arts. 14, *caput*, 18 e 20 do CDC. Em outras palavras, o método do CDC foi de considerar fornecedor e daí responsável toda a cadeia e de nominar os fornecedores responsáveis, caso não sejam todos os presentes na cadeia (MARQUES, 2006, p. 82).

Sobre a teoria criada por Leonardo Bessa acerca do “fornecedor equiparado”, Marques (2006) aduz, em síntese, que a situação de vulnerabilidade principal no mercado de consumo levou a uma ampliação

do campo de aplicação do CDC, através de uma visão mais alargada do artigo 3º. Fornecedor equiparado é aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente ao consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse. Conclui a autora: “Em alguns anos, esta teoria do fornecedor equiparado poderá ser quase tão importante quanto à referente à remuneração indireta dos fornecedores criados pela escola da *Law and Economics* [...]. A figura do fornecedor equiparado, aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro ou estipulante, hoje é o “dono” da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que muito será usada no futuro, ampliando – e com justiça - o campo de aplicação do CDC”.

A referida teoria coaduna-se com maestria à tese defendida neste artigo, uma vez considerar-se que os sites que intermedeiam as relações contratuais eletrônicas entre usuários (o usuário-vendedor e o usuário-comprador), os inserem na cadeia de fornecimento, dando-lhes o status de “fornecedores equiparados” e imputar-lhes a responsabilidade pelos danos sofridos pelo consumidor em tais relações. Esta construção jurídica será mais bem evidenciada no Capítulo 5 (Aplicabilidade da Responsabilidade Civil às Empresas de Comércio Eletrônico).

### 3. COMÉRCIO ELETRÔNICO

No atual cenário de economias globalizadas, onde imperam a eficiência e a comunicação, a diminuição virtual de distâncias entre fabricantes, fornecedores, comerciantes e consumidores finais, tornou-se não só estratégica, mas também um imperativo de sobrevivência empresarial. Na Internet não só se pratica o comércio eletrônico, mas também uma série de outros atos e negócios jurídicos que não são de natureza estritamente comercial.

O comércio eletrônico desponta como uma das aplicações mais promissoras da Internet e se encontra em contínua evolução, apresentando-se como um desafio ilimitado para o homem do século XXI, pela complexidade dos sistemas envolvidos (MACEIRA, *ibidem*, p. 102).

Para este trabalho, de maneira simplificada, utilizaremos o entendimento de que comércio eletrônico é aquele praticado para a transação de bens e serviços apoiado na tecnologia da informação.

No Brasil, as preocupações com as questões de comércio eletrônico têm avançado por meio de projetos de lei em discussão no Congresso Nacional, de algumas medidas do Poder Executivo e do Judiciário. Internamente, a maioria dos governos estaduais e alguns municípios têm disponibilizado serviços via Internet e validado transações através de Decretos próprios.

Recentemente, foi publicada, no dia 24 de abril de 2014, a Lei n.º 12.965 do Marco Civil da Internet, que rege as relações virtuais (princípios, garantias, direitos e deveres), contudo essa lei pouco fala a respeito das relações de consumo celebradas pela internet.

Uma norma que trata mais especificamente sobre comércio eletrônico é o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor (CDC) para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Ele dispõe acerca da necessidade de informações claras sobre o produto, o serviço, o fornecedor, o atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao exercício do direito de arrependimento (art. 1º).

Contudo, a legislação disposta, não abrange sequer os maiores problemas atuais das ocorrências devidos à compra e venda online. Apesar de a normativa propor algumas disposições fundamentais, por exemplo, em relação a direitos indisponíveis do consumidor, o principal quesito – a responsabilidade civil de quem deve indenizar – não foi abrangido, cabendo à Doutrina e aos Tribunais assumirem seu papel de fonte do Direito e conferirem uma proteção efetiva ao consumidor no âmbito do Comércio Eletrônico.

#### **4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Antes de adentrar-se à discussão sobre a aplicabilidade da Responsabilidade Civil no e-commerce, convém que algumas considerações gerais sejam assentadas acerca do referido instituto.

Como acentua Norris (1996, p. 28), o traço mais característico da Responsabilidade Civil talvez seja o fato de ela se constituir em um ins-

trumento de compensação. Ela tem por escopo compensar as perdas sofridas pela vítima e desestimular a repetição de condutas ilícitas praticadas pelo causador do dano.

Consoante o entendimento que se extrai do instituto, a responsabilidade civil se origina da violação de norma jurídica pré-existente, que quando desatendida gera para o causador do dano o dever de repará-lo. “Toda pessoa que, em decorrência de um comportamento contrário a um dever legal, contratual ou social, causar prejuízo a outrem, responde pela indenização correspondente” (FILOMENO, 2005, p. 552).

Com bastante propriedade, Gonçalves (1995, p. 35) pontua que há uma distinção entre “obrigação” e “responsabilidade”, uma vez que aquela é um dever originário e esta é decorrente de um dever sucessivo. A obrigação, uma vez contraída, pode ser adimplida ou não. Na hipótese de ser adimplida, a obrigação se extingue por ter atingido o seu fim por um processo normal, quando tal fato não acontece, surge a responsabilidade, a qual tem como garantia o patrimônio do devedor. Conclui-se, pois que a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

#### 4.1 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

A demonstração da ocorrência de dolo ou culpa seria extremamente penosa para o consumidor, uma vez que é a parte vulnerável da relação de consumo. Considerando tal fato o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), além de admitir a facilitação da defesa de seus direitos com a Inversão do Ônus da Prova, optou pela responsabilidade objetiva dos causadores de prejuízos aos consumidores. Ressalve-se, porém, que o CDC não abandonou por completo a teoria da responsabilidade subjetiva, haja vista ter previsto esta nas relações dos profissionais liberais no § 4º do artigo 14.

Destarte, a regulação do instituto na lei consumerista configurou um importante avanço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que transformou em regra a teoria da Responsabilidade Civil Objetiva.

A responsabilidade civil do fornecedor está segundo Braga Netto (2007, p. 72-73), inspirada na teoria do risco proveito, devendo, assim, quem auferir os bônus (lucros) da atividade, responder pelos ônus (da-

nos) que elas venham a causar a terceiros. Ou, de igual sorte, a teoria do risco criado, mercê da qual quem cria, por sua atividade, um risco deve responder pelos danos que dele decorram.

Importante mencionar que a responsabilidade civil atinge também os comerciantes<sup>1</sup>, enquanto integrantes da “Cadeia de Fornecimento”. Para Marques (2006, p. 131) a “responsabilidade do comerciante é subsidiária, isto é, secundária em relação àquela dos outros agentes econômicos, que é principal. Subsidiariedade esta que vem acrescentar ao rol primitivo do art. 12, *caput*, o sujeito faltante: o comerciante”.

Aqui já foi abordado no item 2, relacionado ao fornecedor, que é a ideia de “Cadeia de Fornecimento” que dá fundamento à tese sustentada neste trabalho. Sua caracterização, juntamente com a adoção da teoria da responsabilidade objetiva pelo risco proveito, dar-nos-á embasamento para concluir que os sites intermediadores do comércio eletrônico têm parcela da responsabilidade dos infortúnios advindos destas transações.

## 5. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ÀS EMPRESAS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

O Comércio C2C (*e-commerce consumer to consumer*) consiste na modalidade de comércio eletrônico por meio do qual são realizados negócios entre dois internautas consumidores, atuando um site como intermediador. Essas transações podem ocorrer na forma de leilão, classificados, bolsa de empregos, currículos, entre outros.

O presente artigo limitar-se-á a analisar o funcionamento do MercadoLivre, uma vez que este domina o mercado no Brasil, para, posteriormente, ampliar o resultado deste estudo às outras empresas que atuam como intermediadoras do fornecimento de produtos e serviços na Internet, com o escopo de demonstrar a plausibilidade da tese defendida.

Inicialmente, cumpre aduzir que os serviços prestados pelo MercadoLivre consistem basicamente na intermediação de contratos de compra e venda de produtos e serviços, entre o que doravante denominaremos de usuários-compradores e usuários-vendedores. Tal fornecimento de serviços no mercado de consumo pode ser assim resumido: a) o site o organiza, mantém e disponibiliza, na Internet, um portal de comér-

---

1 Vide artigos 18, 19, 25§ 1º, 28 § 3º e 34 do CDC.

cio eletrônico (e-commerce), no endereço eletrônico [www.mercadolivre.com.br](http://www.mercadolivre.com.br); b) o site primeiramente cadastra *on-line* usuários que pretendam vender produtos ou serviços (*usuários-vendedores*) para posteriormente escolher e divulgar em seu sítio na Internet os anúncios com as propostas dos *usuários-vendedores*, deles cobrando preço pela divulgação; c) depois estes anúncios são disponibilizados, também em seu sítio na Internet, a todos os interessados em adquirir os produtos e serviços; d) o MercadoLivre cadastra o usuário que pretenda fazer uma proposta de aquisição do produto ou serviço anunciado (*usuário-comprador*); e) depois do recebimento da proposta inicial do *usuário-comprador*, transmite-a ao usuário-vendedor; f) o site só então põe em contato usuário-comprador e usuário-vendedor, para que concluam o negócio; g) Concluída a negociação entre os contratantes, o MercadoLivre cobra do usuário-vendedor uma comissão, calculada sobre o preço ajustado com o usuário-comprador, independentemente da efetiva ou satisfatória entrega do produto ou prestação do serviço (CORNACCHIONI, 2007).

Deste modo, no desenvolvimento de suas atividades empresariais, o MercadoLivre põe à disposição dos usuários toda a sua plataforma tecnológica, seja para a pesquisa de produtos e serviços à venda, seja para o desencadeamento das tratativas entre usuário-comprador e usuário-vendedor, até a conclusão do negócio. Existe, ainda, a possibilidade de, por opção dos usuários e mediante remuneração à parte, o MercadoLivre intermediar o recebimento do preço e seu repasse para o usuário-vendedor: é o que se denomina “Mercado Pago”. Além desta atuação na intermediação propriamente dita, o site exerce forte controle na regulamentação dos anúncios, vedando a divulgação de determinados produtos bem como proibindo técnicas de anunciar, em especial as que forneçam dados pessoais para o contato direto entre as partes ou que utilizem de técnicas para subverter o sistema de cobrança, estas últimas com o escopo de garantir o recebimento da comissão devida pela intermediação. É importante ressaltar, entretanto, que apesar das proibições de venda de produtos ilícitos o site prevê uma cláusula no sentido de não ter nenhuma responsabilidade se tais produtos forem transacionados em seu ambiente virtual: É responsabilidade exclusiva do Usuário Vendedor velar pela legalidade da venda de seus produtos e serviços e o MercadoLivre não assume nenhuma responsabilidade pela existência deles no site ou



por negociações que não cumpram com as restrições descritas nos Termos e Condições Gerais<sup>2</sup>.

As outras cláusulas constantes nos “Termos e Condições Gerais de uso do MercadoLivre”<sup>3</sup> também são permeadas de disposições no sentido de que, por ser um mero intermediador, o site não teria a responsabilidade de reparar o consumidor pelos possíveis danos que venha a sofrer durante as tratativas. Tal esquivia não merece prosperar, uma vez que é relação de consumo aquela estabelecida entre o MercadoLivre e o usuário-comprador. Senão vejamos.

Para o sucesso de seu empreendimento, o site atrai milhares de interessados para as negociações de *e-commerce* principalmente pela confiança dos consumidores na marca “MercadoLivre” e na prometida segurança das negociações travadas no âmbito do seu portal de comércio eletrônico. Já na página de abertura do site encontra-se referência à suposta segurança do ambiente virtual de compra e venda, seja pela exibição de links designados por “*Porque é seguro?*”, “*Mercado Pago: A forma mais segura para comprar e vender*” ou mesmo pelo simbolismo expressado pelo seu logotipo, em que o aperto de mãos inspira a ideia de confiabilidade e compromisso assumido. Entrementes, apesar de todo esse pretenso ambiente de segurança, o site é um dos que mais recebe reclamações pelos serviços prestados em sites como o do IDEC e o [www.reclameaqui.net](http://www.reclameaqui.net) (CORNACCHIONI, 2007).

Cornacchioni traz à baila as principais situações de prejuízo que podem advir das relações de consumo no *e-commerce*: a) o usuário-comprador, mesmo pagando o preço ajustado, jamais recebe o produto adquirido; b) o usuário-comprador, mesmo pagando o preço ajustado, recebe o produto em prazo muito superior ao avençado; c) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, apresenta defeito de insegurança; d) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, apresenta vício de quantidade; e) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, apresenta vício de qualidade; f) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, apresenta vício oculto, só descoberto tempos depois; g) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, é falsificado; h) o usuário-

---

2 Informação obtida no site [www.mercadolivre.com](http://www.mercadolivre.com)

3 [http://www.mercadolivre.com.br/seguero\\_terminos.html](http://www.mercadolivre.com.br/seguero_terminos.html)

-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, é fruto de contrabando ou descaminho; i) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, é fruto de outros crimes; j) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, não vem acompanhado do termo de garantia; k) o usuário-comprador paga o preço e recebe o produto que, todavia, não vem acompanhado de nota fiscal.

Como dito anteriormente, no que se refere aos direitos dos consumidores, o site busca incansavelmente estabelecer cláusulas contratuais que o eximam por completo de qualquer responsabilidade e nega reiteradamente a existência de relação de consumo com os usuários-compradores. Este comportamento está em discordância com o que está previsto no ordenamento brasileiro.

Como vimos, o intermediador está inserido na “Cadeia de Fornecimento”, classificado na categoria jurídica de “Fornecedor equiparado”. O legislador previu a responsabilidade de tais figuras nos artigos 7º, parágrafo único, e no art. 25 § 1º do CDC: “Art. 7º. (...) Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo; Art. 25 (...) § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”.

Os sites de comércio eletrônico inserem-se na cadeia de fornecimento como fornecedor de um serviço, nos termos do § 2º do Art. 3º<sup>4</sup>. Ao empregar a locução “qualquer atividade”, no dispositivo mencionado, o Código de Defesa do Consumidor atingiu todos os serviços que se possam prestar de forma remunerada aos consumidores. Com efeito, ao usuário-comprador o site presta atividade de aproximação e intermediação tendente à realização de compra de produtos do usuário-vendedor.

Nessa atividade prestadora de serviços, o MercadoLivre cuida de organizar a tecnologia de implantação, manutenção e operação da plataforma eletrônica sobre a qual se desenvolvem todas as atividades do seu portal de e-commerce, no domínio [www.mercadolivre.com.br](http://www.mercadolivre.com.br). A par disso, cuida de regulamentar o funcionamento do portal e a participação dos usuários. Presta ainda serviços conexos, como o gerenciamento dos

---

4 Art 3º § 2º - Serviço é **qualquer atividade** fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (grifos acrescidos).

conceitos (qualificação, na terminologia do portal MercadoLivre) atribuídos pelos diversos usuários-compradores a determinado usuário-vendedor, de sorte a entregar-lhes mais um instrumento para seleção e eleição dos anunciantes com quem pretendam negociar (CORNICCHIONI, 2007).

Como se pode perceber, a atividade principal de aproximação e intermediação entre usuários-vendedores e usuários-compradores contém ínsita uma enorme quantidade de serviços conexos. Todos eles, no entanto, sujeitos à disciplina da Lei 8.078/90, porque compreendidos no conceito de serviços do art. 3º, § 2º, do CDC.

A relação jurídica de consumo entre o MercadoLivre e o usuário-comprador não se descaracteriza pela circunstância de não haver pagamento deste diretamente àquele. No caso do site, o usuário-comprador não paga nada diretamente, mas tais serviços são remunerados pelo usuário-vendedor em dois momentos: quando da publicação do anúncio e quando do pagamento da comissão depois de efetuada a venda, consoante previsto em seus “Termos e Condições gerais de uso do Mercado Livre”.

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de a remuneração do MercadoLivre ser indireta, uma vez que é paga pelo usuário-vendedor, existe relação de consumo entre o site e o usuário-comprador.

Dissertando especificamente sobre os “contratos celebrados com sites de intermediação”, Rocha (2007, p. 245) explica como a responsabilidade de tais sites não se afasta pelo clamor da falsa ideia de que seriam meros protagonistas de anúncios classificados, uma vez que estes cobram percentual da transação efetuada, ao contrário do que ocorre com os jornais: “Os empreendedores de sites de comércio eletrônico têm interesse em estimular ostensivamente a adesão a esse tipo de negócio, valendo-se inclusive de inúmeras técnicas de marketing, tendo em vista que lucram sob a forma de comissão sobre as operações concretizadas. Tal circunstância, por si só, já se mostra suficiente para afastar a analogia entre esse tipo de serviço e a venda de espaço para ofertas em classificados de jornais [...] No caso de site de comércio eletrônico, ao prestar informações ao consumidor sobre ofertas de produtos e, sobretudo, participar das respectivas negociações, disponibilizando sua infra-estrutura tecnológica no caso de aceitação por parte do consumidor, o respectivo explorador assume a posição de fornecedor de serviços, nos termos do art. 3º, do CDC, ainda que entre os outros usuários (comprador e vende-

dor) a relação seja de direito civil. [...] impõe-se reconhecer, assim, que os portais de comércio eletrônico, em relação ao consumidor, mais do que apenas veicular propostas de terceiros, participa da promoção dos respectivos negócios, emprestando sua credibilidade e os meios técnicos necessários à conclusão de contratos no ciberespaço, mediante remunerações diretas e indiretas (comissões, receita com publicidade, etc.)”.

Os Tribunais já começaram a se pronunciar para atribuir a responsabilidade consumerista, em caso de danos ou prejuízos resultantes dos negócios intermediados, ao MercadoLivre (e aos outros sites intermediadores do comércio eletrônico), justamente por conta das já apontadas características dos serviços que fornecem no mercado de consumo, sobretudo em virtude da cobrança de comissão.

Convém lembrar, neste passo, que o MercadoLivre não se limita à divulgação de classificados em meio eletrônico, já que efetivamente participa do negócio, seja por regular a participação dos usuários, seja por organizar e disponibilizar-lhes a plataforma eletrônica, seja especialmente por cobrar comissão sobre o valor do negócio. Trata-se, então, de apenas um meio (Internet) para a intermediação de negócios. Quando o MercadoLivre oferece ao consumidor usuário-comprador seus serviços para a realização de determinada compra, em uma plataforma de e-commerce anunciada como segura, garantindo que tal atributo decorre de sua reputação e de seus métodos e sistemas de segurança, não pode, depois de verificada a ocorrência de dano ou prejuízo, furtar-se a responder perante o consumidor, traindo-o em sua boa-fé.

Na prática, é justamente isso que vem ocorrendo: verificado o dano ou prejuízo para o consumidor, o site se esquia de toda e qualquer responsabilidade, invocando as cláusulas abusivas que unilateralmente estabeleceu em seus “Termos e Condições”. Tal atitude é notoriamente contraditória com o ambiente de segurança que o site tenta demonstrar aos seus usuários. “Eis, pois, o *venire contra factum proprium*, cuja reprovação jurídica não é senão, em última análise, desdobramento da teoria da aparência e aplicação direta da regra de que a oferta vincula o fornecedor ofertante (CDC, art. 30)” (CORNACCHIONI, 2007).

A ideia defendida neste trabalho é que é clarividente a relação de consumo, entre os sites de intermediação do comércio eletrônico, especificamente do MercadoLivre, e o usuário-comprador, sempre que este re-

alizar o negócio na condição de destinatário final, conceito cujos liames já analisamos no Capítulo 2.

No caso específico das relações intermediadas pelos sites de comércio eletrônico, encontramos posicionamento divergente de Gonçalves (1995) que, embora concorde com a aplicação das normas consumeristas aos empresários brasileiros que se valem do ambiente virtual para vender os seus produtos ou serviços, tem entendimento desfavorável à imputação da responsabilidade aos titulares do estabelecimento eletrônico: “Anote-se que essas cautelas devem ser tomadas pelo anunciante e fornecedor de produtos e serviços, como único responsável pelas informações veiculadas, pois o titular do estabelecimento eletrônico onde é feito o anúncio não responde pela regularidade deste nos casos em que atua como veículo (GONÇALVES, 2003, p. 118)”.

Neste aspecto, há que discordar-se do doutrinador com base na ideia de que o site de comércio eletrônico integra a chamada *cadeia de fornecimento*. Nos mencionados sites, os prejuízos advindos ao consumidor, no mais das vezes, resultam da não entrega do produto adquirido, mesmo depois de efetuado o pagamento do preço, mas também podem resultar de defeitos e vícios.

Em todas estas hipóteses, apesar de o MercadoLivre tentar se eximir da responsabilidade, ele é o responsável pela reparação devida ao usuário-comprador, seja porque caracterizado o fato de seu próprio serviço, ou porque caracterizado vício de qualidade de seu próprio serviço, ou porque ocorrida a “inexecução contratual, defeitos danosos ou vícios relacionados ao usuário-vendedor, tendo em vista que, como fornecedor integrante da cadeia de fornecimento, é objetiva e solidariamente responsável” (CORNACCHIONI, 2007).

Tal responsabilidade, no caso específico do MercadoLivre, objetiva e solidária, tanto mais se acentua quando tomado em conta que, em lugar de informar o consumidor sobre os riscos do negócio (como determina a lei), ao consumidor é dirigida uma enorme quantidade de mensagens, explícitas e implícitas, no sentido de que se cuida de um portal seguro, onde se pode realizar negócios da mais alta confiabilidade. Com isso o site atrai e conquista a confiança dos consumidores, produzindo uma falsa expectativa, e, posteriormente, de modo totalmente contraditório retira abusivamente sua responsabilidade.

Se essa expectativa se frustra e o consumidor experimenta prejuízo, o serviço prestado se apresenta com vício de qualidade, porque desconforme com as indicações da oferta (CDC, art. 20, *caput*) e impróprio em virtude da inadequação “para os fins que razoavelmente dele se esperam”, ou seja, para a realização de negócios seguros e confiáveis, com vendedores idôneos e igualmente confiáveis (CDC, art. 20, § 2º).

Sobejamente demonstrada a relação de consumo entre o MercadoLivre e, por extensão, a de outros sites de comércio eletrônico que funcionam de maneira semelhante, e o usuário-comprador, notamos que padecem de abusividade e, conseqüentemente, de nulidade pleno direito as cláusulas que, estabelecidas unilateralmente nos “Termos e Condições”, o isentam de responsabilidade. Tais cláusulas são verdadeiras cláusulas de não-indenizar (cláusulas de irresponsabilidade) e são vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor nos artigos 25 e 51 e pelo artigo 424 do Código Civil/2002.

A vedação destas disposições é mais uma garantia à proteção do consumidor, sujeito vulnerável das relações de consumo, garantindo a amplitude e a eficácia dos institutos e instrumentos protetivos. A aposição de tal cláusula no contrato de consumo é uma afronta aos princípios da boa-fé objetiva, da probidade, confiança e transparência.

Deste modo, resume-se o exposto dizendo que, a despeito de o MercadoLivre, na oferta de seus produtos e serviços, prometer segurança para os consumidores *usuários-compradores*, estabelece contrato padronizado e de adesão com cláusulas que o isentam de qualquer responsabilidade pelos danos e prejuízos experimentados pelo consumidor. Tais cláusulas são abusivas e nulas de pleno direito (CDC, art. 25 e art. 51, incs. I e IV, e § 1º, inc. II).

A afirmação e promessa de segurança, feitas na oferta do serviço, vinculam o intermediador e integram o próprio contrato (CDC, art. 30). A conduta comercial do site e as cláusulas abusivas que estabelece frustram ao consumidor a confiança e a expectativa criadas pelos termos da oferta.

Os intermediadores, e, no caso estudado, o MercadoLivre, devem responder objetivamente pelos defeitos e pelos vícios do seu serviço (CDC, art. 14 e art. 20), uma vez que o CDC estabelece a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que integrem a *cadeia de fornecimento*

(CDC, arts. 7º, parágrafo único, 18, 19, 25, § 1º, 28, § 3º, e 34) e o MercadoLivre, como integrante da *cadeia de fornecimento*, deve responder, objetiva e solidariamente com o *usuário-vendedor*, pelos danos e prejuízos acarretados para o *usuário-comprador*.

## 6. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO TEMA

A jurisprudência brasileira ainda não se pacificou a respeito da responsabilização do site intermediador de comércio eletrônico. Há julgados defendendo a imputação de responsabilidade solidária e outros em que esta é afastada.

Outro dado interessante é que, apesar de o posicionamento dominante ser no sentido de atribuir responsabilidade solidária ao site de comércio eletrônico, os julgados, também majoritariamente, restringem a reparação aos danos patrimoniais, quer afastando a incidência de danos morais ao consumidor lesado, quer “fixando-o com moderação”.

O que se sabe é que os sólidos e múltiplos fundamentos jurídicos abordados no presente trabalho conduzem à afirmação segura da existência da relação de consumo estabelecida entre o réu e os consumidores usuários-compradores, consoante entendimento dominante nos Tribunais Pátrios, bem assim da abusividade e nulidade das cláusulas de não-indenizar estabelecidas pelos sites de intermediação em seus contratos de adesão.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA DE PRODUTO EFETUADA ATRAVÉS DO “SHOPPING UOL”. NÃO RECEBIMENTO DA MERCADORIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA REFUTADA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. TEORIA DO RISCO-PROVEITO. RESPONSABILIDADE DO SÍTIO DA INTERNET EVIDENCIADA. SERVIÇO DE APROXIMAÇÃO PRESTADO PELA RÉ QUE É REMUNERADO. PRODUTOS DIVULGADOS NO SITE APÓS APROVAÇÃO DO CADASTRO. DEVER DE INDENIZAR BEM RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A empresa que, utilizando-se de sítio perante a

internet, atua incisivamente perante o mercado consumidor, divulgando produtos e atraindo clientela para comerciantes que se utilizam de tal serviço para negócios virtuais, sendo remunerada para tal atividade, deve responder pelos prejuízos ocasionados pela ausência da entrega da mercadoria. *(TJ-SC, Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 28/08/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado)*”.

## 7. CONCLUSÕES

Em que pese haver, no Brasil, regulação incidente sobre o comércio eletrônico, é necessário ressaltar que, apesar da vigência do decreto nº 7.962/2013, resta ainda uma lacuna normativa no que se refere à determinação da responsabilidade dos sites de compras eletrônicas, que caberá à doutrina e à jurisprudência supri-la.

As empresas intermediadoras de transações virtuais gozam de aceitação muito boa no Brasil e a Jurisprudência já trilha caminho no sentido de imputar-lhes responsabilidade pelos danos causados ao consumidor em decorrência dos contratos intermediados. A corrente majoritária entende serem aplicáveis as normas do CDC às relações do usuário-comprador através de tais sites, tendo como fundamento a pretensa segurança que oferecem, a sua inserção na “cadeia de fornecimento” e a comissão que auferem a cada negociação. Deste modo, abre-se espaço para a sua responsabilização solidária, juntamente com o usuário-fornecedor.

Diante do exposto, conclui-se que para que o CDC atinja o seu escopo principal, qual seja “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º do CDC), faz-se mister ampliar seu objeto para abranger as negociações no comércio eletrônico, em face da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor. Deste modo, alcançar-se-á a efetivação da justiça também no espaço virtual.



## REFERÊNCIAS

- ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. **Internet e Direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Inédita, 2000. Vol. 1. 285 p.
- BOGO, Kellen Crsitina. **A história da internet**: como tudo começou. Artigo disponível em: <http://www.jaymesilva.com.br/ahistoriadainternet.htm> (publicação original: 01/07/2000, edição nº 11).
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentário ao novo Código Civil**. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios - Arts. 927 a 965. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CORNACCHIONI, Paulo Sérgio. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital. **Ação Cível Pública impetrada contra MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda**. Junho/2007.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 296 p. (Biblioteca do Direito do Consumidor).
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONÇALVES, Renato Lacerda de Lima. **Tributação no Comércio Eletrônico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 2. Niterói/RJ: Impetus, 2006.
- MACEIRA, Irma Pereira: **A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1342 p. (Biblioteca de direito do consumidor) ISBN 8520328156.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NORRIS, Roberto. **Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- RELVAS, Marcos. **Comércio eletrônico: aspectos contratuais da relação de consumo**. 1. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2006. 139 p. ISBN 8536209631.

ROCHA, Roberto Silva da. **Natureza Jurídica dos Contratos Celebrados com Sites de Intermediação no Comércio Eletrônico**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, nº 61, p. 230-269, jan./mar.2007.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. **Responsabilidade civil na defesa dos direitos individuais do consumidor**: técnica e teoria. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999. 187 p.

SCOLANZI, Vinicius Barbosa; LOOSE, Patrícia Irina. **A responsabilidade civil das empresas de comércio eletrônico**. Revista de Humanidades e Ciências Sociais Aplicadas, Faculdade Estácio de Sá, Ourinhos/SP. Ano 2, nº 2, Nov./2007.

SILVA, Taís Brighenti Amaro. **Mercadolivre.com e a responsabilidade pelas ilícitudes ocorridas no site**. 2006.

## **O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

### **RESUMO**

O presente artigo científico tem como objetivo o ativismo judicial brasileiro e suas consequências para a democracia. A princípio, foram apresentados aspectos históricos da judicialização e da divisão de poderes. Então, são trazidas as características peculiares da judicialização no Brasil. A partir disso, é feita a conceituação do ativismo judicial, inclusive, mostrando aspectos gerais sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, por ser adotada pelos tribunais, trazendo a diferença entre regra e princípios e discorrendo sobre a “máxima da ponderação”, tão utilizada nas decisões. Por fim, são elencados os principais efeitos causados pelo ativismo judicial ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Separação de Poderes. Judicialização. Ativismo judicial.

### **ABSTRACT**

The present scientific article aims at brazilian judicial activism and its consequences for democracy. First, historical aspects of the judicialization and division of powers then on presented. Then, the peculiar characteristics of the judicialization in Brazil are brought. From this, it is made the conceptualization of judicial activism, including showing general aspects of Robert Alexy’s theory of fundamental rights, to be adopted by the courts, bringing the difference between rule and principles and discussing the “maximum of the weighting”, so used in decisions. Finally, we the main effects of judicial activism on the Democratic State are highlighted.

Keywords: Separation of Powers. Judicialization. Judicial activism.

## 1. INTRODUÇÃO

Em busca da máxima efetividade à Constituição Federal, a justiça brasileira tem se tornado um dos principais protagonistas no cenário nacional. Tal evidência é percebida pela ampliação do acesso à justiça e, principalmente, pelos efeitos causados por suas decisões.

Essas têm provocado uma verdadeira ingerência nos demais Poderes, o que trouxe grandes preocupações à doutrina nacional, pelos diversos problemas que podem gerar à separação de poderes e à própria democracia.

Diante disso, questiona-se: será que vale a pena arriscar o sistema tripartido de poderes para proporcionar ao Judiciário, através de seu ativismo, concretizar tudo aquilo proposto pela Lei Máxima do ordenamento jurídico? Qual o preço que o *cidadão-juridicionado* pagará? Ou quiçá, a própria democracia?

Com o intuito de trazer os esclarecimentos sobre essas cogitações e de fomentar o debate, o presente artigo científico tem como objetivo discorrer sobre o ativismo judicial brasileiro e as alguns de suas consequências para o Estado e a Sociedade.

Para isso, foi preciso primeiro apresentar aspectos históricos e falar sobre a separação de poderes e a judicialização. Depois, são trazidas as características peculiares da judicialização no Brasil.

Já no tópico seguinte, fez-se necessário aduzir sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, por ser adotada pela doutrina e Tribunais, mostrando não só a diferença entre regras e princípios, como também, alguns apontamentos sobre a *máxima da ponderação*.

Por fim, são elencadas algumas das consequências do ativismo judicial para o Estado Democrático de Direito.

## 2. SEPARAÇÃO DE PODERES E JUDICIALIZAÇÃO

A separação de poderes foi idealizada por Aristóteles, mas aperfeiçoada por Montesquieu<sup>1</sup>. Segundo este, o poder estatal seria dividido em

---

1 STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acessado em: 03 nov. 2017.

três esferas, uma com a função de legislar, outra de executar a lei e mais uma para julgar o caso concreto, ou seja, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente.

Essa teoria de separação dos poderes é adotada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo harmônicos e independentes entre si, conforme, art. 3º da Constituição Federal. Aqui, os ocupantes do Executivo e o Legislativo são eleitos pelo voto popular, diferente do Judiciário que seus membros ingressam por concurso público.

Todavia, com a atuação dos Poderes, percebeu-se que eles exerciam, atipicamente, outras funções, a exemplo do Legislativo quando julga o chefe do executivo em crimes de responsabilidade. A partir disso, desenvolveu-se a Teoria dos Poderes Implícitos. Até aqui, não há nenhum problema.

A grande discussão ocorre quando, especificamente, o Judiciário passa, através de suas decisões, a *legislar positivamente* (assumindo o papel do legislativo) e a fazer *política pública* (decisões do Executivo), em razão de dar a maior efetividade a Constituição Federal.

De acordo com Boaventura de Souza Santos<sup>2</sup>, o Judiciário tem sido um verdadeiro “ativista” no âmbito social, traduzindo-se em um embate direto com a Classe Política, em especial, o Poder Executivo. Dessa forma, configura-se o que se chama de “judicialização dos conflitos políticos”<sup>3</sup>.

Embora alguns remetam que surgiu nos séculos XVII e XVIII, junto com o próprio Estado de Direito<sup>4</sup>, a judicialização tomou força no final da Segunda Guerra Mundial, verificando-se que,

na maior parte dos países ocidentais, [houve] um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular<sup>5</sup>.

2 SANTOS, Boaventura de Souza *et al.* **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 1.

3 *Ibid.*, p. 1.

4 MATINEZ, Vinício C. Estudo de direito político. **Revista Urutágua**: Revista Acadêmica Multidisciplinar, Maringá, n. 6, abr/maio/jun./jul. 2005.

5 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 03 nov. 2017.

Ato contínuo, os estudiosos, ao tratarem do tema judicialização, não entram em consenso sobre qual o conceito a ser aplicado. Em um rápido levantamento, foi possível constatar:

- 1) Em relação ao aspecto normativo usado “para fazer referência, por exemplo, ao dever legal de que certo tema seja examinado judicialmente ou à preferência por se usar a via judicial na solução de determinada lide”<sup>6</sup>;
- 2) sentido político-social, “tanto para designar a propagação da ação do Poder Judiciário quanto o crescimento da qualidade de processo nos tribunais”<sup>7</sup>;
- 3) no sentido judicial, “transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”<sup>8</sup>.

Pelo visto, a judicialização deve ser todos esses pontos juntos, afinal, esse tipo de divisão é só uma forma didática de compreender o tema. Inclusive, há autores que tratam a judicialização como sinônimo do próprio ativismo. Em relação à divisão, nosso modelo é peculiar pelas seguintes razões:

A primeira razão<sup>9</sup> aparece com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que concedeu ao Judiciário verdadeiro status de poder político, com o objetivo de dar efetividade à Constituição e às leis. Além disso, houve a ampliação: dos direitos fundamentais; do acesso à justiça; da área de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Outra causa<sup>10</sup> foi a ampliação de temas inclusos na CF/88, classificada, em relação a sua extensão, como analítica. É importante salientar que esse aumento se dá pela desconfiança em relação ao legislador e Chefes de executivo, com o objetivo de impedir abuso (não é a toa que a CF/88 é denominada de dirigente).

6 ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 65.

7 *Ibid.*, p. 65.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 03 nov. 2017.

9 BARROSO, *op. cit.*

10 BARROSO, *op. cit.*

Prosseguindo, é possível colocar também como motivo a singularidade do sistema de controle de constitucionalidade. Esse sistema foi “importado” dos Estados Unidos, surgindo na Constituição de 1891. Com isso, não é preciso dizer

“os problemas decorrentes da introdução de um sistema de controle de constitucionalidade atravessado pela carga genética da tradição do *common law* (em que há o *stare decisis*) por um sistema de tradição romano-canônico que recém havia saído de um regime de mais de 70 anos (Império) sem controle jurisdicional, já que na Constituição de 1824 – outorgada pelo imperador D. Pedro I – o Brasil havia se aproximado principalmente do constitucionalismo forjado nas lutas políticas da Europa continental, que, nos séculos XVIII e XIX, buscavam a limitação do poder discricionário dos monarcas por meio da *volonté générale* formada no Parlamento”<sup>11</sup>.

## 2.1. Comportamento do judiciário: linhas de pensamento

Antes de falar propriamente do ativismo, é necessário lançar as linhas de pensamentos sobre o comportamento/atuação do Poder Judiciário.

Diante disso, é possível de dividir em duas correntes: 1) teoria da autocontenção ou judicial self-restraint; e, 2) ativismo judicial. Dentro deste, há dois seguimentos: a) contramajoritário; e, b) representativo argumentativo.

No tocante à teoria da autocontenção, ela remete que o magistrado ao julgar determinada demanda, aplica a lei, sem ir além ou aquém. Concretiza, através da sentença, a vontade do legislador.

Já o ativismo ocorre, como falado anteriormente, quando o juiz intervéem em outro poder, aplicando a lei, adequando-a as demandas sociais ou na falta da norma, aplicando supletivamente, inovando, fazendo com que o executivo cumpra deveres e obrigações fora do orçamento.

---

11 STRECK, Lenio Luiz. Sento incomum: O STF, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. *Revista Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acessado em: 07 nov. 2017.

Nessa situação, a discussão aparece justamente quando, a pretexto de realizar essa “justiça social”, utiliza-se como fundamentação termos indeterminados e princípios, que, na verdade, representam a vontade do próprio julgador (subjetivismo). É nesse sentido que pensa Néviton Guedes<sup>12</sup>:

Obviamente, ninguém prega o retorno [...] a um legalismo formalista que reconhecia ao magistrado o papel resolutamente subalterno e desprezível de simples “boca da lei” (*la bouche de la loi*). O problema surge, contudo, quando a pretexto de realização maior da justiça e de desígnios e valores sociais mais elevados, confere-se ao magistrado, e mesmo dele se exige, o poder de substituir a vontade política e a expressão de justiça do legislador – concretizada na lei – pela expressão política e a vontade de justiça do próprio juiz.

Há de se alertar que nesse artigo, não existirão maiores comparações entre autocontenção e ativismo, afinal, esse é tema para outro trabalho.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é oriundo da jurisprudência estadunidense, utilizada a expressão, pela primeira vez, no julgamento *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983)<sup>13</sup>. Como visto anteriormente, ele é confundido com a própria judicialização, havendo grande celeuma quanto a conceituação.

De forma simples, o ativismo judicial pode ser conceituado quando o Judiciário, ao tentar realizar a Constituição em sua total efetividade e normatividade, interpreta a lei, assumindo o papel de outros poderes.

Com já apresentado anteriormente, é possível que julgador utilize-se dos próprios valores para chegar aos objetivos traçados pela constituição. Por isso que alerta Lenio Streck,

12 GUEDES, Néviton. *Consultor Jurídico: Constituição e Poder. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção*. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso: 17 nov. 2017.

13 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Nota 16. Tese de mestrado. Brasília: Instituto Brasilienses de Direito Público, 2008, p. 22.



o ativismo judicial representa [um perigo] para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda<sup>14</sup>.

Ao contrário do autor acima citado, BARROSO afirmou que o ativismo “procura extrair o máximo da potencialidade do texto constitucional”<sup>15</sup>, sem qualquer ingerência nas atribuições e competência do Legislativo e Executivo. Postura diferente da autocontenção judicial (ou *sef restrain*), que, segundo o ministro do STF, utiliza “critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos” e até “abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”<sup>16</sup>.

Mas é difícil o judiciário dar essa efetividade máxima à Constituição sem “avocar” as competências dos demais poderes, afinal, nem tudo está na lei (omissão) ou não há lei para todos os casos (ausência de norma). Some-se a isso também o fato de que quase todas as demandas vão parar no judiciário.

Sobre isso, Lênio Streck, ao estabelecer os motivos da relação entre as “coalisões do presidencialismo brasileiro” e as decisões do STF as demandas que vem das “coalisões sociais”, assentou que o tensionamento entre o parlamento e o executivo desembocam no judiciário, STF. Por isso que

mais tensões, mais demandas ao STF; mais fortes este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil<sup>17</sup>.

14 STRECK, Lenio Luiz. Sento incomum: O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?, **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> >. Acessado em: 08 nov. 2017.

15 BARROSO, *Op. Cit.*

16 BARROSO, *op. cit.*

17 STRECK, Lenio Luiz. Sento incomum: O STF, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro> >. Acessado em: 07 nov. 2017.

Então, como superar a inércia do legislativo e do executivo e, ao mesmo tempo, extrair a potencialidade do texto constitucional? A solução (panaceia) foi encontrada nos princípios. Assim, são “escolhidos” *princípios* para substituírem a lei ou a vontade do Executivo, ou fundamentarem quando não há norma. Dessa forma, utiliza-se a máxima da ponderação de Alexy para justificar as decisões. Estas seriam de cunho político?

Todavia, isso é negado pelos atuais protagonistas da república, já que “os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem, eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer”<sup>18</sup>.

#### 4. EQUIVOCO NA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Não há dúvidas que, no Brasil, há forte doutrina<sup>19</sup> com fundamento na teoria dos princípios baseada em Robert Alexy. Talvez, seja por isso que são buscados nas teorias do autor “as qualidades e os problemas que frequentemente são divisados na teoria dos princípios, sobretudo, na vertente que busca a sua identificação com os direitos fundamentais”<sup>20</sup>.

Alexy é responsável pela teoria dos direitos fundamentais (*Teoría de los derechos Fundamentales*) que tem como objetivo trazer postulados para interpretação do ordenamento jurídico. Assim, não basta analisar sob o ponto de vista apenas do formalismo, como um “modelo puro de regras”, se desvincilhando de princípios e valores; tampouco, focar apenas no aspecto substantivo, porquanto pode ocorrer arbítrios pelo intérprete.

Embora não seja pretensão desse artigo científico fazer um estudo pormenorizado da teoria dos direitos fundamentais, far-se-á as diferenças entre regras e princípios, e depois, trazer o meio de solução de conflitos

18 STRECK, Lenio Luiz. Sento incomum: O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?, *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> >. Acessado em: 08 nov. 2017.

19 GUEDES, Néviton. Constituição e Poder: A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. *Revista Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios> >. Acessado: 18 nov. 2017.

20 *Ibid.*

entres essas normas, porque só assim, é possível adentrar nas decisões dos tribunais, entender seus fundamentos e métodos de interpretação e lançar críticas sobre o ativismo judicial.

Segundo autor alemão, que teve seus estudos influenciados por Ronald Dworkin, normas são regras e princípios. Estes são “mandados de otimização”<sup>21</sup> caracterizados por satisfazerem em graus diversos, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas<sup>22</sup>. Assim, os princípios são normas “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>23</sup>. Sobre isso, Humberto Ávila, aliando a ideia de Alexy, faz o seguinte comentário a respeito dos princípios

[são] normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisa para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”<sup>24</sup>. Por isso, os princípios têm um caráter deontico-teleológico: “*deontico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões e proibição; *teleológico*, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisa”<sup>25</sup>.

Quanto às regras, o filósofo alemão as considera como “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”<sup>26</sup>. Assim, elas são apresentadas como determinações possíveis no plano fático e jurídico, pois são “*imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada”<sup>27</sup>. Além disso,

são *mediatamente finalísticas*, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior

21 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5º Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008

22 ALEXY, 2008, p. 90.

23 ALEXY, 2008, p. 90.

24 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 72.

25 ÁVILA, 2005, p. 64.

26 ALEXY, 2008, p. 91.

27 ÁVILA, 2005, p. 61.

exatidão qual o comportamento devido. Daí possuíram caráter deôntico-deontológico: *deôntico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *deontológico*, porque as obrigações, permissões ou proibições decorrem de uma norma que indica ‘o que’ deve ser feito”<sup>28</sup>.

Ademais, as regras são primariamente retrospectivas, enquanto os princípios são prospectivos. Dessa forma, as regras

são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência. Sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos<sup>29</sup>.

Já os princípios, como falado linhas atrás, são normas imediatamente finalísticas,

primariamente prospectivos e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>30</sup>.

Feitos esses apontamentos sobre regras e princípio, passar-se-á para a análise das possíveis colisões entre regras, entre princípios, entre regras e princípio. No tocante ao conflito de regras, Alexy propõe duas soluções: a) colocar uma exceção à regra; b) caso não seja possível, a colisão deve ser resolvida com a declaração de invalidade de uma das normas, não fazendo mais parte do ordenamento jurídico<sup>31</sup>.

Quando houver colisão entre os princípios, a solução é diferente em relação a dada as regras, ocorre por sopesamento entre eles. Assim,

28 ÁVILA, 2005, p. 64.

29 ÁVILA, 2005, p. 64.

30 ÁVILA, 2005, p. 70.

31 ALEXY, 2008, p. 92-93.

[s]e dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, e acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência<sup>32</sup>.

Com efeito, o conflito de direitos fundamentais deve ser entendido como conflito de princípios, sendo utilizado para solucionar isso o sopesamento, a ponderação.

Ainda sobre a colisão de princípio é importante falar sobre esse último tema, “postulado da proporcionalidade” ou “máxima da proporcionalidade”, sendo este “uma máxima utilizada como método para aplicar a colisão”<sup>33</sup>.

Essa *máxima* não é princípio, mas sim um critério para determinar o peso da colisão entre princípios, subdivide-se em três parciais: a) adequação (traduz-se no meio mais adequado para chegar ao fim pretendido); b) necessidade (dos meios utilizados, é o menos gravoso); e, c) ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito (leva-se em conta a intensidade e importância).

## 5. CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO

A concepção de Hans Kelsen, de que o intérprete é um legislador negativo, não aparece ser mais tão contemplada pela doutrina neoconstitucionalista. E como já falado, em nome da aplicação máxima da Constituição, vale “qualquer coisa” para atingir esse objetivo.

32 ALEXY, 2008, p. 93-94.

33 STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acessado em: 03 nov. 2017.

Uma das primeiras consequências ocorre devido a uma aplicação equivocada da teoria de Alexy, que gera discricionariedade ao decidir o caso concreto. Um exemplo claro disso foi o que ocorreu no julgamento do STF do Habeas Corpus 124.306/RS, que requereria a liberdade de duas pessoas presas em flagrante pela prática de crime de aborto e formação de quadrilha. O voto-vista do Ministro Barroso menciona que deve haver a aplicação do *princípio da ponderação* entre a vida do feto (tutela no Código Penal nos arts. 124 e 126) e o tantos outros “direitos fundamentais da mulher”.

Em análise do caso em tela, Streck e Barba assentaram:

[d]o que adianta discutir princípios, separação de Poderes, interpretação jurídica, se, ao fim e ao cabo, o Direito depende exclusivamente das preferências pessoais do juiz? “Ah, mas isso é assim mesmo” dirão alguns (ou muitos). É mesmo? Então devemos assumir, se formos minimamente sinceros, que (i) não faz sentido nenhum permitir que decisões políticas sejam transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena de alienarmos nossa cidadania por completo; (ii) o poder jurisdicional dos juízes não tem qualquer legitimidade política, na medida em que não a recebem pelo voto popular; (iii) o Direito fracassou, pois não conseguiu criar uma teoria da decisão que possa impedir que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios puramente privados<sup>34</sup>.

Outra consequência é a famigerada *interpretação conforme a Constituição*. Essa técnica é utilizada quando o intérprete diante de normas com plurissignificados ou polissêmicas, “prefere ou escolhe” a que mais se aproxima da Constituição.

Essas interpretações ou decisões interpretativas seguem as seguintes classificações: a) em sentido restrito (rechaço ou de aceitação); b) manipuladoras ou normativas (aditivas ou substitutivas).

---

34 STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexynana-stf>>. Acessado em: 03 nov. 2017.

Um caso ilustrativo é o mandado de injunção nº 708 (greve dos servidores públicos), que, no seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, assentou o que seria uma decisão normativa ou manipuladoras:

[...] 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). [...] 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º)<sup>35</sup>.

Outro corolário do ativismo judicial, como já falado linhas atrás, é a interferência nas políticas públicas do Executivo. De um lado, há uma rol grande de direitos a serem concretizados; de outro, a discricionariedade, como forma de valer tais direitos, diante de tão poucos recursos.

Segundo Di Pietro, “não pode o judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa”, já que “[o] cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica”<sup>36</sup>.

---

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008. Mandado de Injunção. Brasília, DF.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 832.

Segundo a autora citada, cabe ao judiciário “corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes”<sup>37</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário tem chamado atenção pelos efeitos causados por suas decisões. Estas tem tomado forma de leis, propriamente ditas, e de política. Embora, grande parte dos países de tradição *civil law* começaram a seguir essa “tendência” no pós-guerra, no Brasil iniciou-se com a Constituição de 1988.

Esse ativismo judicial foi oriundo da judicialização dos conflitos políticos, tornando os tribunais protagonistas no cenário nacional pela preferência de que o judiciário resolva as querelas dos cidadãos, aumentando assim a quantidade e qualidade dos processos nos tribunais.

No Brasil, a judicialização transcorreu de forma peculiar, e uma das principais razões é o sistema de controle de constitucionalidade, por ser um ordenamento jurídico de tradição *civil law*, que foram introduzidos vários aspectos do *common law*, importado dos Estados Unidos, realidade totalmente diferente.

Dessa forma, é possível afirmar que há ativismo judicial ou judicialização quando os tribunais, ao tentar efetivar a Constituição, assumem o papel dos outros poderes, extravasando o dever de interpretar para fazer leis e política social.

Para que isso ocorra, muitos magistrados se apegam a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que tem com o objetivo mostrar postulados para interpretação do ordenamento jurídico. Além da diferença entre regras e princípios, é interessante a forma como define a máxima da proporcionalidade, por ser esta a causadora dos problemas gerados na sua utilização.

Assim, um dos riscos provocados pelo ativismo é a possível discricionariedade ao decidir um caso concreto, através de uma aplicação equivocada da teoria de Alexy.

---

37 DI PIETRO, 2011, p. 832.



A interpretação conforme tem causado grande celeuma na doutrina, já que o magistrado pode “escolher” – e não decidir – com base em sua vontade aquilo que acha mais próximo da Constituição.

Ademais, outra consequência é a ingerência do judiciário nas tomas de decisão do Executivo, afinal, para cumprir as metas estabelecidas na Constituição, são necessários orçamento e recurso público, que pode provocar um caos, já que será impossível atender a toda demanda que chega ao tribunal.

Por fim, o ativismo é um indicador para a sociedade e demais poderes de que há necessidade de que gestor público cumpra determinada obrigação e que o legislador faça lei, para concretizar a vontade geral. É um alerta que há desequilíbrio entre os Poderes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5º Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*, 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008. Mandado de Injunção. Brasília, DF.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Néviton. Consultor Jurídico: Constituição e Poder. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acessado: 17 nov. 2017.

GUEDES, Néviton. Constituição e Poder: A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso: 18 nov. 2017.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Nota 16. Tese de mestrado. Brasília: Instituto Brasilienses de Direito Público, 2008

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª ed. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATINEZ, Vinício C. Estudo de direito político. Revista Urutúgua: **Revista Acadêmica Multidisciplinar**, Maringá, n. 6, abr/maio/jun./jul. 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza *et al.* **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Sento incomum: O STF, o contramajoritarismo e o “pomo de ouro”. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. Sento incomum: O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?. **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

## O PAPEL DEMOCRÁTICO DA INVESTIGAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

### RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade abordar acerca dos elementos democráticos norteadores das Comissões Parlamentares de Inquérito. Apresenta-se um breve introito as Comissões Parlamentares de Inquérito, juntamente com um breve histórico deste organismo nas constituições do Brasil, passando-se a uma abordagem sobre a relação das CPI's e o princípio da Separação dos Poderes e os seus limites investigatórios, para, após, abordar de forma específica o papel democrático, sob o enfoque do direito das minorias e análise de relevantes decisões do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Comissões Parlamentares de Inquérito. Democracia. Direito de Minorias.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the democratic elements guiding the Parliamentary Inquiry Committees. A brief introduction is presented to the Parliamentary Committees of Inquiry, together with a brief history of this body in the constitutions of Brazil, with an approach on the relation of the ICCs and the principle of Separation of Powers and their investigative limits, after, specifically address the democratic role, under the focus of minority law and analysis of relevant decisions of the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Parliamentary Committees of Inquiry. Democracy. Right of Minorities.

Especialista em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Técnico do Ministério Público de Sergipe. E-mail: fabricioemmanuel@outlook.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a temática das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), no tocante ao relevante papel democrático que estas resguardam.

Em primeira análise serão abordados, de forma geral, considerações acerca das CPI's e o histórico deste instituto no Brasil.

Após será feita uma análise acerca da problemática entre as CPI's e o princípio da separação dos Poderes e de seus limites investigatórios.

Por fim, será objeto de análise o papel democrático da investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito, a fim de propor uma abordagem acerca das prerrogativas de Estado Democrático de Direito resguardadas em tais mecanismos de investigação, com análise de relevantes decisões do Supremo Tribunal Federal.

## 2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

O doutrinador Ferreira Filho, define o tema nos seguintes termos:

Comissão de inquérito é a comissão nomeada por uma Câmara, composta por membros desta, e que agem em seu nome para realizar um inquérito ou investigação sobre determinado objeto. Este objeto pode ser um determinado fato ou conjunto de fatos alusivos a acontecimentos políticos, a abusos ou ilegalidades da administração, a questões financeiras, agrícolas, industriais etc., a tudo que interesse à boa atividade do Parlamento.<sup>1</sup>

A Constituição Federal dispõe no § 3º do art. 58:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto

---

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18a edição. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 137;

ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e de prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.<sup>2</sup>

A Carta Magna atribui ao Legislativo a competência de fiscalização do Poder Público, dotando-o de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Faz-se ressalva que, considerando que as autoridades judiciárias não possuem poderes investigativos, quis a Constituição, em verdade, tratar de poderes instrutórios.

Tais poderes são os de ouvir testemunhas, tomar depoimento pessoal das partes, interrogar os acusados, promover acareações, reconhecimentos, inspeções, reconstituições de fatos, requisitar documentos e informações, determinar a realização de perícias, determinar a busca e apreensão de papéis e objetos, determinar o acesso a dados reservados, determinar a interceptação da comunicação de dados ou telefônicas, conduzir coercitivamente testemunhas, apreender documentos e coisas que interessem ao processo e a ordem para que não seja alterado o estado de lugar ou coisa.

O professor Alexandre de Moraes leciona que o poder de fiscalização possui uma importância igual ao poder de elaborar normas, afirmando ele que *“As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de detalhamento”*<sup>3</sup>.

A Constituição Federal reafirma, em seu art. 70, a função de investigação do Congresso Nacional.

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo

2 BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.

3 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8a edição. São Paulo: Atlas, 2000;

Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo controle interno de cada Poder.<sup>4</sup>

Cita, ainda, o art. 49, da Carta Magna:

Compete exclusivamente ao Congresso Nacional:

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;<sup>5</sup>

As Comissões Parlamentares de Inquérito são verdadeiros órgãos fiscalizadores da Administração Pública Federal e do Poder Público, com prerrogativas conferidas pela Constituição. O papel da CPI é propriamente investigar e apurar fatos determinados, podendo remeter as provas obtidas da investigação ao Ministério Público.

### 3. BREVE HISTÓRICO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO BRASIL

A Constituição Imperial de 1824 veiculava mecanismos de investigação do Governo pelo Legislativo, no caso de morte do Imperador ou vacância do trono, como leciona Uadi Lammêgo Bulos:

É que competia à Assembléia-Geral, “na morte do Imperador ou vacância do trono, instituir exame da administração que acabou a reformar os abusos nela introduzidos”(art. 15, VI, da Carta de 1824).

E, conforme o art. 37 do referido Diploma Supremo, esse exame deveria ter início na Câmara dos Deputados.<sup>6</sup>

4 BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.

5 Idem;

6 BULOS, Uadi Lammêgo. **Comissão parlamentar de inquérito: técnica e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 177-178;

No entanto, o Parlamento dispunha de mecanismo mais poderoso de controle, a Moção de Desconfiança, de modo a tornar quase inútil o Inquérito Parlamentar, conforme leciona Nelson de Souza Sampaio:

Além disso, a evolução costumeira da Constituição monárquica no sentido das práticas parlamentaristas contribuiu para diminuir a importância do inquérito parlamentar, uma vez que a Câmara dos Deputados dispunha de arma de controle mais poderosa, a moção de desconfiança.<sup>7</sup>

Com o golpe militar de Estado de 1988 e expulsão a família imperial do Brasil pelos militares, sob o comando do Marechal Deodoro da Fonseca, findava-se o período monárquico, inaugurando-se, em 1891, a República dos Estados Unidos do Brasil.

No entanto, a primeira Constituição Republicana não trouxe qualquer previsão de investigação parlamentar, o que não conteve o Senado de veicular tal matéria em seu Regimento Interno, no art. 62:

Quando as comissões se ocuparem de negócios de interesse particular ou procederem a inquérito, tomarem depoimentos, informações ou praticarem outras diligências semelhantes, poderão, se o julgarem conveniente, permitir às pessoas diretamente interessadas defender os seus direitos por si ou por procuradores, por escrito ou verbalmente. Estas comissões poderão requisitar das autoridades judiciárias ou administrativas os documentos ou informações de que precisarem.<sup>8</sup>

Somente com a Constituição de 1934 é que houve previsão constitucional das Comissões Parlamentares de inquérito:

Art. 36. A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Parágrafo Único. Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno.<sup>9</sup>

7 SAMPAIO, Nelson de Souza. **Do inquérito parlamentar**. Rio de Janeiro: FGV, 1964, p. 10.

8 BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno de 1903.

9 BRASIL. Constituição Federal, de 16 de julho de 1934. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.

Em 1937, Getúlio Vargas proclamou o Estado Novo, outorgando nova Constituição, que fora omissa quanto à investigação parlamentar.

A Carta de 1937, conhecida como “polaca”, numa referência à constituição polonesa, sequer fez alusão às atribuições do Poder Legislativo, que tinha previsão de funcionamento por somente quatro meses ao ano (art. 39), dois a menos que na vigência da Carta de 1934 (art. 25); a iniciativa legislativa era reservada ao Chefe do Poder Executivo (art. 64) e a um terço da Câmara dos Deputados ou do Conselho Federal (art. 64 § 1º); a presidência do Conselho Federal cabia a um Ministro de Estado, indicado pelo Presidente (art. 56), regra que perdurou até 28.02.1945, quando foi suprimida pela Lei Constitucional nº 9; qualquer Câmara ou comissão poderia convocar ministros para prestar informações, sem, contudo, haver previsão de punição para a hipótese de não comparecimento (art. 45).<sup>10</sup>

Após a renúncia de Getúlio Vargas, articulada pelas forças armadas, a Constituição de 1946 voltou a prever a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito:

Art. 53. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros. Parágrafo único. Na organização dessas comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40, que tratava da exigência de observância da representação proporcional na composição das comissões em geral.<sup>11</sup>

Em 18 de março 1952, O Congresso Nacional aprovou a primeira Lei que dispunha sobre Comissões Parlamentares de Inquérito, a Lei Federal nº 1.579.

Sob o período de Ditadura Militar, a Constituição de 1967 manteve a veiculação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

---

10 ALVES, José Wanderley Bezerra. **Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites de atuação**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004, p. 133-134.

11 BRASIL. Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.



A Constituição de 1988, com o reestabelecimento da democracia, ampliou o papel das CPI's, ao deferir poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e determinado que as suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.<sup>12</sup>

Em 04 de setembro de 2000, foi editada a Lei nº 10.001/00, que procurou priorizar os procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público e outro órgão do Estado, com o fito de que as conclusões tenham executividade, objetivando, assim, reforçar o papel das Comissões Parlamentares de Inquérito.

#### 4. COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A contenção do poder, na perspectiva de Karl Loewenstein<sup>13</sup>, é finalidade precípua da teoria da separação dos Poderes, a fim de evitar o abuso do poder.

A necessidade de que o Poder Legislativo tenha mecanismos de fiscalização e investigação possui íntima relação com a separação dos Poderes.

Nesse diapasão, ao Poder Legislativo é atribuída expressamente pela Constituição a função fiscalizatória ordinária (CF88: arts. 49, X; 50; 58, §2º, III; 58, §2º, V; 70 e ss.) e extraordinária (através das CPI's - CF88: art. 58, §3º).

Não deve prosperar o argumento de que as CPI's atentam contra a separação dos Poderes, pois a aceção dessa tese é contenção do poder, amoldando-se perfeitamente à sistemática dos freios e contrapesos a possibilidade de fiscalização do Governo pelo Legislativo.

Sobre este aspecto, a doutrina estrangeira aduz:

Parte da polémica suscitada acerca das comissões de investigação gira em redor da questão de saber se elas atentam contra o princípio da divisão de poderes. A resposta deve ser negativa. A separação de poderes na actualidade não corresponde aos mesmos princípios

12 ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites de atuação*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004, p. 141-142.

13 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2. ed.. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

que regiam nos inícios do Constitucionalismo; na actualidade, os termos mais adequados não são os de divisão ou separação, mas os de distinção ou colaboração de poderes, o que resulta bem visível da consideração dos textos constitucionais e, em concreto, da Lei Fundamental de Bona. A colaboração entre poderes tem múltiplas manifestações, sendo uma delas, precisamente, a das comissões de investigação, através das quais um órgão do Parlamento investiga o Governo, exercendo uma inovadora forma de controlo mais efectiva do que, por exemplo, a tradicional moção de censura e que, dada a actual articulação maioria-minoria, permite exercer um controlo real ainda que sempre sujeito à limitação que decorre do predomínio da maioria.

Deste modo, importará considerar que o conceito de separação de poderes não é um princípio inamovível, mas algo sempre adaptável às circunstâncias concretas e a cada regime político em particular, desde que se mantenha a independência entre os diversos poderes que caracteriza o Estado de direito democrático, tal como é concretamente configurado na Constituição.

As comissões de investigação não implicam, deste modo, um atentado à 'divisão de poderes', mas antes uma forma de levá-la a cabo, já que a existência e os direitos das comissões de investigação têm na sua base o sistema parlamentar de governo, ocupando um papel relevante dentro dos mecanismos de controlo previstos face a um governo responsável.

Por outro lado, as comissões de investigação, tal como o próprio *Bundestag*, são independentes face aos outros órgãos do Estado, especialmente às entidades administrativas e aos tribunais, ainda que, em determinadas ocasiões, necessitem da sua colaboração. As comissões de investigação são independentes tanto na sua actuação, como nas decisões que tomam, com os únicos limites estabelecidos na Constituição.<sup>14</sup> (PERALES, 1987, p. 265-266)

Desta forma, as Comissões Parlamentares de Inquérito, ao permitir que o Parlamento, que representa propriamente o povo, proceda a inves-

---

14 PERALES, A. Elvira. *Comisiones de Investigación en el "Bundestag"*. Un Estudio de Jurisprudencia, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 7, nº 19, 1987, p. 265-266;

tigações, constituem mecanismo de contenção do poder, o que prima o princípio da separação dos poderes.

## 5. LIMITES INVESTIGATÓRIOS DA CPI

As Comissões Parlamentares de Inquérito possuem os mesmos poderes investigativos das autoridades judiciais e, em contrapartida, possuem as mesmas limitações de tais poderes. Nesse tocante é importante ressaltar que todo e qualquer ato jurisdicional deve ser motivado. Assim, para que o exercício de qualquer ato do poder investigatório se legitime é preciso que se cumpra o paradigma constitucional da fundamentação.

As CPI's possuem todos os poderes investigatórios dos juízes e não precisam socorrer-se do Judiciário para exercerem suas competências. Nesse sentido:

Se a equiparação constitucional cinge-se a dar caráter de imperatividade para as determinações das CPIs, exigindo-se, porém, intervenção do Poder Judiciário para assegurar a eficácia de tais determinações, então tornar-se-iam indistinguíveis os poderes das comissões parlamentares e aqueles confiados às autoridades policiais e ao Ministério Público. A Constituição quis mais.<sup>15</sup>

As Comissões devem submeter-se às limitações de requisitos formais, necessidade e adequação de quaisquer medidas ou deliberações. Deve, ainda, o parlamentar afastar-se das Comissões se houver qualquer impedimento ou suspeição, e tratar urbanamente a todos os investigados ou convocados.

Por fim, não poderão as CPI's violar a integridade física dos cidadãos, bem como em suas conclusões não poderá constar algo que possa ofender a integridade moral das pessoas, nomeadamente a imputação de crimes, tendo em vista que todo investigado se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

---

15 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 71-72;

## 6. O PAPEL DEMOCRÁTICO DA INVESTIGAÇÃO DA CPI

O exercício da democracia há muito superou a concepção política de refletir a posição da maioria. O direito de minoria, nessa acepção, deve ser resguardado a fim de fortalecer o viés democrático.

Todavia, é certo que os anseios da minoria por muitas vezes cederão gradativamente quando conflitantes com os interesses da maioria.

Nesse diapasão, o Judiciário exerce função contramajoritária, em determinadas ocasiões, ocasionando o que Barroso conceitua por dever democrático do exercício da magistratura.

Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.<sup>16</sup>

Nesse aspecto, assevera Dworkin que:

Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los. [...] Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas.<sup>17</sup>

16 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

17 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31-32;

A dinâmica do sistema democrático visto pelo exercício do Direito necessita de um ponto de partida mínimo e comum a todos que dele participam. É por essa razão, portanto, que se pode considerar a Constituição como o ambiente mínimo consensual em que se fundamentarão as opções interpretativas que envolvem o direito das minorias.

Ferrajoli, sobre este assunto, leciona:

Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos; incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente em conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias, y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.<sup>18</sup>

A Constituição Federal resguardou às Comissões Parlamentares de Inquérito o cumprimento deste papel democrático, na medida em que, além de atribuir poderes de investigação aos representantes do povo, em concorrência com a Autoridade Policial e o Ministério Público, atribui mecanismo de proteção ao direito de minorias, dispondo em seu art. 58, §3º:

As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo,

---

18 FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro Del Estado de Derecho**. Trad. Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trota, 2005, p. 28;

sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.<sup>19</sup>

Desta forma, uma vez apresentado requerimento de instauração que atenda aos requisitos constitucionais, a Mesa da Casa tem o dever de prolatar o ato criador, não podendo o mesmo ser revisto em Plenário.

O Supremo Tribunal Federal, em 25/04/2007, julgou o MS 26441, impetrado contra ato da Mesa e do presidente da Câmara dos Deputados que, no caso conhecido como CPI do Apagão Aéreo, instaurada para investigar as causas da crise ocorrida no setor aéreo brasileiro, deferiu recurso contra a sua instalação, ao argumento de que para tal deferimento de que, em plenário, não se havia atingido o mínimo de 1/3.

Neste caso, havia sido feito o requerimento com 211 assinaturas para a criação da CPI. No entanto, a instalação desta foi colocada em pauta de votação no plenário e somente 141 parlamentares (menos de 1/3) se manifestaram a favor.

Submetido a julgamento no STF, o voto do relator Celso de Mello apontou o seguinte entendimento:

A exigência é na gênese do requerimento (...) Pode ou não a maioria, sustentando-se no parágrafo 3º, do artigo 58 da Constituição, levantar questão de ordem e, por recurso, obstar a criação da CPI? (...) a prerrogativa de investigar da minoria, já deferida, não poderia ser comprometida pelo bloco majoritário. Não se pode deslocar para o Plenário a decisão final da instalação da CPI, já que é poder constitucional das minorias o de fiscalizar, investigar e responsabilizar, a quem quer que seja, por atos administrativos. (...) No ato de criação de CPI, com a leitura e a publicação do requerimento, ou mesmo após a consumação dessas fases, as correntes parlamentares que a ela se opõem muitas vezes tentam inviabilizar o inquérito parlamentar. Por isso, quando da consumação da criação de uma CPI, ou mesmo quando essa já tiver sido criada, a base parlamentar de apoio ao Presidente da República com frequência tem lançado mão

---

19 BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas;

de um último instrumento parlamentar: anular o requerimento, por meio do questionamento constitucional –e também regimental – do preenchimento dos requisitos de criação da comissão. Nessa medida, a análise da constitucionalidade do requerimento passa a ocupar o centro do debate político-parlamentar e caracterizar-se como um obstáculo adicional a ser superado para se viabilizar o inquérito parlamentar. Esse confronto expõe o que denominamos ‘tensão entre o direito das minorias’ –que em tese deveria estar assegurado com o preenchimento dos requisitos de criação da CPI –‘e os interesses da maioria’, uma vez que esta, sentindo-se ameaçada, atua no sentido de tentar impedir o inquérito”.<sup>20</sup>

Noutro caso, conhecido como CPI dos Bingos, o bloco de apoio ao Governo se absteve de indicar os membros a compor a CPI e o Presidente do Senado também se omitiu quanto ao problema, numa manifesta tentativa obstar a instalação da CPI.

Mais uma vez o caso foi submetido ao STF, que decidiu pela impossibilidade de obstar o direito democrático legítimo da minoria, de modo que o Presidente do Senado, ante a omissão dos partidos, devia designar os Senadores para compor esse órgão de investigação legislativa.

A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo.<sup>21</sup>

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26441, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 25/04/2007, DJe de 18/12/2009;

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 22/06/2005, DJ de 04/08/2006;

Em caso mais recente, a chamada CPI da Petrobrás, ao ser instaurada a comissão, a requerimento da minoria, o Presidente do Senado a fez com a possibilidade de ampliar o objeto, acrescentando-se ocorrências diversas das perquiridas no requerimento, sendo que algumas não guardavam pertinência com o objeto original.

Mais uma vez o caso foi submetido ao STF, por meio do MS 32.885/DF, e, em decisão liminar, a Ministra Rosa Weber assentiu que a ampliação do objeto do requerimento, por força de manipulação da maioria, ferira o princípio democrático por afronta ao direito constitucional das minorias em estabelecer uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar determinado fato, nos seguintes termos:

Há situações em que a aplicação pura e simples, no processo de decisão política, da regra da maioria resulta em injustiça na medida em que nega direitos titularizados por indivíduos ou minoria. Sem deixar de reconhecer a tensão, inerente à democracia constitucional, entre a regra da maioria e os direitos das minorias, mostra-se incompatível com o estatuto conferido pela Constituição aos grupos políticos minoritários, ao consagrar o pluralismo político como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, V, da Constituição da República), a conduta que tem como resultado efetivo a negação de direitos por eles titularizados. Preenchidos os requisitos para a instauração de CPI, o seu conteúdo, no que diz com o fato determinado apontado pela minoria parlamentar, não está à disposição da maioria, tampouco das Mesas das Casas Legislativas e de seus Presidentes. Na prática, tal procedimento equivale a submeter à deliberação majoritária a própria instauração da comissão nos termos requeridos pelo grupo signatário, o que não encontra respaldo na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (MS 24.849/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 29.9.2006)

(...)

Em discussão, portanto, a possibilidade de fazer incidir juízo de valor a respeito de requerimento perfectibilizado. Não se discutem intenções, mas resultados, e estes indicam que uma CPI, no modelo de iniciativa da minoria parlamentar, está a ser obstaculizada pela ampliação de seu objeto, submetida à deliberação da maioria.



Destaco, por oportuno, que o Tribunal Constitucional Alemão, no exame da constitucionalidade da decisão do Parlamento do Estado (Länder) de Schleswig-Holstein, de 05.5.1977, diante do alargamento, no interesse e a pedido da maioria, do objeto da investigação requerida pela minoria, assegurou a esta minoria o direito à comissão de inquérito, sem sofrer modificação ou extensão de seu objeto contra a sua vontade.

Basicamente, registra o julgado, a maioria não deve se engajar contra a vontade requerente, com imposição de investigação de questões adicionais (1 BvK 1/77, de 1978)<sup>22</sup>

As Comissões Parlamentares de Inquérito, em sua essência, cumprem importante papel democrático ao garantirem poder investigatório aos representantes do povo, com preservação do direito das minorais, fortalecendo-as contra os mais variados jogos políticos, característica essencial para a garantia de um Estado Democrático de Direito.

## **7. CONCLUSÃO**

O presente trabalho abordou o tema do papel democrático da investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Inicialmente, forma tecidas considerações acerca das Comissões Parlamentares de Inquérito, assentando-se que estas são verdadeiros órgãos fiscalizadores da Administração Pública Federal e do Poder Público, com prerrogativas conferidas pela Constituição Federal.

Após, foi feito um breve histórico das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil, verificando-se que somente com a Constituição de 1934 é que houve previsão constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito.

A Constituição de 1988, com o reestabelecimento da democracia, ampliou o papel das CPI's, ao deferir poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e determinando que suas conclusões, se for o caso, sejam encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32.885/DF, Medida Cautelar, Decisão Monocrática, Rel. Min. Rosa Weber, em 23/04/2014, DJe de 28/04/2014.

Em continuação, abordou-se a celeuma existente entre as CPI's e o princípio da separação dos Poderes, assentindo-se que a contenção do poder é finalidade precípua da teria da separação dos Poderes, de modo que as Comissões Parlamentares de Inquérito, ao se permitir que o Parlamento, que representa propriamente o povo, proceda a investigações, constituem mecanismo de contenção do poder, o que prima o princípio da separação dos poderes.

Fora analisada, também, a questão quanto aos limites da CPI's, de que estas possuem os mesmos poderes investigativos das autoridades judiciais e, em contrapartida, possuem as mesmas limitações de tais poderes.

Por fim, a dinâmica do sistema democrático, visto pelo exercício do Direito, necessita de um ponto de partida mínimo e comum a todos que dele participam. É por essa razão, portanto, que se pode considerar a Constituição como o ambiente mínimo consensual em que se fundamentarão as opções interpretativas que envolvem direito das minorias.

A Constituição Federal resguardou às Comissões Parlamentares de Inquérito o cumprimento deste papel democrático, na medida em que, além de atribuir poderes de investigação aos representantes do povo, em concorrência com a Autoridade Policial e o Ministério Público, atribui mecanismo de proteção ao direito de minorias, ao conferir-lhes o poder de investigar e apurar fatos e fiscalizar o Governo.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Wanderley Bezerra. **Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites de atuação**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal, de 16 de julho de 1934. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.

BRASIL. Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais promulgadas.

BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno de 1903.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 22/06/2005, DJ de 04/08/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26441, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 25/04/2007, DJe de 18/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32.885/DF, Medida Cautelar, Decisão Monocrática, Rel. Min. Rosa Weber, em 23/04/2014, DJe de 28/04/2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Comissão parlamentar de inquérito: técnica e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro Del Estado de Derecho**. Trad. Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Paris: Trotta, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18a edição. São Paulo: Saraiva, 1990.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria da Constituição**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2. ed.. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8a edição. São Paulo: Atlas, 2000.

PERALES, A. Elvira. **Comisiones de Investigacion en el "Bundestag"**. Un Estudio de Jurisprudencia, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 7, nº 19, 1987.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Do inquérito parlamentar**. Rio de Janeiro: FGV, 1964.



## **O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017**

### **RESUMO**

A Emenda Constitucional nº 19/1998 trouxe no bojo da reforma administrativa, em seu art. 37, § 3º, a constitucionalização do direito do cidadão-usuário do serviço público interagir diretamente com a Administração Pública, a partir de mecanismos de participação direta. Este novo modelo de Administração Pública, mais flexível, voltada à cidadania e ao bem comum, possui ênfase no resultado e na qualidade final dos serviços públicos, enfim, na satisfação do administrado-cidadão. Para regulamentar o dispositivo constitucional, foi publicada em 26 de junho de 2017 a Lei nº 13.460 para estabelecer normas básicas desta participação. Diante disso, o presente artigo objetiva apresentar, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, a origem constitucional do princípio da participação do usuário no serviço público, oriundo dos princípios republicano e democrático, a sua compreensão pela doutrina e jurisprudência nacional, além da análise da nova lei.

Palavras-chave: Administração Pública; Participação do usuário; Serviço Público.

### **ABSTRACT**

Constitutional Amendment No. 19/1998 brought in the wake of administrative reform in his art. 37, § 3, the constitutionalization of the right of the citizen-user utility directly interact with the Public Administration, from direct participation mechanisms. This new model, more flexible, focused on citizenship and the common good, public administration has an emphasis on the end result and quality of public services, finally, in the administered citizen satisfaction. In order to regulate the constitutional provision, was published on June 26, 2017, law nº 13.460 to establish basic rules for this participation. Therefore, this paper aims to present, from bibliographical and documentary research, with qualitative analysis of its content, the constitutional origin of the principle of user participation in public service, coming from the republican and democratic principles, their understanding by teaching and national jurisprudence, beyond the prediction by Brazilian law.

Keywords: Public Administration; User participation; Public Service.

Agente Administrativo do Ministério Público do Estado de Sergipe

## 1. ORIGEM CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO-CIDADÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A nova ordem constitucional estabelecida com a Constituição Federal de 1988 inaugura um Estado Democrático no Brasil que tem a participação cidadã na vida política e social como um instrumento de concretização da cidadania. Para Fabio Konder Comparato (2008) a essência da democracia, como a própria etimologia revela, é a soberania do povo. Soberania, entendida como poder ou força suprema (o *kratos* grego) do povo (*demos*), isto é, da totalidade dos cidadãos.

Assim, o legislador constituinte originário ao estabelecer os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil instituiu em seu artigo 1º, parágrafo único, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Isto quer dizer que cada cidadão detém uma parte da soberania e seu exercício exige uma participação constante e ativa para a construção da sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I) almejada pelo constituinte, caso contrário ter-se-á alienação, não liberdade. A norma constitucional, portanto, instituiu a democracia representativa<sup>1</sup> e a participativa como modelos do Estado Democrático de Direito que emerge com a nova Constituição.

A participação cidadã encontra origem no princípio republicano e no democrático. O princípio republicano impõe um governo fundado em leis e não nos interesses egoísticos dos ocupantes da função pública ou de seus correligionários, enquanto que o princípio democrático confere ao povo a titularidade do poder cujo exercício é parcialmente relegado aos representantes, sendo admitidas no art. 14<sup>2</sup> da Constituição formas de participação direta dos cidadãos nos assuntos coletivos. Estes institutos referidos no art. 14 (iniciativa popular, referendo, plebiscito e ação popular) consistem em meios de democracia semidireta, que combinam institutos de participação direta com instituições de participação indireta.

---

1 Para Dallari (2002, p.155), a democracia representativa funciona da seguinte forma: “[...] o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”.

2 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:  
I - plebiscito;  
II - referendo;  
III - iniciativa popular.

Além da previsão constitucional do art. 14, há os institutos consagrados nos artigos 10, 11, 31, §3º, 37, §3º, 74, §2º, 194, VII, 206, VI e 216, §1º. Sendo o objeto de estudo do presente artigo o art. 37, § 3º que dispõe sobre a participação do cidadão-usuário do serviço público.

Ademais, a democracia participativa encontra fundamento no princípio participativo, conforme ensina Silva (2005), que se caracteriza pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.

Acontece que, no desenvolvimento da democracia representativa existe uma tendência dos partidos políticos de monopolizar a ação política, favorecendo a formação de grupos que se desviam dos objetivos coletivos para buscarem a satisfação de interesses meramente pessoais. É neste momento que os instrumentos de participação cidadã devem ser fortalecidos.

Marçal Justen Filho (2012) menciona que na democracia republicana, por um lado, deve-se franquear aos possíveis interessados a participação nas mais relevantes decisões estatais e, por outro, há de haver mecanismos “pelos quais os governantes são constrangidos a prestar esclarecimentos e a responder por seus atos” (FILHO, 2012, p. 98). É necessário entender, assim, que exercer o direito de cidadão é acompanhar a gestão pública, participar das diretrizes das políticas públicas, organizar-se politicamente para definir suas prioridades e principais demandas e, por fim, ter acesso aos resultados das ações governamentais.

Portanto, devem existir mecanismos de controle, canais de debates entre o povo e o poder político, além de tornar públicas as políticas executadas e seus resultados, concretizando o direito ao acesso às informações públicas. É nesta perspectiva que, no âmbito da prestação dos serviços públicos, como um novo paradigma social de participação cidadã no cotidiano da vida política, surgem as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.

No Brasil, entrou no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 19/1998, emenda responsável pela reforma administrativa do Estado brasileiro, a qual inseriu o § 3º no art. 37 da Constituição da República:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, asseguradas à manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade de serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Em relação à norma inserta no art. 37, § 3º, da Constituição, a sua aplicação tornou-se indispensável para o aprimoramento do nosso regime democrático, pois o controle social exercido pelos usuários do serviço público contribui para a eficiência da atividade, a responsabilização dos atos negativos dos agentes públicos e, conseqüentemente, a ampliação do exercício da cidadania plena.

A regulamentação do referido dispositivo constitucional somente ocorreu com a publicação em 26 de junho de 2017 da Lei nº 13.460, que está no período de *vacatio legis* e trouxe normas sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro somente teve uma norma infraconstitucional sobre o tema quase 29 anos depois do início da nova ordem constitucional.

No entanto, tal dispositivo constitucional sempre produziu efeitos, pois, apesar de, segundo a classificação das normas constitucionais do doutrinador José Afonso da Silva (2005), a norma do art. 37, §3º, ser de eficácia limitada, isto é, cuja aplicabilidade é mediata, indireta e reduzida, dependendo da emissão de uma norma regulamentadora, em que o legislador, garante a eficácia mediante lei, a norma teve o condão de revogar as normas do sistema jurídico que com ela colidam, além de impedir o ingresso no ordenamento de normas incompatíveis com seus preceitos, sendo amplamente aplicada em decisões do Judiciário para garantir o acesso do cidadão à Administração Pública.

Com a nova lei, aplicada à Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, foram estabelecidos princípios que regem a Administração para que os serviços públicos e o atendimento do usuário sejam realizados de forma adequada,



além de definir os direitos e deveres dos usuários-cidadãos, bem como da Administração.

## **2. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO NA DOCTRINA E A NOVA LEI Nº 13.460/2017**

A leitura sistemática da reforma realizada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 evidencia a clara opção do poder constituinte reformador por um novo modelo de Administração Pública, em que a eficiência administrativa cumpre os princípios da máxima efetividade e da indisponibilidade do interesse público ao buscar satisfazer as necessidades dos cidadãos com presteza e da maneira menos dispendiosa possível.

Nessa perspectiva, a participação do usuário na Administração Pública, erigida a nível constitucional, é reflexo do princípio da eficiência, que busca a qualidade e a melhoria da gestão do serviço público no Brasil. Roberto Ferreira Motta *apud* Pereira (2005) afirma que quem exerce o direito de participação na administração do serviço é o usuário. Segundo o autor, o direito de reclamação é consagrado pelo art. 37, § 3º, da Constituição, e que o usuário participa do serviço público mesmo quando não consome, a sua atuação acontece no controle e gestão do serviço.

Para Alexandre de Moraes (2000), a participação do administrado constitui um grande instrumento jurídico para a concretização normativa da eficiência. Participação que exige uma reordenação do comportamento do Estado e da sociedade para tornar o cidadão-usuário do serviço público mais participante da função administrativa.

Ademais, Rezende (2004, p. 6) ressalta que a legitimidade das instituições, numa sociedade democrática, advém de uma Administração Pública voltada para o “controle de resultados e descentralizada, mediante um canal direto com o cidadão, o ‘cliente’ dos serviços prestados pelo Estado [...]”. Desse modo, o Estado Democrático estabelecido com a Constituição Federal de 1988 se fortalece com este canal de participação social aberto e contínuo, contribuindo para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais estabelecidas pelo legislador constituinte.

Esse modelo de Administração Pública ficou conhecido como *gerencial*, baseado em conceitos atuais da ciência da Administração e no princípio constitucional da eficiência, com o controle da atividade voltado

para o resultado. A Administração Pública gerencial é considerada mais flexível e eficiente (REZENDE, 2004), sendo vista como a mais voltada para a cidadania e o bem comum, pois ao consagrar o foco no resultado dos serviços prestados, busca-se atender ao cidadão que é o destinatário final da atividade estatal.

Assim, a promoção de um diálogo mais efetivo com o cidadão revela uma das facetas do princípio constitucional da eficiência, uma vez que a relação Administração-cidadão possui na participação do usuário no exercício do controle da atividade uma garantia do atendimento à prestabilidade-utilidade do serviço público, além da presteza-rapidez e a economicidade. Portanto, a plena atuação de uma Administração Pública gerencial, que tem o cidadão-usuário como um dos agentes que contribui para o controle dos resultados, somente acontecerá quando a população adotar a conduta de participar da atividade do Estado como um hábito social.

## **2.1 A Lei nº 13.460/2017 e os direitos dos usuários dos serviços prestados pela Administração Pública**

A Lei nº 13.460 publicada em 27 de junho de 2017 e que ainda está no período de *vacatio legis*<sup>3</sup> se aplica à Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além de ser aplicada, subsidiariamente, aos serviços públicos prestados por particular.

A referida lei trouxe algumas definições importantes para a temática da participação dos usuários nos serviços prestados pela Administração. Ela conceitua o que é usuário, serviço público, Administração Pública, agente público e manifestações. Tais conceituações contribuem para a segurança jurídica e o melhor uso da lei pelo cidadão.

De acordo com a Lei, Usuário é a pessoa (física ou jurídica) que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, do serviço público (art. 2º, inciso I). Observe-se que, mesmo em caso de utilização potencial do serviço público, o indivíduo já é considerado usuário.

---

3 De acordo com o art. 25 da Lei: Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em: I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes; II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes.

Já serviço público é definido pelo inciso II, do art. 2º, como a atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública. Enquanto Administração Pública consiste em qualquer órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública.

Por sua vez, agente público é quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. Enquanto “manifestações” significa reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos feitos pelos usuários que tenham como assunto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços.

Outrossim, o parágrafo único do art. 2º da lei estabelece que o usuário possui direito de acesso às informações sobre os serviços públicos, na forma do que dispõe a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os Princípios da Regularidade, da Continuidade, da Efetividade, da Segurança, da Atualidade, da Generalidade, da Transparência e da Cortesia.

No tocante aos direitos e deveres dos usuários, a lei afirma que o usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar um conjunto de diretrizes, estabelecidas nos art. 5º e 6º.

As diretrizes do artigo 5º consistem em urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários; presunção de boa-fé do usuário; atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação; igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação; cumprimento de prazos e normas procedimentais; definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário; adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança

dos usuários; autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade; manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento; eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido; observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos; aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações; utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada.

No tocante aos direitos básicos, o art. 6º estabelece a participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços; a obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação; o acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527/2011; a proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei nº 12.527/2011; atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade; e a obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre: a) horário de funcionamento das unidades administrativas; b) serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização exata e a indicação do setor responsável pelo atendimento ao público; c) acesso ao agente público ou ao órgão encarregado de receber manifestações; d) situação da tramitação dos processos administrativos em que figure como interessado; e e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado.

### 3. OS DIVERSOS REGULAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com o §2º do art. 1º da Lei nº 13.460/2017, a aplicação da lei não afasta a necessidade de que a Administração Pública continue tendo que cumprir outros deveres previstos em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e no Código de Defesa do Consumidor, quando caracterizada relação de consumo. Desse modo, as leis específicas que já tratavam da participação do usuário continuam em vigor. Sendo assim, passemos a uma análise delas.

As mudanças ocorridas com a nova ordem constitucional no tocante aos direitos do usuário-cidadão começaram no início da década de 90 com o advento do Código de Defesa do Consumidor — CDC. Nele, os artigos 4º, inciso VII<sup>4</sup>, e 6º, inciso X, reconhecem como direito básico do consumidor a “adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral”. Desta forma, o CDC incluiu a prestação de serviços públicos no conceito de relação jurídica de consumo. Além disso, o art. 22 do Código Consumerista<sup>5</sup> dispõe que os serviços decorrentes de concessão e permissão devem ser necessariamente “adequados, eficientes e seguros”.

Ainda na análise da legislação nacional sobre o usuário do serviço público, Vera Scarpinella Bueno (2002) destaca a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A referida lei dispõe sobre dois instrumentos de democratização da tomada de decisões: a consulta pública (art. 31) e a audiência pública (art. 32).

A consulta pública é possível quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral. Nesse caso, o órgão competente poderá,

---

4 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:  
VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

5 Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.  
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, caso não exista prejuízo para a parte interessada. Já a audiência pública, para debates sobre a matéria do processo, pode ocorrer em casos de relevância da questão e antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade que preside o processo administrativo.

Além desses dois instrumentos, há outros mecanismos que permitem a participação cidadã, como o acesso à informação (art. 34 e 46) e a participação no processo (art. 35). Para Bueno (2002), a participação dos interessados no procedimento administrativo contribui para a melhoria da qualidade das decisões administrativas, garantindo-lhes maior legitimidade, fato que aumenta as chances de seus cumprimentos e de uma possível não judicialização da matéria.

Uma relevante norma no âmbito dos serviços públicos é a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. O citado art. 175 determina que incumbe ao poder público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Para regulamentar este dispositivo, foi que surgiu a Lei nº 8.987/1995, determinando logo em seu art. 3º que as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. Acrescente-se ainda que, o art. 30, parágrafo único, estabelece que a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários. Portanto, o usuário-cidadão é membro indispensável da comissão responsável por fiscalizar o serviço público objeto de concessão ou permissão.

Há também a Lei nº 9.074/1995 (Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências) disciplinando que todo e qualquer serviço público deve estabelecer a forma de participação dos usuários na fiscalização do concessionário, bem como a periódica disponibilidade, ao público, de relatório sobre os serviços executados.

No tocante à participação do usuário prevista na Lei nº 9.074/1995, diz José dos Santos Carvalho Filho que o controle vai além da atuação do concessionário, mas também do próprio poder concedente:

Agiu bem o legislador nesse passo, porque, à medida que os usuários se conscientizarem melhor de seus direitos e se organizarem em segmentos sociais mais fortalecidos e respeitados, poder-se-á exercer mais efetivo controle não somente sobre a atuação do concessionário, mas também sobre o próprio concedente, já que a este foram também cometidas várias obrigações, [...] (FILHO, 2013, p. 406)

Carvalho Filho aponta para uma necessidade da democracia contemporânea brasileira: o fortalecimento da organização de segmentos sociais. Todos nós sabemos que, apesar da previsão constitucional e legal da participação social, a realidade apresenta uma tímida atuação dos cidadãos no controle do serviço público. Para que haja o fortalecimento deste papel, a reunião de cidadãos de forma organizada é um mecanismo muito importante e eficaz. Assim, a reunião de grupos na forma de associações e organizações sociais também se mostra como um caminho possível em busca de maior participação e representatividade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Reforma Administrativa do Estado promovida pela emenda constitucional nº 19/1998 trouxe significativas modificações para o direito dos usuários dos serviços públicos, com a previsão de mecanismos que contribuam para a construção de sujeitos de uma cidadania ativa e efetiva.

O modelo de Administração Pública *gerencial* trazido com a referida Reforma Administrativa concretiza o princípio constitucional da eficiência, que tem o foco de atuação na busca de resultados para alcançar a qualidade e a melhoria da gestão do serviço público no Brasil. Foi neste novo cenário que algumas legislações surgiram para concretizar o disposto nos artigos 37, § 3º e 175, da Constituição Federal, que culminou com a regulamentação do referido art. 37, §3º.

Nesta perspectiva, espera-se do Estado e dos cidadãos uma efetiva mudança de conduta e de atitude para privilegiar a eficiência adminis-

trativa com o alcance de resultados. Para além da existência formal de uma legislação que garante a participação do usuário no controle da atividade dos serviços públicos, é indispensável a existência de cidadãos comprometidos com este mister.

A sociedade brasileira, portanto, deve estar imbuída deste sentimento de transformação social, em que os cidadãos atuam ativamente, com a comunicação direta entre Estado e sociedade, exigindo qualidade, regularidade e segurança na prestação dos serviços públicos. Desse modo, espera-se com a aplicação da nova Lei (Lei nº 13.460/2017) uma efetiva contribuição para a eficiência do serviço público.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quatier Latin, 2012.

BUENO, Vera C. C. M. Scarpinella. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 10, nº 39, abr/jun, 2002.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.074**, de 7 de julho de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **O direito e o avesso constitucional**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=393>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**/José dos Santos Carvalho Filho. 26ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** / Marçal Justen Filho. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2000.



PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **A posição jurídica dos usuários e os aspectos econômicos dos serviços públicos**, 2005. 389 p. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



# **A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

## **RESUMO**

A presente pesquisa abordará a Lei de Improbidade Administrativa como importante instrumento para a atuação do Ministério Público, com isso, ao longo deste trabalho, temas de relevante importância serão discutidos com o intuito de um maior entendimento acerca do questionamento exposto. Ademais, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, serão abordadas questões pertinentes que envolvem o Ministério Público como órgão primordial para a defesa de direitos da sociedade mediante a utilização da Lei de Improbidade Administrativa.

## **ABSTRACT**

The present research will address the Law of Administrative Improbability as an important instrument for the performance of the Public Prosecution Service, with this, throughout this work, topics of relevant importance will be discussed with the aim of a greater understanding about the questioning exposed. In addition, as a permanent and essential institution for the jurisdictional function of the State, pertinent issues will be addressed that involve the Public Ministry as the primary organ for the defense of society's rights through the use of the Administrative Improbability Law.

Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Guanambi (2017). Pós-Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia (2014). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (2012).

## 1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público juntamente com a Lei de Improbidade Administrativa representam para a sociedade e para o Estado ferramentas protetivas a fim de manter a paz social e repelir as práticas ilegítimas de gestores públicos que prejudicam a todos. Assim, ao atuar na defesa social e da coisa pública utilizando a Lei nº 8.429/1992, o Ministério Público age como verdadeiro protetor de toda a sociedade, buscando manter a ordem legal, jurídica e moral para o bem de todos.

Este artigo tem por objetivo trazer informações acerca da Lei de Improbidade Administrativa como importante instrumento que o Ministério Público utiliza para coibir a impunidade, bem como expor sobre tal Órgão Ministerial, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e a sua importância na defesa dos direitos da sociedade por meio da Lei de Improbidade Administrativa.

No decorrer deste trabalho serão abordadas questões pertinentes que envolvem um breve esclarecimento sobre improbidade administrativa e a importância da Lei de Improbidade Administrativa para a sociedade. Ademais, a função essencial do Ministério Público como órgão primordial para a defesa de todos bem como a sua atuação utilizando a Lei de Improbidade Administrativa também serão amplamente discutidas.

## 2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO JURÍDICO PARA A DEFESA DA SOCIEDADE

### 2.1 Noções gerais de improbidade administrativa

Antes de qualquer coisa, é preciso compreender o que o vocábulo probidade vem do latim *probitate* que significa honradez; honestidade; integridade. De outro lado, a improbidade vem do termo *improbitate* que significa imoralidade, desonestidade.

Desse modo, o dever de probidade está diretamente ligado à figura do administrador, nesse sentido:

O respeito à moral é uma característica básica que deve ser observada por todos aqueles que se relacionam com o Estado, especialmente os agentes públicos que possuem o dever jurídico de atuar com probidade.

[...]. Existe uma íntima ligação entre a moral e o “bom administrador”, que é aquele que conhece as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto. [...]. (OLIVEIRA, 2012, p. 6 e 7).

A doutrina diverge a respeito da probidade e improbidade administrativa, de modo que alguns entendem que a probidade seria um subprincípio da moralidade administrativa enquanto outros defendem a ideia de que a moralidade é princípio constitucional e que a improbidade resulta da violação de tal princípio.

Tem-se:

Enfim, probidade e moralidade administrativas são princípios constitucionais que se identificam, “tendo em vista que ambos se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública”. Tanto a probidade como a moralidade exigem a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade com as instituições públicas, de regras que assegurem a boa e útil administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Todavia, à luz do direito positivo, a violação ao princípio da probidade administrativa é mais ampla e compreende a violação ao princípio da moralidade administrativa. [...] (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 554).

É importante destacar, ainda, as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não é fácil estabelecer distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. A improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes

políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos à Administração é bem mais recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, *caput*,) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4º); do mesmo modo a lesão à probidade administrativa aparece como ato ilícito no artigo 85, V, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos 15, V. (2016, p. 973).

A nossa Constituição Federal, traz no art. 37, §4º, o seguinte: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” Assim, com o intuito de aplicar sanções àqueles que cometem atos de improbidade é que surge a Lei nº 8429/1992.

## 2.2 A lei de improbidade administrativa na sociedade

A lei de improbidade administrativa surgiu como importante instrumento no combate às irregularidades cometidas por agentes públicos e, mediante a enumeração constante na Lei nº 8429/1992, de forma exemplificativa, dos atos que importam enriquecimento ilícito; dos que causam prejuízo ao erário e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública, há a finalidade precípua de proteção à coletividade.

Desse modo, em relação à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, tem-se a seguinte declaração “Significa dizer que o direi-

to material tutelado na ação de improbidade administrativa é um direito difuso, de forma a ser essa uma espécie de ação coletiva, tutelada pelo microsistema coletivo. ” (NEVES, 2012, p.128).

Além disso, cabe mencionar que a própria lei de improbidade salienta que os agentes públicos devem respeitar os princípios da Administração Pública, sendo eles, legalidade; impessoalidade; moralidade e publicidade, quando forem tratar dos assuntos referentes à sua função. É necessário destacar também, a importância que os princípios jurídicos possuem no contexto atual, pois que, têm eles grande força normativa e, além disso, vincula as relações públicas e privadas formadas. “Ressalte-se que restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação a todo e qualquer princípio, expresso ou implícito, aplicável à Administração Pública. ” (OLIVEIRA, 2012, p.88).

É importante frisar também, que não devem ser respeitados apenas os princípios elencados no art.37 da Constituição Federal, mas também todos os princípios enumerados pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, a razoabilidade e a finalidade pública. Nesse sentido:

Não seria lógico supor que o administrador tivesse a opção de não observar determinados princípios jurídicos, assim como não seria lícito concluir pela existência de hierarquia abstrata ou normativa entre os princípios constitucionais aplicáveis à Administração. (OLIVEIRA, 2012, p.89).

Assim, fica demonstrado como a lei de improbidade administrativa tenta, por inúmeras formas, proteger a sociedade dos atos ímprobos cometidos por agentes públicos, seja mediante o não cometimento dos atos de improbidade enumerados pela mencionada legislação, seja pelo respeito aos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico positivados ou não.

### 3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO LEGÍTIMO PARA A DEFESA DA SOCIEDADE

#### 3.1 Considerações gerais

A Carta magna de 1988 consagrou de vez a evolução do órgão ministerial, colocando-o no capítulo da Constituição que trata das *funções essenciais à justiça* e separando-o dos Poderes, inclusive, o art.127 da Constituição Federal é considerado cláusula pétrea implícita já que tal dispositivo trata o Ministério Público como instituição permanente.

Em verdadeira consagração, o MP foi elevado à posição de instituição permanente e desatrelado, de vez, da representação judicial da União, tanto é que, de maneira categórica e enérgica, o art. 129, IX, expressamente vedou a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, ficando essa atribuição nas mãos da advocacia pública. (LENZA, 2011, p.757).

Dessa forma, o Ministério Público tem como função inerente proteger a sociedade, ou seja, resguardar os direitos da coletividade. Assim, por meio de seus membros, cabe ao órgão ministerial a defesa da sociedade.

O Ministério Público tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa por expressa previsão do art.17, caput, da LIA. O dispositivo infraconstitucional tem esteio em norma constitucional, mais precisamente o art. 129, III, da CF, ao prever ser uma das finalidades institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (NEVES, 2012, p.138).

Cabe frisar também:

Nos termos do art. 127, *caput* da CF, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático



e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (LÉPORE, 2015, p. 490).

Ademais, é importante frisar que, as garantias aos membros do Ministério Público e a autonomia funcional que o órgão possui se referem ao fato de que ao exercer suas funções o Ministério Público não se submete a nenhum poder, órgão ou autoridade pública e deve observar apenas o que consta na Constituição Federal e nas leis. Assim, a ação de improbidade administrativa é um exemplo de como o Ministério Público age de forma independente, sem temer represálias e na defesa da coletividade, fazendo com que tal instituição ministerial tenha mais liberdade para defender os interesses e direitos da sociedade.

Vale lembrar também que o art. 127, §1º da CF/88 traz como um dos princípios institucionais do Ministério Público a independência funcional. Tal princípio se refere à independência dos membros do Ministério Público ao exercer as suas funções. Desse modo, tais membros possuem a autonomia de convicção, ou seja, eles não se submetem a nenhum poder hierárquico e não se subordinam a qualquer ordem de atuação, de forma que, a hierarquia existente é de cunho administrativo e de responsabilidade do chefe do MP, mas, não há a hierarquia de caráter funcional. Nesse sentido, tal princípio institucional se mostra bastante eficaz e essencial para que os membros do Ministério Público exerçam a defesa da sociedade com liberdade.

### **3.2 O Ministério Público e a lei de improbidade administrativa**

A ação de improbidade administrativa possui natureza civil e dada a sua importância tutela direitos difusos, ou seja, busca a ação de improbidade proteger o direito de todos; o direito da sociedade. Assim, em relação à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, tem-se a seguinte declaração:

Significa dizer que o direito material tutelado na ação de improbidade administrativa é um direito difuso, de forma a ser essa uma espécie de ação coletiva, tutelada pelo microssistema coletivo. (NEVES, 2012, p.128).

Desse modo, cabe ao Ministério Público a função de ajuizar a ação de improbidade administrativa no intuito de proteção à sociedade e à coisa pública. Nesse sentido:

O Ministério Público tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa por expressa previsão do art.17, caput, da LIA. O dispositivo infraconstitucional tem esteio em norma constitucional, mais precisamente o art. 129, III, da CF, ao prever ser uma das finalidades institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (NEVES, 2012, p.138).

E mais:

Atualmente, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de improbidade administrativa é indiscutível, entendendo o Superior Tribunal de Justiça inclusive que tal legitimidade se aplica para atos praticados antes da Constituição Federal de 1988. (NEVES, 2012, p.139).

Cabe destacar também que a importância do Ministério Público no ajuizamento da ação de improbidade administrativa é tão grande que pode tal órgão formar litisconsórcio com a pessoa jurídica legitimada para ajuizar ação de improbidade e, além disso, o Ministério Público funcionará nas ações de improbidade administrativa como fiscal da lei ou “custos legis”, dada a peça fundamental que ele representa no processo de improbidade administrativa.

[...]. Apesar de bastante incomum, é possível que o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada se reúnam para a propositura da ação, no que restaria configurado um litisconsórcio ativo inicial. Mais comum é a formação superveniente desse litisconsórcio quando a ação for proposta pelo Ministério Público e a ele se agregar a pessoa jurídica interessada [...]. (NEVES, 2012, p.140).

A legitimidade ativa para a propositura da ação não é exclusividade do Ministério Público, pois nos termos desse artigo, além dele, a pessoa jurídica interessada também pode ingressar com a ação. Deve ser considerada como pessoa jurídica interessada, uma das previstas no art. 1º da lei nº 8.429/92. Todavia, quando for proposta por uma dessas pessoas interessadas, o Ministério Público, obrigatoriamente, atuará como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º). (BORTOLETO, 2015, p. 744).

Nas palavras de Di Pietro, tem-se o seguinte: “Nos casos em que a ação é proposta pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º).” (2016, p. 1000).

Destaca-se também que é possível a formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos “E também se admite a formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos, conforme previsão do art. 5º, §5º, da Lei 7.347/1985.” (NEVES, 2012, p.140). É importante lembrar também que no caso de ação ter sido proposta pela pessoa jurídica, o Ministério Público atuará no processo como fiscal da lei, sob pena de nulidade. Desse modo, tem-se:

[...]. Segundo tranquilo entendimento do Superior Tribunal de justiça, a ausência do Ministério Público em demandas nas quais deveria participar como fiscal da lei gera uma nulidade absoluta, mas só haverá a anulação do processo se comprovado o efetivo prejuízo decorrente de sua ausência, aplicando-se ao caso o princípio da instrumentalidade das formas. (NEVES, 2012, p.140).

Cabe salientar ainda que o Ministério Público poderá atuar na ação de improbidade de forma superveniente. Nesse sentido:

Nesse caso, entretanto, haverá ainda uma possibilidade de o Ministério Público atuar como autor, não em litisconsórcio com a pessoa jurídica interessada, mas em sua substituição, em interessante hipótese de sucessão processual no polo ativo da ação de improbidade administrativa. Embora não exista previsão

expressa nesse sentido, dentro do espírito do microsistema coletivo, aplica-se à ação de improbidade administrativa a regra prevista no art. 9º da Lei 4.717/ 1965 (LAP) e no art. 5º, §3º, da Lei 7.347/1985 (LACP). (NEVES, 2012, p. 141).

Por fim, seguem algumas jurisprudências que demonstram como o Ministério Público tenta coibir as irregularidades públicas ao fazer uso da Lei de Improbidade Administrativa:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXERCÍCIO DE GERÊNCIA/ ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA POR SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 178, INCISO XII, DA LEI ESTADUAL Nº 10.098/94. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. DOLO CONFIGURADO. EXCLUSÃO DA PENA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E MAJORAÇÃO DA MULTA CIVIL APLICADA NA SENTENÇA PARA ATENDER AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A LESIVIDADE E A REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE ÍMPROBO. MANUTENÇÃO DA PENA DE MULTA APLICADA A TERCEIRO, INCLUÍDO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 3º DA LEI Nº 8.429/92.

À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DA DEMANDADA JOCELAINE E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MARIA HELENA DE AGUIAR. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70069686954; Relator Desembargador Presidente Francisco José Moesch; Porto Alegre, 24 de agosto de 2017).

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE ARROIO GRANDE/RS. IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIOS E NO DESEMPENHO DAS ATIVIDADES POR ELES EXERCIDAS. EVIDENCIADOS O DANO AO ERÁRIO, O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA. MAJORAÇÃO DAS SANÇÕES APLICADAS AOS EDIS. A Lei nº 8.429/92 dispõe sobre a responsabilidade do agente público pela prática de atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e lesão aos princípios da administração pública (art. 11).

Inicialmente, imperioso destacar que a mera irregularidade eventualmente apurada nos atos administrativos não se confunde com a improbidade, que exige conduta dolosa/culposa e importa em sanções aos Administradores.

Hipótese em que verificada a prática dos atos de improbidade administrativa elencados nos arts. 9º, 10º e 11 da LIA na contratação de estagiários ligados aos gabinetes de vereadores da Câmara Municipal de Arroio Grande.

A conduta dos réus Luciano e Idimar denotam ação dolosa, pois consciente e deliberada, ocasionando enriquecimento ilícito e lesão ao erário público, visto que tinham conhecimento que o Poder Público era quem remunerava os estagiários Jorge e Debora, os quais exerciam as atividades de forma irregular.

Não bastasse isso, o agir dos réus Luciano e Idimar violam os princípios da administração pública, de modo especial os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas.

Em face da gravidade dos fatos, da extensão do dano causado e do proveito patrimonial obtido pelos agentes, às sanções aplicadas aos réus Idimar e Luciano devem ser acrescentadas as penas de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos a contar do trânsito em julgado da presente ação e perda de função pública, nos termos do art. 12, incisos I, II e III da Lei de Improbidade Administrativa. A pena aplicada pela sentença relativamente à ré Débora por violação ao art. 10 da LIA deve ser mantida tal como fixada, pois embora a ré tenha agido de forma irregular ao não desempenhar as tarefas para as quais foi contratada, agiu em cumprimento às determinações do vereador ao qual estava vinculada, junto a um projeto social ligado à figura pública do vereador Idimar.

Apelos dos réus desprovidos. Apelo do Ministério Público provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70073578080 (Nº CNJ): 0121923-

90.2017.8.21.7000); Relatora Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira; Porto Alegre, 26 de julho de 2017).

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO DE SERVIÇOS DE PRESTAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR COM PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE PARENTE DO GESTOR MUNICIPAL. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA PARA CONFERIR APARÊNCIA DE LEGALIDADE E CONFORMIDADE DO CONTRATO COM A FINALIDADE PÚBLICA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 9º, INC. III, DA LEI 8.666/93. ATO COMISSIVO E DOLOSO QUE SE AMOLDA AO TIPO DO ART. 11, CAPUT, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO VISANDO A ATENDER FINALIDADE PRIVADA, MARCADO PELA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. De acordo com o art. 4º da Lei 8.429/92, “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. A legislação infraconstitucional reflete mandamento proveniente do art. 37 da Constituição Federal, o qual consagra em seu caput a exigência de que a Administração Pública obedeça aos “princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Também nesse contexto, preceitua o art. 11, caput, da mesma Lei que “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

No caso em exame, embora não houvesse disposição no edital que vedasse a participação do filho do Prefeito, quanto mais como empresário individual – em nome próprio, portanto – no certame público, possível extrair-se a proibição diretamente da Constituição, a qual consagra como de observância obrigatória a impessoalidade e a moralidade administrativa.

Relembre-se que também a proibição do nepotismo não possuía previsão legal expressa, mas que a Resolução CNJ 07/2005 veio

a reconhecer, diretamente com fundamento no art. 37 da Carta da República, tratar-se de prática ofensiva à moralidade e à impessoalidade. Posteriormente, editada a Súmula Vinculante n. 13 com o mesmo apoio jurídico. Cuida-se, conforme a doutrina, de atribuição de força normativa aos princípios normativos – dos quais resultam deveres jurídicos per se, desnecessitando de regras que especifiquem detalhadamente cada conduta passível de subsunção. Nesse mesmo norte, preceitua o § 3º do art. 9º da Lei 8.666/93 que não se pode licitar, por se considerar em participação indireta, quando existir “qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários“. A ideia subjacente é clara: não podem licitar aqueles que possuam qualquer espécie de vínculo com quem tenha idealizado projetos para a Administração Pública, pois nesse caso haverá violação aos princípios da isonomia e da moralidade, na medida em que não concorrem em iguais condições os licitantes. Mas a questão vai além. Também há de se prestigiar moralidade e impessoalidade na condução do contrato administrativo, em sua realização ao longo do tempo. É evidente que uma relação em que, em última análise, o filho contrata com próprio pai (mandatário do contratante) é maléfica à Administração Pública, notadamente pela existência de interesses pessoais em contraponto aos interesses públicos, que devem, sempre e indistintamente, ser os exclusivamente perseguidos pelo gestor. Cabe destacar, ainda a respeito, que havia previsão no edital da primeira licitação, em que participara diretamente o filho do Prefeito, de recurso direcionado a este - seu pai. A temeridade e o risco dessa relação era de tal maneira evidente que a participação deveria ter sido, já àquela época, inadmitida. Todavia, a ocorrência ulterior - segunda licitação -, onde vedada expressamente a participação pela Comissão, abriu ensejo à atitude dolosamente ímproba dos réus, de maneira a sobressair imperativa a aplicação da legislação administrativa invocada pelo Ministério Público. Emanada dos autos que, vedada

administrativamente a participação do réu/filho do Prefeito por uma comissão municipal, licitou a requerida/interposta pessoa “laranja”. Em suma, os dados objetivos do processo demonstram a participação do filho do Prefeito, em nome próprio (empresário individual), em uma primeira licitação conduzida pelo pai (onde não houve a expressa vedação, embora todo o cotejo legislativo antes apontado), inclusive com prorrogação da contratação, e, ao depois, uma segunda licitação (então com vedação expressa pela comissão), onde participou a corré apenas como figurante, para encobrir o real concorrente – novamente o filho do Prefeito, que buscava novamente contratar com o Município. As alegações defensivas constituem-se elementos subjetivos, sem apoio probatório, relevando-se que a dita “laranja” sequer soube explicar ao sobre como funcionava seu negócio (vencedor do certame). Por derradeiro, observa-se que o recurso interposto não impugnou as sanções impostas, nada sendo devolvido a esta instância, portanto, de modo que, não se mostrando ilegais ou abusivas, vão conservadas. Sentença mantida.

NEGARAMPROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70069679959 (Nº CNJ: 0178189-34.2016.8.21.7000); Relatora Desembargadora Laura Louzada Jaccottet; Porto Alegre, 30 de agosto de 2017).

Desse modo, seja como legitimado ativo ou como fiscal da lei, o Ministério Público tem papel de grande valia na defesa da sociedade; do patrimônio público; cultural e social ao atuar fazendo uso da Lei de Improbidade Administrativa.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, foi possível perceber o quão importante se tornou a Lei de Improbidade Administrativa para o ordenamento jurídico e para a sociedade no que tange ao combate a ilegalidades cometidas por agentes públicos bem como na proteção da coisa pública.

É cabível destacar também a extrema importância do Ministério Público para a sociedade e para o Estado, pois, tal órgão é uma das funções



essenciais à justiça e funciona tanto como autor de ações de improbidade administrativa ou como “custos legis” ou fiscal da lei, sendo demonstrada a fundamental valia desse órgão na defesa dos direitos da sociedade.

Assim, tendo o Órgão Ministerial como legitimado ativo contra os atos de improbidade administrativa por meio da Lei nº 8.429/1992, fica demonstrado o benefício concedido a todos e para o patrimônio público, que têm para si a devida proteção concedida pelo ordenamento jurídico e, dessa forma, buscando-se sempre a ordem jurídica e moral bem como a paz social.

## REFERÊNCIAS

BORTOLETO, Leandro. **Direito administrativo para os concursos de analista**. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70069686954 – RS**. Apelantes: Estado do Rio Grande do Sul; Jocelaine Francisca de Aguiar; Maria Helena de Aguiar; Ministério Público. Apelado: Cloves Vicente Pozzobon. Relator: Desembargador Presidente Francisco José Moesch; Porto Alegre, 24 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70073578080 (Nº CNJ: 0121923-90.2017.8.21.7000) – RS**. Apelantes: Debora Cardoso Vidal; Idimar Furtado da Silva; Luciano Peres Vieira; Ministério Público. Apelado: Jorge Adriane Cunha Tajés. Relatora: Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira; Porto Alegre, 26 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70069679959 (Nº CNJ: 0178189-34.2016.8.21.7000) – RS**. Apelantes: Adriane M. Stangherlin Me; Alex dos Santos Martins; Jorge Valdeni Martins. Apelado: Ministério Público. Relatora: Desembargadora Laura Louzada Jaccottet; Porto Alegre, 30 de agosto de 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉPORE, Paulo. **Direito constitucional para os concursos de técnico e analista**. 3.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012.



## **RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO**

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo de estudo a responsabilidade civil extracontratual do Estado. No decorrer deste trabalho serão abordados a evolução histórica do instituto até o atual estágio, seu fundamento, pressupostos de configuração, prazo prescricional a ser respeitado, bem como peculiaridades inerentes e um realce a aplicação das teorias do risco administrativo e do risco integral.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Histórico. Pressupostos. Teorias do risco administrativo e do risco integral.

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to study the State 's non - contractual civil liability. In the course of this work the historical evolution of the institute up to the present stage will be approached, its foundation, assumptions of configuration, prescriptive period to be respected, as well as inherent peculiarities and an emphasis on the application of theories of administrative risk and integral risk.

Keywords: State Liability. Historic. Assumption. Theories of administrative risk and integral risk.

## 1. INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado é um tema bastante recorrente no cotidiano. Dada as vastas competências constitucionais e legais estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio àquele com o objetivo de concretizar as finalidades públicas em prol da coletividade, sua atuação deve ser prestada com veemência e de forma proporcional, uma vez que o ordenamento jurídico estabelece um sistema com limites, obrigações e deveres para a atuação estatal.

Ocorre que, nem sempre, o exercício destas prerrogativas obedece às normas previstas, ocasionando prejuízos aos administrados.

Em casos de inércia, acontecimentos imprevisíveis, condutas ilegais e até legais, conforme o caso, afetada a seara material ou imaterial dos indivíduos, ocorrerá o fato gerador para fins de responsabilidade do Estado, qual seja, reparar o dano.

O ordenamento jurídico, a depender da época e/ou fase, regeu de maneira diversa as possibilidades e hipóteses de responsabilidade, bem como os regramentos a serem utilizados pelo lesado com o escopo de obter a reparação do Estado.

Deste modo, estes pontos serão analisados no curso deste trabalho, assim como as demais peculiaridades relevantes inerentes ao tema.

## 2. CONCEITO E ABRANGÊNCIA

A ideia de responsabilidade deriva do conceito de resposta.

No ramo do Direito, tal definição resulta na conclusão de que o responsável pela prática de um ato deve responder perante a ordem jurídica.

Os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo conceituam responsabilidade civil administrativa extracontratual do Estado da seguinte maneira:

No âmbito do Direito Público, temos que a responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se,

pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e como tal reparação se exaure. (MARCELO ALEXANDRINO, VICENTE PAULO. 2014. pg. 814).

No que toca a abrangência, o dever de reparar, com base na CF/88, art. 37, §6º, quando for o caso, deve ser atribuído as pessoas jurídicas de direito público, União, Estado, Município, Distrito Federal, autarquias, fundações públicas e pessoas jurídicas de direito privado, se prestadoras de serviço público (empresa pública, sociedade de economia mista que exerçam serviço público, concessionárias e permissionárias). Sobre o tema, vale destacar o mencionado dispositivo constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. § 6º 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.

Abordados estes conceitos necessários, passemos a análise acerca da evolução história da responsabilidade estatal.

### **3. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E FASES**

A evolução da responsabilidade, do pretérito até o estágio atual, consistiu, em suma, em limitar cada vez mais com veemência a atuação do Estado, com o escopo de proteger os direitos e garantias fundamentais e prerrogativas dos administrados.

No século XIV, época do Estado Absoluto (Absolutismo) havia uma atuação autoritária por parte dos governantes, sem qualquer responsabilização por seus atos, já que não havia limites ou respeito aos direitos dos indivíduos, partindo da ideia de que o rei não errava ou praticava qualquer ilicitude.

Essa primeira fase, - conhecida como da irresponsabilidade estatal jamais vigorou no Brasil - rompeu-se, após as revoluções liberais ocorridas ao redor do mundo, mormente a Francesa, no século XVIII, no ano de 1789, passando o Estado a atuar com respeito às leis e aos direitos fundamentais.

Neste período, vale ressaltar um ponto marcante para esta mudança, a ideia de separação de poderes, onde o filósofo Montesquieu, em seu livro: “ *O Espírito das Leis*”, de 1748, aperfeiçoando a ideia de Aristóteles, sobre os poderes do Estado, promoveu a tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), com o intuito de combater o excesso de poder e estabelecendo a possibilidade de controle entre os órgãos de suas respectivas atuações.

Passada esta fase, inicia-se a da responsabilidade subjetiva do Estado, onde os atos do Estado dividiam-se em atos de império e de gestão. No primeiro caso, com resquícios da primeira fase, a atuação soberana do Estado não poderia gerar responsabilização, como os danos ocasionados em virtude de obra pública, por exemplo. Já, nos atos comuns, praticados em igualdade com o administrado, este ato poderia gerar reponsabilidade (contratos).

No entanto, neste último caso, quem possuía o dever de reparar era o servidor público que praticara o ato e não o Estado e, ainda, para isto, era necessário ao lesado identificar o servidor e comprovar a culpa ou dolo deste.

Posteriormente, com base na teoria “*faute du servisse*”, criada no ordenamento jurídico francês, comumente conhecida no direito pátrio como “teorias da culpa do serviço, culpa anônima, ou falta do serviço”, para responsabilizar os atos estatais era necessário a comprovação da ineficiência, a inexistência ou a prestação tardia dos serviços públicos, sem necessidade de apontar o agente público causador do dano.

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, não sendo mais necessário, em regra, os lesados identificarem o agente, comprovar a falha na prestação de serviços, dolo ou culpa, para obter reparação.

De acordo com a atual fase, o administrado lesado deve comprovar o dano, o fato administrativo e o nexos de causalidade para fins de reparação.

Sobre esta (3ª fase), saliente-se que já havia previsão nas Constituições brasileiras de 1946 e 1967. No entanto, a CF/88 além de consolidar o estágio atual, traz algumas novidades: a) aumenta o rol de abrangência, passando os terceiros, prestadores de serviços públicos, a possuir

responsabilidade (concessionárias e permissionárias); b) o direito de regresso do Estado em desfavor dos eventuais agentes públicos causadores daquele dever de reparar, se comprovado dolo ou culpa.

Ressalte-se que, após a promulgação da constituição atual, a jurisprudência (RE nº 327.904/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8/9/06), em destaque abaixo, conceitua tal previsão como “teoria da dupla garantia”, que corresponde a possibilidade do lesado buscar reparação diretamente ao Estado e não perante o agente público e ante o direito do Estado de reaver a indenização perante o servidor, nos casos de dolo ou culpa deste.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE nº 327.904/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8/9/06). No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: RE nº 549.126/MG, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 9/9/11; RE nº 235.025, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 19/11/10; e RE nº 601.104/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 15/9/09.

## 4. FUNDAMENTOS

A ideia de responsabilizar o Estado por sua atuação parte da ideia de superioridade do Estado perante os administrados, aquele possuindo poderes econômicos, financeiros e políticos, com grande fonte de receita e poder de império.

Nesta linha, devido a sua situação e inúmeras atribuições, atua o Estado com um risco natural, devendo arcar com os eventuais danos decorrentes, em favor dos administrados, trata-se da denominada “teoria do risco administrativo”, admitida nesta hipótese de excludente de causalidade e de atenuação na indenização, a serem destacadas mais na frente.

No contexto, vale salientar que, em determinadas situações excepcionais, a responsabilidade do Estado, pauta-se na teoria do risco integral, em que não há margem para a incidência de excludentes ou atenuantes, como em casos de danos ambientais, ecológicos e nucleares, conforme artigos 225, §3º e 21, XXIII, “d”, ambos da CF/88, c/c a lei 6.938/1981.

Outro fundamento, de igual relevância, é a repartição dos encargos sociais, o qual o Estado, em atos ou omissão que resulte em prejuízos, já que, como atua em favor de uma parte dos indivíduos ou da totalidade, eventual dano deve ser arcado também pela coletividade, uma vez que o valor pago será retirado dos cofres públicos, utilizando a receita dos impostos, por exemplo.

## 5. PRESSUPOSTOS, EXCLUDENTES DE CAUSALIDADE E ATENUAÇÃO

Como outros estágios de responsabilidade, para configuração da objetiva é necessário ao lesado demonstrar alguns requisitos: a) fato administrativo (conduta comissivo ou omissiva; b) comprovação do dano; e c) nexos causal entre o fato administrativo e o dano.

Assim, o fato administrativo significa que o fato imputado deve decorrer de atuação ou omissão estatal. O dano, que poderá ser material/patrimonial (dano emergente, lucro cessante) ou moral/extrapatrimonial. Já o nexo de causalidade, com base na teoria da causalidade direta e imediata corresponde a demonstração da relação da causa direta e efeito da conduta do Estado.

Porém, vale observar que não basta a comprovação dos pressupostos



acima para obter reparo indenizatório. Não é todo ato ou omissão do Estado que gera este dever, visto que, com fulcro na teoria do risco administrativo, o Estado, comprovando que não contribuiu para o dano, deve se eximir desta imputação. São as chamadas excludentes de causalidade: a) fato exclusivo da vítima, b) fato de terceiro, c) caso fortuito e força maior.

Já que o próprio nome sugere o conceito, como exemplo da primeira hipótese, pode-se verificar o fato de um popular vir a óbito, após, em uma via movimentada, atirar-se, bruscamente, em uma ambulância do Estado que trafegava no limite de velocidade permitido em determinada via, sendo, portanto, inevitável o sinistro.

No segundo caso, não deve o Estado ser responsabilizado por ato de terceiro, que não possui vínculo com o Estado, que age de forma imprevisível e inevitável, como o arremesso de uma pedra por outrem em um ônibus de concessionária de serviços públicos, ao transportar passageiros de um local a outro em um trecho da cidade, ocasionando na quebra do vidro e em danos físicos a um indivíduo que se encontrava no interior do veículo.

Se tratando de caso fortuito ou força maior, que se referem a eventos naturais ou humanos, em regra, o Estado não deve reparar por danos, como nos casos de chuvas fortes em determinado local que alagaram ruas e destruíram bens das casas de populares, se os bueiros estavam devidamente desentupidos e regulares, bem como os decorrentes da atividade humana como guerras e greves.

Ressalte-se que alguns autores tratam estes últimos de forma idêntica, sobre o mesmo conceito, devido aos efeitos semelhantes que ocasionam.

Vale destacar que se o dano ocorreu de atuação conjunta entre lesado e Estado, não haverá excludente de causalidade e sim uma redução no valor a ser reparado por aquele, com base no princípio da proporcionalidade.

## 6. RESPONSABILIDADES DO ESTADO POR OMISSÃO

No que concerne a responsabilidade objetiva administrativa por conduta comissiva, a doutrina é pacífica a respeito da sua configuração,

pressupostos e caracterização. Já, quanto a responsabilidade por conduta omissiva, a doutrina diverge, havendo três correntes.

A primeira, acunhada por Hely Lopes Meirelles, expõe que a responsabilidade do Estado deve ser objetiva, seja por ato comissivo ou conduta omissiva, visto que a CF/88 não diferencia.

Já a segunda corrente, adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, defendem que, neste caso, deve a responsabilidade ser subjetiva (demonstração de dolo ou culpa), haja vista que o Estado não atua para a ocorrência do dano e sim deixa de impedi-lo.

A terceira, albergada por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, Sergio, Cavalieri Filho, e STJ (Resp. 847687/GO, Rel. Min. José Delgado, DJ.25/06/2007), abaixo colacionada, dispõe que o Estado deve ser responsabilizado de forma subjetiva pelas suas omissões genéricas e de maneira objetiva nas omissões específicas, relacionadas ao dever de guardar de indivíduos ou coisas perigosas (morte de apenado em presídio).

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO MORTO APÓS SER RECOLHIDO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. SOBREVIDA PROVÁVEL (65 ANOS). PRECEDENTES. 1. (...) 2. No que se refere à morte de preso sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. 3. A orientação desta Corte fixa em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida. 4. Precedentes jurisprudenciais do STF, do STJ e de Tribunais Estaduais prestigiando a fixação da responsabilidade civil quando presente o panorama fático e jurídico acima descrito. 5. Doutrina de Rui Stoco, Yussef Cahali, Cretela Júnior e Celso Antônio Bandeira de Melo no mesmo sentido do acima exposto (ver “Tratado de Responsabilidade Civil”, de Rui Stoco, 6ª Ed. RT, 2004, pp. 1.124/1.125). 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para fixar em sessenta e cinco anos o limite temporal para pagamento da pensão mensal estabelecida.

## 7. RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGAIS

Conforme abordado anteriormente, preenchidos os pressupostos, o Estado pode ser responsabilizado por atos comissivos ou condutas omissivas. O primeiro subdivide-se em atos ilegais e legais.

É comumente visto a responsabilidade por ato ilícito do Estado, dada a sua palpável possibilidade de identificação no cotidiano, como o avanço de sinal vermelho por um veículo do estado que colide com um particular, sendo este o fato gerador para fins de reparação.

Contudo, é possível verificar no ordenamento pátrio a possibilidade de responsabilidade por atos lícitos em algumas hipóteses específicas: previsão em lei (indenização pela União por danos ocorridos oriundos de ataque terrorista em aeronaves de matrícula brasileira, (art.1º da lei. 10.744/2002), conforme se vê abaixo, e o sacrifício desproporcional do Estado (ato administrativo que ordena a proibição de passagem de veículos de uma rua, prejudicando assim os empresários donos dos postos de gasolina.

Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

## 8. RESPONSABILIDADES POR ATOS LEGISLATIVOS E JUDICIAIS

Em regra, a atuação legislativa do Estado, em regra adotado pelo Poder Legislativo, não gera o dever de indenizar, tendo em vista o caráter genérico e abstrato das leis e atos normativos no intuito de criar direitos e obrigações aos indivíduos.

Além do mais, atribuir como regra a responsabilização por atos legislativos geraria um óbice a função precípua do Poder Legislativo em sua atuação legiferante, estabelecida na Constituição, uma vez que agiria

de forma inibida pela frequente eminência de responsabilizar a pessoa jurídica a qual integra.

Somente em hipóteses restritas pode evidenciar-se esta possibilidade, quais sejam: a) leis de efeitos concretos, b) leis inconstitucionais e c) omissão legislativa.

A primeira, exatamente por não possuir na essência o caráter genérico e abstrato das leis em geral, apesar de ser formalizado por lei, como por exemplo, dano decorrente de lei que proíbe circulação de veículo em rua onde se encontra posto de gasolina.

No segundo caso, deve haver a declaração da inconstitucionalidade da lei em controle concentrado e a comprovação do dano, conforme se extrai no caso de ajuizamento de ação de repetição de indébito em face de Estado, em razão da inconstitucionalidade de determinada lei.

Na terceira hipótese, pode ser evidenciada em caso de omissão desproporcional do Poder Público, conforme art. 37, X, da CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

Desta maneira, havendo um lapso desproporcional para a elaboração do ato normativo ou lei, ocorrerá o fato gerador para fins de indenização com amparo na responsabilidade objetiva.

No caso de atos judiciais, assim como nos atos legislativos, somente em casos determinados é possível indenização por atuação estatal.

Os principais argumentos para não responsabilização, como regra, encontra respaldo na possibilidade de as decisões judiciais serem reformadas e, conseqüentemente, ser revertida a situação danosa, após interposição de recursos, pedidos de reconsideração e impetração dos remédios constitucionais (mandando de segurança e habeas corpus).

Ressalte-se que a própria Constituição de 1988 estabelece hipóteses de reparação decorrentes de atos emanados pelo Judiciário: a) erro judiciário substancial e inescusável; b) prisão além do tempo fixado; c) demora desproporcional na prestação jurisdicional, conforme art. 5º, incisos LXXV e LXXVIII.

Neste íterim, destaco o dispositivo constitucional abordado:

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: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

## 9. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

No que tange aos danos ambientais, doutrina e jurisprudência vêm se posicionando com base na teoria do risco integral para justificar o dever de indenizar por danos ambientais.

Vale lembrar que, com base nesta teoria, acolhida por parte da doutrina e jurisprudência do STJ (Resp. 1412664 / SP), abaixo realçado, comprovado o dano, ato comissivo ou omissão do estado e o nexo de causalidade, deve o Estado responder por suas condutas, sem qualquer espaço para arguição de exclusão de causalidade (força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e ato de terceiro), em juízo.

DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LUCROS CESSANTES AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA INTEGRAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CABIMENTO.1. A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se inculpidos não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81,

art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes.2. Demandas ambientais, tendo em vista respeitarem bem público de titularidade difusa, cujo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza indisponível, com incidência de responsabilidade civil integral objetiva, implicam uma atuação jurisdicional de extrema complexidade.3. O Tribunal local, em face da complexidade probatória que envolve demanda ambiental, como é o caso, e diante da hipossuficiência técnica e financeira do autor, entendeu pela inversão do ônus da prova. Cabimento.4. A agravante, em seu arrazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de modificar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos.5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1412664 / SP -T4 - QUARTA TURMA-DJe 11/03/2014)

Quanto aos aludidos danos, vale dispor que é indiscutível os vastos prejuízos causados e que, na maioria das vezes, são irreversíveis.

No entanto, é preciso ter cautela ao aplicar esta teoria, sob pena de transformar o Estado em segurador universal de todo e qualquer dano ocasionado, sem ter, efetivamente, contribuído para tanto.

Destaque-se, inclusive, que alguns autores - Yussef Said Cahali, por exemplo - explanam que, mesmo se tratando de danos ambientais, a responsabilidade deve respaldar-se na teoria do risco administrativo, que admite excludentes de causalidade.

É importante lembrar que a CF/1988, em seu art. 225, §3º e a Lei 6.938/81, art. 14, §1º, possuem, em seus respectivos textos, previsão a respeito da responsabilidade, sem mencionar expressamente a teoria do risco integral. Vale trazer à baila os dispositivos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras

gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Ademais, esta teoria vai em contraponto a teoria regra do risco administrativo, adotada atualmente, como regra, na maioria dos casos pelo ordenamento jurídico pátrio, a qual, repita-se, abre margem para o Estado comprovar que não concorreu ou procedeu com ato danoso.

## 10. PRESCRIÇÃO

A prescrição no âmbito do Direito Administrativo guarda pertinência com o Direito Civil, que significa a perda da pretensão pela inércia em um lapso fixado em lei.

Com base no princípio da especialidade, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência vinham adotando o prazo de cinco anos para o ajuizamento de ações em desfavor do Estado e de pessoas privadas prestadores de serviço público, em ocorrência de danos, com fulcro no Decreto de n. 20910/1932 e Decreto-lei de n. 4.597/1942 e art. 1-C da lei 9.494/1997.

No entanto, com a vigência do CC/2002, que prevê o prazo de três anos, de forma geral, para o ajuizamento de ação visando a reparação por danos civis, doutrina e jurisprudência passaram a divergir a respeito do prazo a ser aplicado. Atualmente, existem duas correntes;

A primeira, seguida pelos renomados doutrinadores Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, seguida pelo STJ: (2ª Turma.

AgRg no AREsp 768.400/DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 03/11/2015) “, adota uma postura mais conservadora, abordando que deve ser aplicado o prazo de cinco anos, uma vez que no conflito entre normas especiais e gerais, a primeira deve prevalecer.

A conseguinte, acunhada por José dos Santos Carvalho Filho e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, defendem aplicação do prazo de três anos, sob os seguintes argumentos: a) o aludido Decreto lei 20.910, art. 10, deixa espaço para aplicação de prazo menor do que cinco anos, previsto no ordenamento jurídico; b) com base na interpretação sistemática e histórica, visto que, ao estabelecer o prazo de cinco anos, na época, o objetivo do legislador era proteger a coletividade e beneficiar o estado, pois na época o prazo prescricional geral era de vinte anos; c) prazos diferentes para pretensões entre particulares e destes com a fazenda pública ofendem a ordem jurídica e o princípio da razoabilidade.

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de forma definitiva sobre a questão.

No contexto, é importante frisar a hipótese excepcionalíssima de imprescritibilidade em desfavor do Estado, que trata dos casos de atos de tortura durante o regime militar, conforme julgados; “ STF: HC 70.389-SP, DJ 10/8/2001 e do STJ: REsp 449.000-PE, DJ 30/6/2003. REsp 845.228-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2007”

Vale realçar que o prazo prescricional em favor do Estado deve observar as mesmas regras mencionadas anteriormente, ante o princípio da isonomia, salvo se o ressarcimento ao erário derivar de ato improbidade administrativa, hipótese que não haverá prescrição.

## 11. CONCLUSÃO

Conforme visto, a forma como a responsabilidade civil extracontratual do Estado fora tratada de maneira diversa, à medida em que a proteção aos direitos fundamentais dos administrados evoluiu. Existe um sistema jurídico que atribui plenos poderes à atuação estatal, no entanto, estabelece limites.

A CF/88 consagrou a responsabilidade objetiva, ampliou o rol de abrangência para este fim e previu mecanismo de ressarcimento em alguns casos (dolo ou culpa do agente público).



Considerando as diversas maneiras de atuação estatal e de suas condutas omissivas, seja através dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), seja através de particulares no exercício da atividade pública, bem como as diversas maneiras de danos, materiais, imateriais, ambientais, por exemplo, e as atuais teorias utilizadas (do risco administrativo e do risco integral) para justificar a condenação do Estado em indenizar, percebe-se que cada caso deverá ser analisado com cautela, com o escopo de averiguar os pressupostos necessários, hipóteses de excludente de causalidade e atenuação da indenização e evitar que o Estado se torne um segurador universal.

Assim, espera-se que este trabalho possa contribuir de alguma forma para fins de instrução no que concerne aos aspectos relevantes sobre o tema objeto deste estudo, bem como para informar a respeito da visão reparatória que se atribui ao Estado na atualidade.

## REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. Atlas. São Paulo, 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.



## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS: DIVERGÊNCIAS DOCTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS**

### **RESUMO**

A responsabilidade civil do Estado depende da teoria adotada pelo ordenamento jurídico, podendo ser objetiva ou subjetiva. O nosso sistema jurídico sempre previu o Estado como ente responsável, apesar da constitucionalização da responsabilidade só advir na Constituição de 1934. A grande inovação foi a Constituição de 1946 ao adotar a tese da responsabilidade objetiva, até hoje prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo não mencionou expressamente quais condutas danosas seriam passíveis de responsabilização, o que acarretou para os doutos e tribunais nacionais debates. É unânime a sua aplicação nos atos positivos dos representantes da Administração Pública, conquanto, assim não o é nos atos omissivos.

### **ABSTRACT**

The civil responsibility of the State depends on the theory adopted by the legal system, and can be objective or subjective. Our legal system always predicted the State as a responsible entity, despite the constitutionalisation of responsibility only in the Constitution of 1934. The great innovation was the Constitution of 1946 when adopting the thesis of objective responsibility, until today envisaged in art. 37, paragraph 6 of the Federal Constitution of 1988. Such a provision did not explicitly mention which harmful conduct would be liable to liability, which has led to the national court of law. Its application in the positive acts of the representatives of the Public Administration is unanimous, although, it is not so in the omissive acts.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 1.1 Evolução Histórica

A responsabilidade extracontratual civil do Estado, ou seja, aquela decorrente de uma relação jurídica de sujeição geral dos indivíduos origina-se de condutas praticadas por agentes públicos em detrimento de particulares em razão da função administrativa desempenhadas por eles, permanecendo em uma significativa evolução.<sup>1</sup>

A primeira fase da responsabilidade estatal é marcada pela sua irresponsabilidade, vigendo da Idade Antiga até o absolutismo.<sup>2</sup> Os atos praticados pelo soberano e os seus agentes eram intangíveis, insuscetíveis de erros, uma vez que o poder conferido ao monarca era de origem divina.

Em razão da ausência de reparação dos prejuízos ocasionados aos particulares, a teoria da irresponsabilidade foi superada, uma vez que o Estado é titular de direitos e deveres.

A responsabilidade subjetiva do Estado lastreou-se no Direito Privado, cujo fundamento é a culpa. Dessa forma, o terceiro lesado para ser indenizado pelo Poder Público deve comprovar a conduta do agente público, o dano sofrido, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta e a culpa lato senso, isto é, dolo ou culpa estrito senso. Contudo, essa teoria mostrou-se incompatível em decorrência da hipossuficiência do administrado, que possuía dificuldades de comprovação judicial da culpa individual do agente.<sup>3</sup> A tese então foi adaptada ao Direito Público, a culpa deixa de ser individual e se torna culpa do serviço ou da “falta do serviço”.

A teoria da responsabilidade objetiva difere da subjetiva pela ausência de demonstração da culpa, sendo, portanto, mais benéfica ao particular prejudicado por um comportamento estatal. Os requisitos elementares são: conduta do agente, dano e o nexo causal entre a conduta e o dano. Baseia-se na teoria do risco, pois é inerente à atividade estatal a possibilidade de ocorrência de um dano à sociedade, se o Poder Público viola algum direito dos administrados deve repará-lo.<sup>4</sup>

---

1 MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309-310.

2 GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320.

3 MAZZA. Op. cit., nota 1, p. 312.

4 DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 701-702.

A teoria do risco é dividida em duas correntes: do risco integral e do risco administrativo. A corrente do risco integral sustenta que o ente estatal é garantidor universal, devendo indenizar sempre que ensejar prejuízo ao particular, logo não há qualquer possibilidade de exclusão da responsabilidade, é mais vantajosa ao administrado. O risco administrativo, diferentemente, aceita a invocação de excludentes, tornando-se menos vantajosa ao particular, o Poder Público não é garantidor universal, inova-se a reserva do possível. É possível eximir do dever de reparar se inexistir pelo menos um dos pressupostos da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima e a força maior.<sup>5</sup>

Afasta-se a responsabilidade do Estado quando o agente causador do dano é unicamente a vítima, vale ressaltar que deverá inexistir conduta do agente público, por isso não configurará onexo causal entre o dano e o comportamento do Estado. Caso haja uma ação ou omissão concomitantemente do prejudicado e do Poder Público restará configurada a culpa concorrente, e ambos ressarcirão os danos na medida de seus comportamentos.

A força maior é definida por Maria Sylvia Di Pietro como: “[...] acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio.”<sup>6</sup> Pela sua essência o ente estatal pode alegá-la e retirar a obrigatoriedade de compensação. Todavia, nem sempre será causa de exclusão da responsabilidade, uma vez que demonstrada que a omissão do Estado em determinado serviço ocasionou a lesão.

O caso fortuito não é capaz de elidir a responsabilidade estatal, confirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

O caso fortuito não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem.<sup>7</sup>

5 MAZZA. Op. cit., nota 1, pág. 320.

6 DI PIETRO. Op. cit., nota 4, pág. 707.

7 MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010., pág. 1025.

Nesse diapasão, a responsabilidade extracontratual objetiva do Poder Público tem suas peculiaridades e a depender da teoria do risco adotada pelo ordenamento jurídico do Estado será possível ou não excluir o dever de reparar o dano.

## 1.2 Responsabilidade Civil do Estado Brasileiro

O Brasil não seguiu todas as fases da responsabilidade civil do Estado, não adotando a teoria da irresponsabilidade estatal.

As Constituições de 1824 e 1891 foram inertes a respeito da responsabilização do Poder Público, contudo o Código Civil de 1916 adotou para o Estado a responsabilidade subjetiva. A constitucionalização da tese da responsabilidade civil subjetiva só adveio com a Constituição de 1934, tendo sua previsão repetida na Constituição de 1937. A CF/46 inovou e adotou a teoria da responsabilidade objetiva. A CF/67 no seu art. 105, a Emenda Constituição nº 01/69 em seu art. 107 e a CF/88 no art. 37, §6º continuaram adotando a teoria da responsabilidade objetiva.<sup>8</sup>

Como assevera o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, a responsabilidade civil extracontratual do Poder Público é objetiva:

Art. 37, § 6º - 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.<sup>9</sup>

O dispositivo constitucional mencionado previu a obrigação de ressarcir para a administração direta, essa composta por entidades políticas dotadas de personalidade jurídica de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Abrangendo os entes da administração indireta, tanto para pessoas jurídicas de direito público, as autarquias, quanto para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, ou seja, a empresa pública, sociedade de economia

8 CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: JusPodvm, 2012, pág. 374.

9 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: .<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18/10/2017.

mista e fundação pública. Assim como os particulares prestadores de serviços públicos, entendendo-os como os concessionários, permissivos e autorizados.

O sistema jurídico pátrio adota como regra a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco administrativo. O STF já se manifestou nesse sentido, a exemplo do julgamento do Agravo de Interno nº 636.814 no Agravo Retido: “[...] com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la.”<sup>10</sup>

Nesse diapasão, a Lei Maior possibilitou aos particulares maiores oportunidades de serem ressarcidos pelo ente estatal, já que não há mais o ônus de comprovação de culpa administrativa. De outro lado permitiu a exoneração ou diminuição da responsabilidade ao adotar a teoria do risco administrativo como regra.

### 1.3 Elementos da responsabilidade civil estatal

Para a configuração da obrigação objetiva de indenizar do ente estatal devem estar presentes três elementos, saber: a conduta, o dano e o nexo de causalidade ou nexo causal entre o dano e a conduta. Para a responsabilidade subjetiva também necessita da culpa. A inexistência de algum desses pressupostos essenciais acarretará o afastamento da responsabilidade estatal.

A conduta ensejadora do dano ao particular pode ser comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, legítima ou ilegítima.

O ato comissivo equivale ao agente público incumbido da função administrativa ou em razão dela agir, praticar um ato capaz de ensejar uma lesão a um particular. Também se admite uma conduta omissiva desde que essa capaz de ferir um direito do particular, como será analisada no próximo capítulo.

O segundo pressuposto é o dano, devendo ser indenizável e demonstrado pelo lesado a fim de que tenha a sua pretensão atingida.

O sistema jurídico pátrio acolhe a indenização dos danos materiais e morais. Aqueles entendidos como o real prejuízo ao lesado me-

10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 18/10/2017.

dido economicamente, exemplificando, em um acidente de trânsito envolvendo um particular e uma ambulância municipal em que além da colisão dos veículos acarretou problemas de saúde ao particular, há necessidade do conserto do automóvel em razão da colisão, o ressarcimento dos gastos com remédios, consultas médicas, transporte. O dano moral dirige-se à violação de um direito da personalidade, não necessariamente gerando dor e constrangimento, esses serão auferidos na gradação da reparação, sendo, por conseguinte, mais difícil de apurar.

O último elemento é o nexa de causalidade, também chamado de nexa causal. É o liame entre o dano anormal e específico sofrido pelo administrado e a conduta omissiva ou comissiva do Estado. A sua apuração inadequada pode afastar ou configurar uma indenização que efetivamente ocorreu ou não, gerando consequências ao particular que indevidamente não foi ressarcido e ao próprio agente ou particular prestador do serviço público que será passível de uma ação de regresso para repor o prejuízo obtido pelo lesado e eventuais penalidades administrativas, civis e penais que eventualmente não se configurou.

A culpa em sentido amplo abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. O dolo é a intenção de obter o resultado obtido e a culpa estrito senso é a prática de um ato negligente, imprudente ou imperioso.

Para a tese da responsabilidade subjetiva ela é fundamental para a caracterização do dever de indenizar do Estado, caso não esteja presente ela será afastada. De outra, para a objetiva, como já disposto, o requisito da culpa é irrelevante, pois basta que o lesado demonstre os demais elementos, isto é, conduta, dano e o nexa. A culpa em sentido amplo é auferida em segundo plano, na ação de regresso proposta pelo Estado em face do administrador responsável pela conduta danosa.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS**

### **2.1 Atos omissivos**

A conduta do Poder Público pode decorrer de uma ação ou omissão. Todavia, não basta que haja um dano e uma abstenção, faz-se necessário que ele se mantenha inerte em um dever legal capaz de evitar a lesão ao particular.



João Agnaldo Donizati Gandini e Diana Paola da Silva Salomão acrescentam que:

Para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso e quem estava obrigado a evitá-lo. Assim, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, como numa enchente, por exemplo, mas sim por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.<sup>11</sup>

Angélica Petian assevera que para a caracterização da omissão é imprescindível três requisitos. O primeiro é o dever jurídico de agir, o Estado deve estar obrigado a agir por imposição legal e se mantém inerte, o segundo está no campo subjetivo, da expectativa do administrado, pois quanto maior o nível de presença do ente estatal e excelência da prestação maior é a expectativa da sociedade, se há a omissão do serviço, em tempo inoportuno ou de forma incorreta será mais severo, e o terceiro é a reserva do possível, uma vez que deve analisar se o Poder Público tinha ou não condição de realizar o ato, se a inércia não for razoável o requisito estará presente (informação verbal).<sup>12</sup>

É cediço na doutrina e jurisprudência que o art. 37, § 6º da Constituição Cidadã é aplicável às condutas positivas da administração pública, porém a questão não é pacificada no que diz respeito aos atos negativos. Hodiernamente existem dois posicionamentos acerca da espécie de responsabilidade civil nos atos por omissão: objetiva e subjetiva.

11 GANDINI, João Agnaldo Donizati; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. R. CEJ, Brasília, n. 23, p. 45-59, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/577/757>>. Acesso em: 30/09/2017. pág. 51.

12 Informação fornecida por Angélica Petian na aula de Pós-Graduação da Universidade Anhanguera-Uniderp, ministrada em outubro de 2013.

## 2.2 Responsabilidade Civil subjetiva e omissão estatal

A responsabilidade civil subjetiva atualmente é majoritária dos doutos e tribunais brasileiros. Como aclarada, tem quatro pressupostos: dano, conduta, nexo causal e o elemento subjetivo que é a culpa.

Fernanda Marinela enfatiza que além desses três elementos há outros aspectos essenciais para que haja a responsabilização da Administração Pública, a fim de evitar punições desproporcionais e exageradas, cuja análise levará em conta o grau de inércia e possibilidade de evitar o ocorrido, padrões possíveis do serviço e orçamento.<sup>13</sup>

A conduta omissiva deve violar um dever imposto pela lei, logo, o ato ensejador da responsabilidade subjetiva deverá ser necessariamente ilícito.

Todavia, os atos ilícitos são praticados também por meio de ações, ilustrando: um motorista de uma ambulância estadual a fim de socorrer a vítima de um acidente automobilístico ultrapassa o sinal vermelho e colide com outro automóvel que estava seguindo as regras de trânsito, haverá a necessidade de ressarcimento do motorista particular pelo estado-membro, há a conduta do motorista da ambulância em desrespeitar o sinal de trânsito, danos ao terceiro e o liame entre o ato estatal e o prejuízo, aplica-se ao caso concreto a teoria da responsabilidade objetiva conforme art. 37, § 6º da CF/88. Apesar de ser uma conduta ilícita foi comissiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que se o Estado realizou o serviço seguindo os critérios normais de organização e eficiência e não pode evitar o dano, ele não poderá ser responsabilizado, porque ele não foi o autor do ocorrido, apenas será se houver má prestação do serviço ou inércia quando devesse agir. A omissão juntamente com a ineficiência, portanto, são condições e não causas da obrigação de reparar o dano, pois eles não são provocadores do resultado, não há que se falar no liame entre o ato negativo e o prejuízo, já que a condição é um evento negativo, que não ocorreu, caso tivesse ocorrido seria capaz de evitar o evento danoso.<sup>14</sup>

Dirley da Cunha Júnior afirma que a responsabilidade subjetiva decorre da culpa anônima e não a do agente, ou seja, por culpa adminis-

---

13 MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013., pág. 995.

14 MELLO. Op. cit., nota 7, pág. 1014.

trativa ou do serviço, como nos casos em que o Poder Público deveria desentupir as galerias pluviais e bueiros para evitar que em tempos chuvosos não haja alagamentos e possíveis prejuízos à sociedade e a particulares individualmente, se ele se não realiza esse serviço e em razão disso há danos caracteriza-se a incidência da responsabilidade estatal.<sup>15</sup>

A Administração Pública tem se valido da tese da reserva do possível para se eximir da responsabilidade civil. Tal teoria alega que por motivos orçamentários, estruturais ou tecnológicos o Estado deixa de prestar alguma atividade em detrimento de outra.<sup>16</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello ainda não é sabido o que seria o padrão normal a se exigir de uma obrigação do Estado, porém ele nos demonstra parâmetros para atingir a eficiência: “[...] a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.”<sup>17</sup>

Sérgio Cavaliere Filho expõe que é imprescindível diferenciar omissão genérica da específica para saber qual teoria adotar na prática. Esta se refere às situações de proteção ou guarda, o Poder Público é o garantidor ou guardião da vítima, assim requerer um dever específico, ele fica inerte quando deveria agir, a omissão causa é imediata e direta do dano, a exemplo, de uma briga de apenados na penitenciária que acarreta a morte de um deles, e aplica-se a responsabilidade objetiva. Aquela é residual, nas hipóteses em que não há uma atuação específica a obrigação de indenizar será subjetiva, a Administração Pública tem o dever de evitar o dano, porém permanece omissa, como no caso de acidente de um ciclista em bueiro por falta de conservação do ente estatal, o prejudicado deve comprovar a culpa do serviço, já que a omissão concorreu para o prejuízo.<sup>18</sup>

A jurisprudência dominante dos tribunais superiores é pela responsabilidade subjetiva do Estado para os atos omissivos, como corrobora o Recurso Especial 1.069.996/RS julgado pela Segunda Turma do Supe-

15 CUNHA JÚNIOR. Op. cit., nota 8, pág. 379.

16 MARINELA. Op. cit., nota 13, pág. 997.

17 MELLO. Op. cit., nota 8, pág. 1013.

18 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, pág. 293.

rior Tribunal de Justiça com relatoria da Ministra Eliana Calmon: “2. A jurisprudência dominante tanto do STF como deste Tribunal, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva.”<sup>19</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite duas exceções essa regra: há previsão legal e quando há circunstância que indique a presença de standard ou dever de ação estatal mais rigoroso, como demonstrado no Recurso Especial Nº 1.236.863/ES.<sup>20</sup>

### 2.3 Responsabilidade civil objetiva e omissão estatal

A referida teoria é minoritária adotada por doutrinadores, como Odete Medauar, Yussef Said Cahali, Álvaro Lazzari, Hely Lopes Meireles, respalda os atos omissivos da Administração Pública na responsabilidade extracontratual objetiva, portanto, para aferição de indenização é irrelevante o elemento subjetivo.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro explica que a adoção da teoria objetiva se dar pela preocupação na dificuldade de o lesado comprovar a culpa ou dolo e obter o ressarcimento pretendido, porquanto com a aplicação dessa tese afasta-se o dever de provar o elemento subjetivo da responsabilidade.<sup>21</sup>

O Estado é responsável pela prática das atividades públicas e a prestação de serviços considerados importantes para a sociedade, como saúde, segurança, educação. Como já sabido, a função pública é exercida por agentes públicos e por particulares delegados. E a realização dessas atividades por si geram riscos que devem ser suportados pelo próprio Poder Público em prol da sociedade.

Yussef Said Cahali justifica a aplicação da responsabilidade objetiva no dispositivo constitucional da responsabilidade civil do Estado, art. 37, § 6º, que não mencionou a obrigatoriedade de demonstração do elemento subjetivo para que o lesado tenha o direito de ressarcimento, mas

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.069.996/RS**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5402474&sReg=200801422039&sData=20090701&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5402474&sReg=200801422039&sData=20090701&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 31/09/2017

20 **Ibid. Recurso Especial nº 1.236.863/ES**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp)>. Acesso em: 31/09/2017.

21 DI PIETRO. *Op. cit.*, nota 4, pág. 654.

apenas no caso de ação regressiva da Administração Pública em face do agente público.<sup>22</sup>

A incidência da referida tese não significa que o Estado é garantidor universal, pois é possível afastá-la, como aclaram João Agnaldo Donizati Gandini e Diana Paola da Silva Salomão, a aplicação do dever de indenizar do Estado em razão de conduta omissiva poderá ser afastada se ele demonstrar que há excludentes de responsabilidade, a não caracterização de um dano especial, anormal ou que não tem a obrigação de agir no caso concreto.<sup>23</sup>

Devido a grande relevância do tema para o ordenamento jurídico pátrio, a Suprema Corte o declarou como repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 580.252, julgando seu mérito para afirmar a obrigação do Estado de manter seus presídios com padrões mínimos de humanidade, havendo a comprovação de danos causados aos detentos, seja material ou moral, em virtude de falta ou insuficiência das condições legais, sob pena de responsabilização objetiva, lastreada pela teoria do risco administrativo.<sup>24</sup>

## CONCLUSÃO

O Estado exerce atividades em prol da sociedade, porém em razão da sua natureza elas são passíveis de ocasionar danos a certas pessoas ou grupos de indivíduos. Assim, por ele ser pessoa jurídica é capaz de ser responsabilizado pelos atos danosos de seus agentes e particulares que exercem função pública ou em razão dela tenham agido ou mantidos inertes.

A responsabilidade civil extracontratual estatal é a decorrente de uma relação jurídica entre uma conduta estatal com um particular sem prévia vinculação. Em razão de uma conduta, que pode ser positiva ou negativa, o Poder Público causa um prejuízo a terceiro e é obrigado a repará-lo.

22 DIONÍSIO, Elisângela. **Responsabilidade civil do Estado na ação ou omissão na prestação de serviços públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2729, 21 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18076>>. Acesso em: 02/10/2017 apud CAHALI, 2007, pág. 32, 43.

23 GANDINI; SALOMÃO. Op. cit., nota 33, pág. 53 apud ÁLVARO, 1999, pág. 54.

24 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.52/MS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580252%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+580252%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ahmcrl>>. Acesso em: 19/10/2017.

A primeira tese sobre o dever de reparar o dano do Poder Público foi a responsabilidade subjetiva baseada no Direito Privado, cujos pressupostos eram de duas categorias: objetivos e subjetivo. Os primeiros referiam-se à conduta, prejuízo anormal e específico e o nexo causal entre eles. O pressuposto subjetivo diz respeito à culpa *lato sensu*, engloba o dolo (intenção de ocasionar o dano) e a culpa *estricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia). Posteriormente ela foi amoldada para o Direito Público e a culpa passou a ser também a ocasionada pela falta ou ineficiência do serviço.

Apesar do avanço, existiu a necessidade de uma responsabilidade que beneficiasse o prejudicado, surgindo a responsabilidade objetiva, mantendo os elementos objetivos da responsabilidade anterior. Essa teoria pode se basear no risco integral, em que não se admite qualquer causa excludente de responsabilidade, e no risco administrativo em que é admitido, a exemplo da culpa exclusiva da vítima e da força maior.

No Brasil a obrigação de indenizar da Administração Pública sempre existiu, mas só foi elevada a nível constitucional na Lei Maior 1934, com a responsabilidade subjetiva. Apenas com a Constituição de 1946 que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva. Mantida até hoje como regra no art. 37, § 6º da CF/88, permitindo aos lesados maiores chances de ser indenizados, sopesando com a adoção da tese do risco administrativo.

A doutrina e jurisprudência pátria são pacíficas no sentido de que o Estado tem o dever de reparar os prejuízos provados por terceiros em razão de uma conduta comissiva e omissiva. Para a primeira conduta todos entendem pela aplicação da responsabilidade objetiva e como regra o risco administrativo. A divergência se encontra pela adoção da responsabilidade subjetiva ou objetiva quanto aos atos omissivos.

A corrente filiada à teoria da responsabilidade subjetiva sustenta que ela é mais razoável, pois com a exigência da culpa evitam-se punições desproporcionais e exageradas ao ente estatal. A omissão por ser ocasionada pelo descumprimento de um dever, de um ilícito surgiu necessariamente de culpa ou dolo, devendo aplicar a tese da obrigação subjetiva. Além do que o Estado só pode indenizar de uma conduta lesiva se poderia evitar ou que estivesse obrigado a agir, assim o ato omissivo é condição da obrigação. Sustenta-se também que a culpa está implícita

na omissão, deve-se analisar o caso concreto para averiguar se existiu a inércia para minorar ou evitar os danos, sendo incompatível com a responsabilidade objetiva. Alega-se o afastamento da responsabilidade objetiva, porque o Estado não pode ser o garantidor universal.

A corrente perfilhada à teoria da responsabilidade objetiva sustenta que ela é mais vantajosa à vítima, pois não precisa da comprovação da culpa, mostra-se de difícil comprovação pelo particular a indevida omissão do Estado. A atividade pública por si só é de risco, pode ocasionar prejuízos a indivíduos em prol do bem comum. A Constituição no art. 37, § 6º não fez qualquer distinção acerca das condutas ensejadoras da obrigação estatal, não cabendo aos operadores de direito fazer uma interpretação em desfavor da vítima. Em contrapartida a primeira corrente, a omissão juntamente com a ação é uma causa, já que pode ser capaz de ensejar o evento danoso, como no caso citado do acidente pelo tombamento de uma árvore pela falta de serviço. Da mesma maneira, ao se filiar a essa teoria não significa que o ente público é garantidor universal, ele pode em meio de defesa alegar as excludentes de responsabilidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 18/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.069.996/RS**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5402474&sReg=200801422039&sData=20090701&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5402474&sReg=200801422039&sData=20090701&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 31/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1.236.863/ES**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14230285&sReg=201100283750&sData=20120227&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14230285&sReg=201100283750&sData=20120227&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 31/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.52/MS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+580252%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+580252%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ahmcru1>>. Acesso em: 19/10/2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: Jus-Podvm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIONÍSIO, Elisângela. **Responsabilidade civil do Estado na ação ou omissão na prestação de serviços públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2729, 21 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18076>>. Acesso em: 02/10/2017.

GANDINI, João Agnaldo Donizati; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. R. CEJ, Brasília, n. 23, p. 45-59, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/577/757>>. Acesso em: 30/09/2017.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Antônio Bandeira Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 18/10/2017.



# **A DISCRICIONARIEDADE DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 139, IV DO CPC EM FACE DAS LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL SOBRE O ARBÍTRIO JUDICIAL NA CONDUÇÃO DO PROCESSO**

## **RESUMO**

O estabelecimento de uma nova dinâmica processual, a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, tem como um de seus escopos dar maior celeridade e efetividade ao processo, em especial à fase da execução. Dentre as novidades trazidas pelo novel Diploma processual, está a concessão de amplos poderes ao magistrado no que pertine à imposição das chamadas medidas atípicas com o fito de garantir a execução, conferindo ao julgador não só a possibilidade de aplicar a sanção mais adequada ao caso concreto, como também criar as medidas que considerar necessárias a atingir o objetivo final da execução. Nesta esteira, faz-se necessária uma reflexão sobre a discricionariedade facultada ao magistrado em consonância com todas as garantias e liberdades legal e constitucionalmente garantidas.

## **ABSTRACT**

The establishment of a new procedural dynamic, from the entry into force of the New Code of Civil Procedure, has as one of its scopes to give greater speed and effectiveness to the process, especially to the execution phase. Among the novelties brought by the novel Procedural Diploma is the granting of ample powers to the magistrate in what concerns the imposition of so-called atypical measures in order to guarantee execution, conferring on the judge not only the possibility of applying the most appropriate sanction to the concrete case, but also to create the measures it deems necessary to achieve the ultimate goal of implementation. In this vein, it is necessary to reflect on the discretion given to the magistrate in accordance with all the guarantees and freedoms legally and constitutionally guaranteed.

Bacharela em Direito. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Técnica do Ministério Público.  
E-mail: juliana.doria@yahoo.com.br

A Lei nº 13.105/2015, ou simplesmente o novo Código de Processo Civil, trouxe para o ordenamento jurídico diversos conceitos inéditos, especialmente no que diz respeito à ampliação dos poderes dos julgadores na condução do processo, os quais atualmente, por seu alvedrio, podem, por exemplo, dilatar prazos processuais e alterar a ordem e produção dos meios de prova de modo a conferir efetividade à tutela do direito, exercer poder de polícia e determinar as medidas que entender cabíveis e necessárias para garantir o cumprimento de ordem judicial.

Tal iniciativa deveu-se à necessidade de uma contrapartida efetiva à dinâmica histórica do processo de conhecimento, no qual, em geral, se tem uma sentença declaratória, a qual seria, de fato executada num segundo momento, numa espécie de nova lide, onde se adotavam medidas previamente estabelecidas a fim de se alcançar a satisfação do quanto declarado no *decisium*, sendo que nesta fase, se o devedor não dispusesse de meios para pagamento, ocorria o tão conhecido ditado do “ganhou, mas não levou”.

Na lógica processual da execução, nos termos do Diploma Processual Civil anterior, ao credor, era imposto um ônus demasiadamente difícil de ser cumprido, já que a este cabia o dever de localizar bens do devedor a fim de satisfazer o seu direito já reconhecido em sentença, o que muitas vezes era obstado pelas diversas fraudes à execução tão comumente encontradas, a exemplo do devedor que usufrui de um belo patrimônio, todo em nome de terceiras pessoas, os chamados “laranjas”.

Não havendo valores a garantir a execução, nem bens que pudessem ser penhorados, a execução estaria fadada a ser extinta sem a devida satisfação do direito judicialmente reconhecido na sentença proferida no processo de conhecimento, tornando inócua e simplesmente inútil toda uma fase processual que garantiu o direito da parte.

Uma das ideias inovadoras da atual sistemática processualista é justamente a de ampliar o espectro de atuação do magistrado no que diz respeito à adoção de providências para garantir a efetividade do processo, visando proporcionar ao jurisdicionado uma real possibilidade de satisfação de seu direito e não apenas proporcionar uma mera declaração de reconhecimento do objeto tutelado.

No dizer de Lenio Luiz Streck:

Todos sabem que este dispositivo aumenta o espectro de aplicação do §5º do artigo 461, do CPC/1973 (atual artigo 536, §1º) permitindo uma cláusula geral de efetivação para todas as obrigações, inclusive as pecuniárias de pagar quantia, mas que obviamente precisará se limitar às possibilidades de implementação de direitos (cumprimento) que não sejam discricionárias (ou verdadeiramente autoritárias) e que não ultrapassem os limites constitucionais, por objetivos meramente pragmáticos, de restrição de direitos individuais em detrimento do devido processo constitucional. Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague. Ou, como no Mercador de Veneza, de Shakespeare, retirar do devedor uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria Shylock<sup>1</sup>.

Nesse diapasão, o art. 139 do CPC traz em seu bojo as providências que o juiz poderá e deverá adotar na condução do processo, o que se aplica não só na fase executória, como possa parecer a partir de uma leitura rasa do citado dispositivo, mas o texto legal tem abrangência sobre qualquer fase ou momento processual, de modo a garantir a efetividade de todos os atos, desde o início da demanda.

O inciso IV deste citado dispositivo legal assume uma maior relevância em relação aos demais, diante das diversas possibilidades de interpretação de seu conteúdo, em especial quando se admite ter sido dada uma “carta branca” ao julgador para que adote as providências que julgar necessárias em cada caso, estas dissociadas de qualquer limitação por outras regras e princípios.

Assim dispõe o retromencionado inciso do artigo 139 do CPC:

Art.139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o

---

1 <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>

cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

A simples leitura do artigo transcrito permite, de logo, uma interpretação bastante expansiva, na qual se entende que o magistrado poderá, a seu arbítrio, adotar quaisquer medidas, seja de que natureza forem a fim de compelir ao cumprimento da ordem judicial, não havendo no conteúdo do dispositivo elencado, qualquer limitação ou parâmetro que guie as decisões sobre tais providências.

Na prática, algumas condutas já puderam ser observadas, tais como a retenção de passaporte e de CNH, bem como determinação de cancelamento dos cartões de crédito do devedor, tendo entendido a magistrada, que se o devedor não possui meios de solver a execução intentada contra si, também não possuiria recursos para viagens e compras em cartões de crédito, considerando que tais medidas trariam efetividade para a execução<sup>2</sup>.

Tem-se, portanto, um exemplo concreto de adoção de práticas que limitam diversos aspectos da vida do devedor, um no que diz respeito à gestão de suas finanças, com a determinação de cancelamento dos cartões de crédito e outra, no que diz respeito ao direito de ir e vir, já que teve o seu passaporte e sua carteira de habilitação apreendidos.

Neste ponto, a discussão acerca da leitura que se deve dar ao inciso IV do art. 139 deve partir obrigatoriamente de uma distinção das sanções aplicadas, a fim de buscar o fundamento legal e constitucional para cada uma delas, sopesando-se ainda se a efetividade da execução se sobrepõe às liberdades individuais constitucionalmente garantidas.

Deve-se questionar, se as dificuldades enfrentadas pelo devedor na fase executória permitem uma discricionariedade ilimitada dos poderes do juiz sobre as medidas convenientes ao caso, já que no próprio art. 139 do CPC não há qualquer ressalva ou limitação.

No caso acima, utilizado como exemplo de restrições impostas, na prática, ao devedor, temos sanções de natureza exclusivamente patrimonial, como o cancelamento do uso dos cartões de crédito, o que decerto se mostra razoável e condizente com o objetivo da demanda executória,

---

2 Processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011, 2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, São Paulo.

haja vista que, se o credor não encontra satisfação da dívida por falta de patrimônio do devedor, por conseguinte, este devedor também não possui patrimônio correspondente para gerir as dívidas de cartões de crédito, afigurando-se a sanção em seu caráter exclusivamente patrimonial, assemelhando-se, em certo ponto, à fixação de *astreintes* como forma de compelir ao cumprimento da ordem judicial.

Já no que diz respeito à apreensão de documentos relacionados à liberdade de locomoção, deve-se ter parcimônia ao acolher como legítimas quaisquer medidas que visem dar cumprimento à ordem judicial.

Isso porque, fazendo um estudo analítico do art. 139 do CPC em consonância com as garantias constitucionalmente estabelecidas, temos em princípio, o que dispõe o art. 5º, II, no qual se vislumbra o princípio da legalidade em sua face aplicável ao âmbito privado, a partir do qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Nesta senda, temos que nos reportar às origens da construção dos direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, da consolidação do artigo 5º da Constituição dita como cidadã, a fim de que se valore a possibilidade de mitigar o seu conteúdo em face da pretensão do autor em face do devedor em um litígio.

## 1. ORIGEM HISTÓRICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um clima de democracia recém-nascida, após um longo período ditatorial e repressivo, consolidando a transição de um regime militar para um regime democrático e, como era de se esperar, seu texto foi predominantemente voltado para a noção de respeito à figura do cidadão, enquanto indivíduo livre e, para isso o poder do governante precisava ser limitado através de uma Carta Magna fortemente garantista.

Neste mesmo artigo 5º, vislumbra-se ainda o inciso XV que estabelece:

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:

(...)

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

O referido dispositivo constitucional, mais uma vez traz a noção de liberdade, ainda que nos termos da lei, repetindo o termo que já vem expresso no caput como inviolável, porém, encontramos redundâncias análogas em todo corpo da Constituição, qual foi a tentativa do Constituinte em demonstrar que tais garantias não aceitam limitações.

No caso acima relatado, em que a magistrada determinou a retenção do passaporte e da CNH do devedor, temos claramente que os meios que possibilitam a liberdade de locomoção foram cerceados (inciso XV), sem que exista lei especificamente limitando tal liberdade, numa clara afronta ao princípio da legalidade, insculpido no inciso II do mesmo artigo.

No dizer de Alexandre Freitas Câmara<sup>3</sup>, o atual Código de Processo Civil, embora tenha dado amplos poderes ao magistrado, mostra-se, em verdade, como um Código dos jurisdicionados, pois as medidas previstas como possíveis em seu artigo 139 visam exclusivamente a efetividade do processo:

O Estado Democrático brasileiro exige um processo civil democrático. Um processo civil que seja construído para os jurisdicionados que somos todos nós. Através de um processo cooperativo (artigo 6º), que se desenvolve com observância de um contraditório prévio (artigo 9º) e efetivo (artigo 10), com todos os sujeitos nele atuando de boa-fé (artigo 5º), sendo tratados de forma isonômica (artigo 7º), no qual se observe a primazia do mérito (artigo 4º) e se produzam decisões verdadeiramente fundamentadas (artigo 11), ter-se-á respeitado o que consta do artigo 1º do novo CPC, e que nada mais é do que a reafirmação do que está à base do modelo constitucional de processo civil brasileiro: o devido processo constitucional”.

---

3 Revista Consultor Jurídico, 23 de junho de 2016, 7h41

A análise feita pelo eminente autor, mostra-se perfeita dentro da razão do que Hans Kelsen chamou de “dever ser”, haja vista que, consoante já explicitado anteriormente, não há limitações para as medidas possíveis fundamentadas no artigo 139, IV do CPC, ficando ao alvedrio do bom senso do julgador a adoção de medida que julgar mais adequada ao caso concreto, o que, no exemplo prático já citado, onde foram retidos documentos do devedor, ocasiona flagrante desrespeito a princípios e normas maiores e preponderantes, como o direito inviolável à liberdade, inclusive a de locomoção.

A ausência de limitação da esfera do poder do juiz quanto ao conteúdo do citado artigo 139, IV é evidente, tanto que se denominam medidas atípicas de cumprimento de ordem judicial.

Neste ponto, deve-se ter em consideração que o termo “atípico” não pode atingir o escopo do princípio da legalidade que, como vimos, no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, garante ao cidadão comum, que não seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Questiona-se, as medidas atípicas aplicáveis podem desmerecer o princípio da legalidade, impondo obrigações ou abstenções aos indivíduos não expressamente previstas em lei?

A retenção de passaporte e de carteira nacional de habilitação é, flagrantemente um descumprimento do que diz o inciso XV do mesmo artigo 5º, já que, sendo garantida a todos (*caput*) a todos a locomoção em território nacional em tempos de paz, a retenção de documento obrigatório para dirigir, é, decerto, um impedimento a essa garantia, de modo que a ausência de limites legais não pode ensejar a imposição de sanções ilegais e, no caso, inconstitucionais.

Demais disso, a retenção de tais documentos pessoais não necessariamente garante a efetividade da execução, ao contrário, se a impossibilidade de dirigir veículo, por exemplo, impedir que a parte devedora possa aferir renda por meio de atividade remunerada, este impedimento cria mais um óbice à conclusão satisfativa do processo.

Do mesmo modo, as despesas no cartão de crédito não necessariamente refletem a aquisição de itens supérfluos, ou uma postura consumista incoerente com a dívida que se pretende solver. Isso porque, a realidade do Brasil, é que muitas vezes o cartão de crédito é utilizado pelas

famílias em situação de emergência, na compra de remédios ou produtos de alimentação, por exemplo, sendo instrumento na administração da vida financeira familiar, o que mostra que não se pode admitir de maneira genérica aplicação irrestrita de medidas atípicas para garantir a execução, diante de uma realidade tão heterogênea como na sociedade brasileira.

Para Nery Junior e Andrade Nery (2015, p. 1.158) “*a decisão judicial resulta de um exercício lógico, em que premissa e conclusões mantenham vínculos de pertinência e consequência. O dispositivo judicial ao teorema que deve ser demonstrado*”.

Nesta senda, entra em análise o art. 93, IX da Constituição Federal, o qual determina que todas as decisões judiciais serão públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade, de modo que compete ao juiz valorar cada caso se o recrudescimento das sanções atípicas surtirá efeitos práticos

As medidas denominadas atípicas, portanto, merecem ser analisadas sob o prisma do resultado prático que trazem, haja vista que o mero endurecimento das sanções aplicáveis ao credor, por si, não garante a satisfação do credor. Assim fosse, as *astreintes*, instituto já tão aplicado no âmbito processual, resolveriam tal querela, sem que fosse necessária a inserção do art. 139 ao novo Código de Processo Civil.

Alguns processualistas mais radicais, admitem ainda, dentre as medidas do art. 139, IV, a proibição de prestar concurso público, o que também nos leva a uma reflexão sobre o quanto disposto no artigo 37, I da Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei.

Como se vê, há um conflito flagrante entre a medida atípica de proibição de participação em concurso público e o acesso irrestrito aos brasi-



leiros que preencham os requisitos da lei para ocupar cargo, emprego ou função pública na administração direta ou indireta.

Ademais, tal medida acarreta ainda uma impossibilidade de o devedor atingir um padrão financeiro capaz de saldar o débito a que está sendo executado, por exemplo, já que ficaria impedido de buscar uma fonte de renda, através da prestação de concurso público.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão publicada em 31 de maio de 2017, julgando Agravo de Instrumento, manteve a decisão que aplicou medida atípica para cumprimento de ordem judicial consistente na retenção da CNH, fundamentando-se na suposta inexistência de violação à dignidade da pessoa humana, atestando que o direito do credor se sobrepõe às garantias constitucionais de liberdade e de legalidade<sup>4</sup>:

Ação civil pública. Cumprimento de sentença. Apreensão de carteira Nacional de Habilitação (CNH) e passaporte. Art. 139, IV do NCPC. Medida excepcional tendente à efetividade da prestação jurisdicional. Ausência de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade e direito de ir e vir. Menor onerosidade, ademais, que não pode ser invocada para eximir o devedor de obrigação que lhe é afeta. Pode-dever de cautela. Decisão mantida. Recurso não provido.”

## **2. MEDIDAS ATÍPICAS DE GARANTIA DA EXECUÇÃO X PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE**

Tal decisão, portanto, no exercício jurisdicional de contrabalançar as garantias fundamentais, entendeu que o direito ao recebimento de valores pelo credor, sobrepõe-se às liberdades constitucionais, o que causou grande controvérsia e discussão no mundo jurídico, ante a repercussão social das medidas aplicadas.

O mal ferimento às liberdades e garantias constitucionais evidencia-se ainda mais quando se trata da possibilidade de que o indivíduo seja impedido de prestar concurso público. Isso porque, como já dito anteriormente, quando o julgador cria óbice aos meios para que o devedor

---

<sup>4</sup> Processo AI 2084079020178260000 SP, 9ª Câmara de Direito Público, Publicação 31/05/2017, Relator Des. Oswaldo Luiz Palu.

possa receber alguma renda que garanta a execução, está, em verdade, agindo na contramão da efetividade processual almejada com a reforma processual, pois retira do devedor a possibilidade de saldar a execução.

Note-se ainda que o princípio da menor onerosidade sempre foi baluarte do processo civil e, por decorrência lógica da execução cível. Tal princípio tem por escopo, evitar que a execução processual seja refletida em desejo de vingança ou retaliação do credor por parte do devedor, devendo este sofrer apenas o necessário para garantir a satisfação do débito, sem, contudo, imiscuir-se das suas garantias constitucionais, mormente quanto à dignidade da pessoa humana.

Não se está, contudo, a defender o devedor, ou mesmo defender que sejam restringidos os meios para atingir o objetivo da execução, mas há de se atender que, ainda aos que devem, são garantidas certas liberdades e premissas constitucionais.

O princípio da menor onerosidade não pode ser analisado isoladamente. Ao lado dele, há outros princípios informativos do processo de execução, dentre eles, o da máxima utilidade da execução, que visa à plena satisfação do exequente. Cumpre, portanto, encontrar um equilíbrio entre essas forças, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, com vistas a buscar uma execução equilibrada, proporcional”<sup>5</sup>.

Atente-se para o fato de que a inserção do artigo 139 do Novo Código Civil no ordenamento jurídico não afastou a existência do princípio da menor onerosidade, ao contrário, este serve de baliza no momento da aplicação das novas medidas atípicas, uma vez que a construção do seu conceito faz parte da construção das próprias bases do processo civil.

O art. 620 do CPC é uma cláusula geral que serve para impedir o abuso do direito pelo exequente: em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1159 (grifos no original).

comportamento do credor que pretender valer-se de meio executivo mais oneroso do que outro igualmente idôneo à satisfação do seu crédito”<sup>6</sup>.

Revela-se flagrante, portanto, que, embora tenha sido conferida uma ampla margem de discricionariedade ao julgador quanto à aplicação de medidas atípicas e, portanto, não necessariamente previstas na legislação, existem outras balizas no próprio ordenamento jurídico, as quais o magistrado deverá utilizar-se no momento de avaliar quais medidas se fazem necessárias a garantir a execução no caso concreto, não se podendo olvidar que, embora haja uma premente necessidade de que a execução seja uma fase efetiva do processo, as garantias e liberdades constitucionais não podem ser alijadas com o único intuito de satisfazer o credor, especialmente porque tais garantias e liberdades existem justamente para impedir arbitrariedades e uso excessivo do poder.

A incontestável importância do princípio da menor onerosidade reflete-se no texto do artigo 805 do NCPC:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Pode-se observar, que o parágrafo único garante que o devedor tenha a responsabilidade em providenciar meios que garantam a execução, de modo a se beneficiar do princípio da menor onerosidade, o que decerto demonstra que não se trata de proteger o devedor em detrimento do direito do credor, mas de se garantir que o processo seja equilibrado, atendendo aos ditames de um ordenamento jurídico pautado em garantias constitucionais irrenunciáveis.

---

<sup>6</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 05** ... p. 57.

## REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Gen-Método, 2013, pág. 239.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. In: **Revista da EMERJ**, vol. 18, n. 70, 2015, pág. 42-50.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 05: Execução**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

## REFORMA POLÍTICA E SISTEMA ELEITORAL DISTRITAL

### RESUMO

O presente artigo busca apresentar breve estudo sobre o Direito Eleitoral, especificamente no que se refere aos sistemas eleitorais. Amplo debate corre atualmente no Congresso Nacional, o qual busca inserir nas eleições vindouras o chamado sistema distrital, ou voto distrital. Diante de tal contexto, o artigo passará por breves conceitos sobre o Direito Eleitoral, bem como os Sistemas Eleitorais para então se ater ao sistema distrital, com suas vantagens e desvantagens, trazendo reflexões ao leitor.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Sistemas Eleitorais. Sistema Distrital. Voto distrital. Reforma Política.

### ABSTRACT

This article seeks to present a brief study on electoral law, specifically with regard to electoral systems. Broad debate currently runs in the National Congress, which seeks to insert in the upcoming elections the so-called district system, or district vote. Faced with such a context, the article will go through brief concepts about electoral law, as well as the electoral systems to then stick to the district system, with its advantages and disadvantages, bringing reflections to the reader.

Key words: Electoral law. Electoral systems. District System. District vote. Political reform.

## 1. INTRODUÇÃO

A necessidade de uma reforma eleitoral dentro de um país vem acompanhada de mudanças sociais, que passam a exigir uma adequação do sistema normativo à nova realidade, evitando-se o retrocesso legislativo.

Nesse contexto, encontra-se em debate no Congresso Nacional a reforma eleitoral, a qual busca atualizar o regramento das eleições no país, tendo como um de seus pontos a discussão sobre qual sistema eleitoral deve ser adotado no país quando das eleições para os cargos do Poder Legislativo.

No que se refere aos sistemas eleitorais, o debate cinge-se a dois sistemas eleitorais, o atual, conhecido por sistema eleitoral proporcional, onde se tem figuras conhecidas como, por exemplo, o “puxador de legendas”. O outro, chamado de sistema distrital, que consiste em dividir a circunscrição eleitoral de um Estado ou de um Município, por exemplo, em um número de distritos que corresponda ao número de vagas em disputa a serem preenchidas. Cada distrito teria os seus candidatos, que disputariam a eleição para representá-lo no Poder Legislativo.

Sendo este o debate que corre no Congresso Nacional, imperioso se faz analisar alguns conceitos iniciais de Direito Eleitoral, aprofundando o tema relativo aos sistemas eleitorais para que, então, se possa concluir sobre as vantagens e desvantagens de eventual adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro do sistema distrital.

## 2. DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral é um ramo do Direito Público que trata de assuntos relacionados aos direitos de participação, ou seja, os direitos políticos, bem como as eleições em todas as suas fases, buscando a concretização da soberania popular.

O objetivo da legislação eleitoral, portanto, é conferir legitimidade a eleições, plebiscitos e referendos, tornando autênticos os mandados, a representação popular e o exercício do poder político, garantindo-se o regime democrático.

Necessário frisar que a Constituição Federal de 1988 trouxe evoluções no campo do Direito Eleitoral, pois regulou os direitos políticos,

bem como dispôs sobre os partidos políticos, mantendo, ainda a Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário, como um de seus órgãos. Ademais, regulou amplamente a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, indicando as substituições e seu processo nos casos de impedimento e vacância. Por fim, foi clara ao estabelecer que o povo é a única fonte legítima de todo Poder.

### 3. SUFRÁGIO E VOTO

Um dos principais tópicos de estudo do Direito Eleitoral são os institutos do sufrágio e do voto.

Segundo José Afonso da Silva, pode-se conceituar sufrágio como “direito público de natureza política que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”<sup>1</sup>.

O sufrágio é a essência dos direitos políticos, pois enseja a participação popular no governo. Apresenta uma dimensão ativa e uma passiva. A primeira diz respeito à capacidade eleitoral ativa, ou seja, o direito de votar e eleger seus representantes. A segunda é a capacidade eleitoral passiva, que significa o direito de ser votado em um processo eleitoral. As duas dimensões exigem o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação eleitoral.

Por sua vez, o voto, segundo José Afonso da Silva, o voto é “o ato político que materializa na prática o direito público subjetivo de sufrágio”.<sup>2</sup>

O voto, portanto, é um dos mais importantes instrumentos do regime democrático, sendo ele o instrumento pelo qual se exercita a soberania popular. É o meio pelo qual os cidadãos escolhem os ocupantes dos cargos político-eletivos, concretizando o processo de manifestação popular.

Sobre a importância do voto, destaca Pinto Ferreira<sup>3</sup>:

“Na democracia, o povo, com mais ou menos perfeição, governa-se a si mesmo e decide o seu destino. Faz-se representar, porque o povo é muito numeroso, e o instrumento de representação é o voto. Este é por conseguinte o instrumento da democracia, é a sua arma de cabeça”.

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 9 ed. – 2ª tiragem, 1993, p.309.

2 Op. Cit., p.316.

3 PINTO FERREIRA. **Código Eleitoral Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2ed, 1990.

Como visto, não há como confundir sufrágio e voto, sendo o primeiro um direito, enquanto o segundo é o exercício desse direito. Assim é que nem todo sufrágio é voto, mas todo voto é sufrágio.

No sistema eleitoral brasileiro, o voto possui como principais características<sup>4</sup>: 1) **direto**, pois o eleitor escolhe o nome de seu candidato, não havendo órgão entre o eleitor e o candidato; b) **secreto**, o voto não é identificado, sendo a escolha do candidato de conhecimento apenas do votante; c) **de igual valor**, pois todos possuem o mesmo peso; d) **exercido nos termos da lei federal ordinária**, obedecidos os parâmetros fixados na regra jurídica constitucional; e) **obrigatoriedade do comparecimento no dia das eleições**, exceto aos maiores de setenta anos, aos analfabetos e aos menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos; f) **livre manifestação de escolha**, ou seja, o eleitor tem liberdade de escolher determinado candidato, tendo ainda a faculdade de votar em branco ou anular o voto; g) **personalidade**, dessa forma o voto só pode ser exercido pessoalmente, não sendo possível a outorga de procuração para votar; e, h) **periodicidade**, pois os mandatos não são vitalícios, tendo prazo determinado, logo, o voto é exercido de forma periódica.

Destaca-se que o voto direto, secreto e universal consiste em cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação proposta de Emenda Constitucional tendente a aboli-los.

O voto, portanto, é o exercício do sufrágio pelo cidadão e, por consequência, manifestação da soberania popular e do regime democrático. Aqueles que possuem plena capacidade eleitoral ativa exercem seus direitos políticos por meio do voto, escolhendo aqueles que irão representá-los no governo.

O voto, como dito, é a manifestação da vontade popular de forma a viabilizar a concretização do regime democrático adotado no Brasil.

Como o voto é um dos maiores instrumentos de participação popular, existem técnicas e procedimentos pelos quais os cidadãos exercem seu direito de votar e ser votado, surgindo daí os sistemas eleitorais.

---

4 BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.



#### 4. SISTEMAS ELEITORAIS

Sistema eleitoral, na lição do Ministro Luís Roberto Barroso “identifica as diferentes técnicas e procedimentos pelos quais se exercem os direitos políticos de votar e ser votado”. (STF – ADIN nº 5.081/DF. Pleno. DJ 27.05.2015).

Sobre o tema, ensina José Jairo Gomes<sup>5</sup> que o sistema eleitoral:

Trata-se, pois, do método que permite a aferição da vontade dos cidadãos manifestada nas urnas, de modo a propiciar a representação popular no governo, na gestão do Estado.

Tem por função a organização das eleições e a conversão de votos em mandatos políticos. Em outros termos, visa proporcionar a captação eficiente, segura e imparcial da vontade popular democraticamente manifestada, de sorte que os mandatos eletivos sejam conferidos e exercidos com legitimidade. É também sua função estabelecer meios para que os diversos grupos sociais sejam representados, bem como para que as relações entre representantes e representados se fortaleçam. A realização desses objetivos depende da implantação de um sistema eleitoral confiável, dotado de técnicas seguras e eficazes, cujos resultados sejam transparentes e inteligíveis.

Os sistemas eleitorais são mutáveis, variando no tempo e no espaço. A forma que assumem concretamente em determinada sociedade decorre da atuação, da interação e dos conflitos travados entre as diversas forças político-sociais ao longo da história. Igualmente relevante são os valores que se pretende ver consagrados na experiência social.

O Direito Eleitoral conhece três sistemas tradicionais: o majoritário, o proporcional e o misto (este é formado pela combinação de elementos daqueles). A adoção de um ou outro tipo depende das circunstâncias históricas de cada sociedade. Sobre isso, impende recordar a advertência de Comparato (1996, p. 65) no sentido de que “não há sistemas idealmente perfeitos, para todos os tempos e todos os países, mas apenas sistemas mais ou menos úteis à

5 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.

consecução das finalidades políticas que se têm em vista, em determinado país e determinado momento histórico”.

Intenso debate se abateu sobre o Parlamento brasileiro com o escopo de se alterar o sistema eleitoral, sendo várias as propostas com destaque para:

- a) **Distritão:** são eleitos os mais votados em cada estado ou município, independentemente da votação do partido.
- b) **Proporcional com lista aberta:** eleitor vota só no partido, que define em uma lista preordenada os políticos a serem eleitos.
- c) **Proporcional com lista flexível:** legenda monta lista, mas os mais votados podem alterar a ordem.
- d) **Sistema de dois turnos:** eleitor vota primeiro no partido, para definir quantas cadeiras cada legenda terá; depois nos candidatos.
- e) **Distrital misto:** metade das vagas é preenchida pelo sistema proporcional e a outra, pelo sistema distrital.<sup>6</sup>

Apesar das propostas realizadas, até o momento, nenhuma delas foi aceita, razão pela qual o trabalho se aterá a apresentar as principais características do sistema eleitoral majoritário e proporcional, vigentes atualmente, bem como apresentará o sistema distrital destrinchando seus principais aspectos para, então, verificar a vantagem de sua adoção no país.

#### 4.1 Sistema Eleitoral Majoritário

O sistema eleitoral majoritário vale-se da prevalência do princípio de que a maioria deve se impor nos pleitos eleitorais, encontrando previsão no art.83, do Código Eleitoral. No Brasil, os poderes executivos municipais, estaduais, distrital e nacional seguem o sistema majoritário. Ademais, aplica-se o referido sistema as eleições de senadores.

O sistema majoritário possui duas espécies. A primeira denominada simples ou de turno único, considera-se eleito o candidato que conquistar o maior número de votos entre os participantes do certame. Assim ocorre nas eleições para Senado e Prefeito (em municípios com até 200 mil eleitores, nos termos do art. 29, II, da Lei Maior).

---

<sup>6</sup> BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.

A segunda espécie denominada de sistema majoritário de dois turnos, o candidato só é considerado eleito no primeiro turno se obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e nulo, caso contrário, haverá segundo turno.

Nesse sentido, os ensinamentos de José Jairo Gomes<sup>7</sup> sobre maioria relativa e maioria absoluta:

“O sistema majoritário funda-se no princípio da representação “da maioria” em cada circunscrição. Por ele, cada circunscrição eleitoral (União, Estado, Distrito Federal e Município) equivale a um distrito. O candidato que receber a maioria – absoluta ou relativa – dos votos válidos do distrito (ou circunscrição) é considerado vencedor do certame.

Por maioria absoluta compreende-se a metade dos votos dos integrantes do corpo eleitoral mais um voto. Todavia, se o total de votantes encerrar um número ímpar, a metade será uma fração. Nesse caso, deve-se compreender por maioria absoluta o primeiro número inteiro acima da fração. A exigência de maioria absoluta prende-se à ideia de ampliar a representatividade do eleito, robustecendo sua legitimidade.

Já a maioria relativa ou simples não leva em conta a totalidade dos votantes, considerando-se eleito o candidato que alcançar o maior número de votos em relação a seus concorrentes”.

Dentro do tema sistema majoritário cabe mencionar, mais uma vez, o julgamento da ADI nº 5081 pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu, por unanimidade, que a perda do cargo por mudança de partido político não atinge os mandatos obtidos pelo sistema majoritário.

---

7 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.

Em seu voto, ensina o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>:

“O mesmo não ocorre no sistema majoritário. Neste, como a fórmula eleitoral é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se coloca o fenômeno da transferência de votos. Assim, no sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição).

Muito pelo contrário. No sistema majoritário atualmente aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza como a soberania popular, que, como se sabe, integra o núcleo essencial do princípio democrático. Um simples exemplo ajuda a esclarecer a afirmação. Imagine-se que um candidato eleito para cargo de Senador, por qualquer motivo, troque de partido durante o mandato. Ao se aplicar a Resolução nº 22.610/2007, nos termos atualmente dispostos, a consequência da migração seria a perda do mandato. Em consequência, o suplente assumiria o cargo eletivo, conforme determina a redação atual do art. 10, da Resolução. Ocorre que o suplente, muitas vezes, sequer é conhecido do eleitor e não recebeu qualquer voto na eleição. A vontade política expressa no momento da eleição acaba por ser claramente violada, agravando-se o problema da débil legitimidade democrática dos suplentes de Senador no Brasil.

Ademais, se o objetivo da fidelidade partidária é devolver o mandato ao partido político que o conquistou através do voto, a aplicação da perda de mandato ainda menos se justifica para o cargo de Chefe do Poder Executivo. Isso porque não há obrigatoriedade de que titular e vice sejam do mesmo partido. Aliás, não é raro que , por

---

8 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf> . Acesso em 23 de outubro de 2017.

conta das coligações partidárias, os componentes da chapa sejam de distintas agremiações partidárias. Nesses casos, a perda de mandato favoreceria candidato e partido que não receberam votos, em detrimento de candidato que obteve, no mínimo, a maioria absoluta dos votos colhidos no pleito. Assim, a substituição de candidato respaldado por ampla legitimidade democrática por vice carente de votos, claramente se descola do princípio da soberania popular e, como regra, não protegerá o partido prejudicado com a migração do Chefe do Executivo eleito pelo povo”.

Tecidas tais considerações, passa-se à análise do sistema eleitoral proporcional também adotado no país.

## 4.2 Sistema eleitoral proporcional

O Código Eleitoral e seu artigo 84 previu expressamente o sistema proporcional: “A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei”.

A ideia do sistema proporcional é preservar a pluralidade de ideias e tendências existentes no meio social. Nesse sistema, votar no candidato significa igualmente votar no Partido, sendo possível, inclusive, votar apenas na agremiação (chamado voto de legenda). Dessa forma, tal sistema considera, sobretudo, os votos direcionados à agremiação, o que preserva a representação das minorias no Parlamento.

Ensina Gilberto Amado apud Francisco Dirceu Barros<sup>9</sup>:

A representação proporcional é o sistema eleitoral que se destina a garantir a cada partido, que possua uma certa base numérica de membros, um mínimo de representantes correspondentes àquela base. Distingue-se do sistema de maioria, em que toda a representação é atribuída à maioria dos sufrágios. Naquele, no proporcional, são representadas no parlamento tantas opiniões quanto existirem em número suficiente a formar uma base mínima constituída em partido.

<sup>9</sup> BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.

Quando do voto na ADI nº 5081, o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>10</sup> ao abordar o sistema proporcional disse:

“O sistema proporcional é adotado entre nós para a eleição de Vereadores, Deputados Estaduais e Deputados Federais. Nas eleições para Deputado Federal e Estadual, a circunscrição (i.e., o espaço geográfico no qual o candidato fará campanha e poderá ser votado) corresponde ao Estado, ao passo que nas eleições para Vereador, será o Município. Pelo sistema proporcional, o número de cadeiras que cada partido terá na Casa Legislativa relaciona-se à votação obtida na circunscrição. No sistema brasileiro, que é de lista aberta, o eleitor escolhe um candidato da lista apresentada pelo partido (não é possível candidatar-se sem filiação a um partido), não havendo ordem predeterminada dos que serão eleitos, como ocorre no sistema de lista fechada. A ordem de obtenção das cadeiras pelos candidatos é ditada pela votação que individualmente obtiveram. Porém, o sucesso do candidato dependerá, de modo decisivo, da quantidade de votos que o partido ao qual ele está filiado recebeu. A seguir, breve descrição do sistema proporcional no Brasil.

O total de votos válidos recebidos por todos os candidatos e partidos é dividido pelo número de cadeiras a preencher. Esse resultado corresponde ao denominado quociente eleitoral. Se um partido não obtiver número de votos pelo menos igual ao quociente eleitoral, não elegerá nenhum candidato. O passo seguinte é dividir o número de votos obtidos por cada partido ou coligação partidária pelo quociente eleitoral. Esse resultado corresponde ao quociente partidário e equivale ao número de candidatos eleitos pelo partido. A ordem de preferência dos candidatos é de terminada pelo eleitor, na medida em que obterão as cadeiras os candidatos individualmente mais votados no partido, até o limite do quociente partidário. Ou seja: para eleger-se, o candidato depende dos votos obtidos pelo partido (quociente partidário) e de sua votação própria.

---

10 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

### II.3. A S DISFUNÇÕES DO SISTEMA PROPORCIONAL

O sistema proporcional no Brasil, pelo qual se elegem os membros da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais, é uma usina de problemas. O modelo adotado, como visto, é o proporcional com lista aberta. Nas eleições para Deputado Federal, por exemplo, os candidatos fazem campanha e podem ser votados no território de todo o Estado, e o eleitor pode escolher qualquer nome das listas partidárias. Há disfunções muito visíveis nessa fórmula.

A primeira delas é o custo elevadíssimo da campanha em todo o território do Estado. O segundo é o fato de que menos de dez por cento dos candidatos são eleitos com votação própria. Quase todos são eleitos por transferência de votos do partido. O eleitor, na verdade, nem sabe quem está elegendo de fato (o que é ainda mais grave no caso de coligações). O terceiro problema é que o principal adversário do candidato do partido A é o outro candidato do partido A. Vale dizer: em lugar de ser um debate programático entre candidatos de partidos diversos, o processo se torna uma disputa personalista entre candidatos do mesmo partido. Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem elegeu e o debate público não é programático, mas personalizado. Sem surpresa, os eleitores, poucas semanas depois da eleição, já não têm qualquer lembrança dos candidatos em quem votaram nas eleições proporcionais. Como consequência, os eleitos acabam não devendo contas a ninguém”.

Destaca-se que no julgamento da ADI nº 5081, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que a perda do mandato por infidelidade partidária atinge somente os ocupantes dos cargos eleitos pelo sistema proporcional.

Por derradeiro, destaque-se que duas são as técnicas adotadas para a representação proporcional. A primeira, técnica do número uniforme ou quociente uniforme, consiste em estabelecer o número de votos para todo o território, sendo este o valor que cada lista deve conseguir para

eleger um representante. A segundo, adotada no Brasil, é a técnica do quociente eleitoral, no bojo da qual cada partido terá tantas cadeiras quantas vezes ele venha a conter o quociente eleitoral.

#### 4.4 Sistema Distrital

O sistema distrital ganhou destaque na mídia e na sociedade, tendo em vista a discussão da Reforma Política, especificamente sobre sua adoção no Brasil visando à substituição do sistema proporcional de eleição, especificamente para as eleições aos cargos do Poder Legislativo.

Nesse sentido, o sistema distrital apresenta natureza majoritária às eleições legislativas. Aqui, a circunscrição eleitoral (União, Estado, Município e Distrito Federal) é repartida em Distritos. O número de Distritos equivale ao número de cadeiras a serem ocupadas em cada Casa Legislativa. Cada partido apresenta um só candidato por distrito. No dia do pleito, aos eleitores é apresentada uma lista de votação restrita ao distrito a que pertencerem. A eleição segue a lógica majoritária, considerando-se vitorioso o candidato que obtiver o maior número de votos no distrito. A maioria poderá ser simples ou absoluta<sup>11</sup>.

No sistema distrital, portanto, cada distrito elege um só nome, pois cada distrito é uma pequena circunscrição, que pode ser definida por critérios variados, como por exemplo, base geográfica, administrativa, política, dentre outros.

No curso dos debates sobre a Reforma Política muito se discutiu sobre o implemento do voto distrital puro ou voto distrital misto, os quais consistem em:

No voto distrital puro, todos os candidatos na eleição proporcional (deputados estaduais e federais) são escolhidos somente entre os candidatos de uma determinada região (ou distrito) eleitorais, que devem possuir, obrigatoriamente, domicílio eleitoral nessa região (perto do eleitor), e são escolhidos de forma majoritária (o mais votado, por exemplo). Nesse sistema puro, não existe o voto para deputados de fora da região do eleitor e não se

---

11 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.



facilita a representação por categorias homogêneas de interesses, tendendo-se a diminuição de partidos políticos. No voto distrital misto, parte das vagas é escolhida pelo sistema distrital e a outra parte é escolhida pelo sistema atual (proporcional), de forma que o eleitor tem acesso a uma escolha de representante da sua região e, também, pode votar em um candidato que represente uma área política de seu interesse, como, por exemplo, uma projeto nacional, uma proposta de trabalho de amplo alcance, não só local, como um candidato nacionalista, a favor da segurança, meio ambiente, etc., ou o que defenda políticas sociais e ideológicas específicas, como o trabalhador, o empresariado, a igualdade racial, direitos civis, consumidor, relações homoafetivas, ambientalistas, socialistas, etc., tendendo-se a manter um pluripartidarismo para defender tais grupos de interesses coletivos fragmentados<sup>12</sup>.

Por sua natureza majoritária, o sistema distrital padece do mesmo problema afeto ao sistema majoritário, qual seja a pouca ou nenhuma chance de representação das minorias. Tal prática, como bem se sabe, conduz o eleitor a votar apenas por obrigação e, assim, o Estado tende a incidir casos maiores de corrupção. De outro viés, o candidato eleito muitas vezes é levado a defender apenas os interesses daqueles que o elegeram, menosprezando os interesses daquela minoria vencida, que fica sem representação e proteção<sup>13</sup>.

Como vantagem, para os defensores do sistema distrital, tem-se a redução do número de candidatos, os quais teriam de se aproximar dos seus eleitores, o que facilitaria o conhecimento da vida do candidato pelo eleitor que poderia melhor fiscalizar a conduta do candidato eleito. Logo, o principal objetivo do sistema distrital seria aumentar a governabilidade. A população teria maior possibilidade de cobrança e fiscalização dos políticos e os representantes teriam maior ciência dos interesses específicos do seu eleitorado, de modo a levar propostas mais eficientes ao Congresso Nacional<sup>14</sup>.

12 TOMAS, Lidson José. **A reforma política** – um Brasil que queremos. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12559&revista\\_caderno=28](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12559&revista_caderno=28). Acesso em 26 de outubro de 2017.

13 BARROS, Sérgio Resende de. **O Voto Distrital**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-voto-distrital.cont>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

14 Voto Distrital. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/node/84258>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

Diversos estudiosos do Direito Eleitoral são favoráveis ao sistema distrital. Confira-se:

A opinião de conhecedores do Direito Eleitoral e da Justiça Eleitoral aponta para esse caminho do voto distrital misto. A corrente é liderada pelo próprio Ministro Carlos Velloso, atual presidente do TSE: “A reforma política é urgentíssima. É preciso ainda pensarmos na reforma do sistema do voto. Hoje temos apenas o Brasil e a Finlândia praticando o sistema proporcional. É hora de pensarmos no voto distrital misto (Gazeta do Povo, 27/06/05).

Um dos precursores da ideia do voto distrital misto é Sergio Maranhão Ritzmann. Em artigo publicado no Paraná Eleitoral nº 20, pág. 25, diz ele que as vantagens do voto distrital consistem em: “a) a proximidade entre eleitor e candidato, propiciando, em última análise, uma intensa participação política do candidato; b) maiores chances de melhor fiscalização dos trabalhos desenvolvidos pelo eleitos”.

Formadores de opinião também apoiam o voto distrital: Carlos Alberto Di Franco, professor de Ética da Comunicação (O Estado de São Paulo, 18/07/05): “O voto distrital, que quebra o distanciamento entre eleitos e eleitores, é essencial”; “Certa vez, um cidadão do Canadá, onde o voto é distrital, me disse: Lá temos o nosso deputado, da mesma forma que o nosso médico, o nosso advogado, o nosso dentista e por aí fora”; “O mercado de deputados, também é falho porque eles não têm compromisso com a marca que ostentam” (Roberto Macedo, O Estado de São Paulo, 16/05/05). Evidente isso não ocorre em nosso país, onde grande parte dos eleitores nem se lembra em quem votou na última eleição...

Em pesquisa efetuada pelos estudantes de Pós-graduação em Sociologia Política da UFPR (Sérgio Braga e Priscilla Belache), publicada na Revista Paraná Eleitoral nº 53/54, jul/dez-04 ) foram muito esclarecedoras as razões das respostas favoráveis à adoção do sistema eleitoral misto: gera-se um controle próximo

do representante pelo eleitor; maior comprometimento do eleito com sua base eleitoral; cresce a representatividade e transparência do processo; reduz o excesso de candidatos, tornando mais claras as opções do eleitor. As opiniões desfavoráveis baseiam-se no desconhecimento: “há pouca informação disponível sobre este assunto, então é melhor deixar que o sistema atual funcione por um tempo antes de modificá-lo” (pág. 24).<sup>15</sup>

Como visto, apesar de um pequeno ponto de desvantagem, o sistema distrital demonstra harmonia com o atual ordenamento jurídico brasileiro, o qual adota o Estado Constitucional Democrático devendo, portanto, ser privilegiado todo instituto capaz de aproximar o Povo (titular do Poder) de seus Representantes (aqueles que exercem o Poder).

## 5. CONCLUSÃO

O sistema distrital muito debatido pelo Congresso Nacional, quando do enfrentamento de questões relevantes sobre a Reforma Política, apesar de algumas desvantagens pontuais, merece destaque por fortalecer o regime democrático.

No sistema distrital o candidato eleito pelo Distrito passa a conhecer de perto as necessidades dos eleitores podendo, dessa forma, defende-las com maior propriedade, ademais, passa a ser mais bem fiscalizado por seus eleitores, independente do partido ao qual pertençam. A fiscalização, de fato, passa a ser mais próxima e efetiva cumprindo os ditames constitucionais de “legítimo representante do povo”.

O sistema distrital, como se observa, é item importante para uma verdadeira Reforma Política, contudo parece não ser de interesse dos políticos sua implementação. Inclusive, o sistema distrital foi recusado na Reforma Política, mantendo-se o sistema proporcional para as eleições do Poder Legislativo.

Como exposto ao longo do trabalho, o sistema do voto distrital é o que melhor atenderá ao regime democrático, bem como ao princípio

---

15 CASTRO. Carlos Fernando Correia de. **Reforma Política. Voto Distrital Misto**: visão jurídica. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16120-16121-1-PB.pdf>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

constitucional da moralidade, imposto aos Poderes da República e à administração pública, permitindo uma maior aproximação e fiscalização entre o eleitorado e seus representantes.

## REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 23 out. de 2017.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Voto Distrital**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-voto-distrital.cont>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CASTRO, Carlos Fernando Correia de. **Reforma Política. Voto Distrital Misto**: visão jurídica. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16120-16121-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PINTO FERREIRA. **Código Eleitoral Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2. ed. 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 309.

TOMAS, Lidson José. **A reforma política – um Brasil que queremos**. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12559&revista\\_caderno=28](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12559&revista_caderno=28)>. Acesso em: 26 out. 2017.

**Voto Distrital**. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/node/84258>. Acesso em: 25 out. 2017.

# **PERSPECTIVAS SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB)**

## **RESUMO**

O presente ensaio visa analisar os posicionamentos acerca da (in) constitucionalidade do crime previsto no art. 305, da lei nº 9.503/97 (CTB), visando aprofundar o complexo debate sobre o assunto, especialmente porque a sua relevância já fora reconhecida em 06/08/2016 pelo STF, através de Repercussão Geral no RE nº 971.959/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, constituindo o Tema nº 907, bem como na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 35, de relatoria do Min. Marco Aurélio de Mello.

Palavras-chave: (in) constitucionalidade; art. 305, do CTB; Repercussão Geral; Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 35.

## **ABSTRACT**

The present essay aims at analyzing the positions on the (in) constitutionality of the crime foreseen in art. 305, of Law nº. 9.503/97 (CTB), in order to deepen the complex debate on the subject, especially since its relevance had already been recognized on 08/06/2016 by STF, through General Repercussion in RE 971.959 / RS, of Minister of the Supreme Court Luiz Fux, constituting Theme nº 907, as well as in the Declaratory Action of Constitutionality (DAC) nº 35, of the report of Min. Marco Aurélio de Mello.

Keywords: (in) constitutionality; Art. 305, of CTB; General Repercussion; Declaratory Action of Constitutionality nº 35.

Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe. Ex-Técnico Judiciário e Ex-Assessor de Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduação lato sensu em Direito Público pela Universidade Aanguera-Uniderp.

## 1. ANÁLISE DO ART. 305, DO CTB.

A fatispécie questionada tem a seguinte redação:

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

O tipo penal incriminador tutela a **administração da Justiça** (objeto jurídico), tendo como sujeito ativo qualquer pessoa na condição do *condutor de veículo* envolvida em acidente de trânsito, tratando-se de *crime próprio*. Como sujeito passivo, figura o Estado (Administração da Justiça) e, secundariamente, a pessoa prejudicada com a conduta.

Trata-se de crime *doloso e formal*, que se consuma com a conduta de se *afastar do local do acidente*, havendo doutrina que considera consumado o delito “ainda que o agente seja identificado e não atinja a sua finalidade de se eximir da responsabilidade pelo evento”<sup>1</sup>.

Outrossim, além ser crime de menor potencial ofensivo, nos termos da lei nº 9.099/95, o tipo exige como elemento subjetivo *o dolo*, com especial fim de fugir à responsabilidade *penal ou civil*.

## 2. TESES SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305, DO CTB.

Em essência, destacam-se duas correntes sobre a (in) constitucionalidade do crime já referido.

Uma **PRIMEIRA CORRENTE** sustenta a INCONSTITUCIONALIDADE do crime em análise e tem lastro em precedentes oriundos do TJMG<sup>2</sup>, TJSC<sup>3</sup>, TJSP<sup>4</sup>, TJRS<sup>5</sup> e TRF-4<sup>6</sup>. Os principais argumentos sobre a tese são:

- 1 GONCALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**; coordenador: Pedro Lenza – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 389.
- 2 TJMG. Corte Superior. Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.456021-0/000. Relator: Des. Sérgio Resende. DJ: 12/09/2008.
- 3 TJSC. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 2009.026222-9/0001.00. Relatora: Des. Salete Silva Sommariva, DJ: 01/06/2011.
- 4 TJSP. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0159020-81.2010.8.26.0000. Relator: Des. Reis Kuntz, julgado em 14/07/2010. DJ: 15/10/2010.
- 5 TJRS. Tribunal Pleno. Incidente de Inconstitucionalidade nº 70047947478. Relator: Des. Gaspar Marques Batista, julgado em 24/06/2013.
- 6 TRF4. ARGINC nº 0004934-66.2011.404.0000/RS, Relator: Victor Luiz dos Santos Laus. DJ: 25/01/2013.

- a) a violação ao devido processo legal;
- b) a violação ao direito fundamental ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88) e ao seu corolário, que veda a obrigatoriedade de produzir provas autoincriminatorias (*nemo tenetur se detegere*), também contemplando no art. 8º, II, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), da qual o Brasil é signatário;
- c) a violação ao princípio da proporcionalidade;
- d) a vedação à prisão civil por dívida.

Já para uma *SEGUNDA CORRENTE*, que defende a CONSTITUCIONALIDADE do referido crime, pode ser sintetizada por alguns votos proferidos nos citados precedentes do TJSP<sup>7</sup> e TJMG<sup>8</sup>, além dos argumentos trazidos pela Procuradoria-Geral da República na ADC nº 35, a saber:

- a) o crime tutela a *administração da justiça* e a liberdade para conduzir veículo automotor encontra limites, sendo que a permissão para dirigir pressupõe a responsabilidade de observar as normas de trânsito, constituindo o tipo incriminador garantia da adequada apuração de acidentes de trânsito e, em última análise, da própria segurança do trânsito e administração da justiça;
- b) não há que falar em produção de provas contra si, pois incumbirá ao estado-acusador a persecução penal e ônus probatório, observadas a ampla defesa e a não autoincriminação (art. 5º, LV e LXIII, da CRFB). Outrossim, ainda que o condutor seja obrigado a permanecer no local do acidente, o motorista poderá, sem ser preso e independentemente de qualquer sanção, calar-se ou negar qualquer responsabilidade civil ou penal sobre o fato. Além disso, pelo delito questionado o réu se livra solto, não se sujeitando à prisão provisória ou prisão-pena;
- c) da mesma forma que não é inadequado impor ao condutor o dever de prestar socorro à vítima de acidente de trânsito (art. 304, do CTB), também não é o dever de contribuir com as autoridades para apuração dos fatos, inexistindo irrazoabilidade ou desproporcionalidade em tal imposição;

7 TJSP. Voto do Des. Reis Kuntz na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0159020-81.2010.8.26.0000, julgada em 14/07/2010.

8 TJMG. Votos dos Desembargadores Almeida Melo e José Antônio Baia borges na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.456021-0/000 - DJ: 12/09/2008.

- d) a tipificação da conduta facilita a apuração dos fatos, em demonstração de solidariedade humana; permite a composição do conflito, evita a impunidade, serve como garantia de responsabilidade social;
- e) não se confunde a prisão civil por dívida com a prisão criminal relacionada ao art. 305, do CTB, ainda que haja intenção de fugir à responsabilidade civil, e não se pune o inadimplemento da obrigação de indenizar.

### 3. REFLEXÕES SOBRE AS TESES

Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra e somente poderá ser tolhida ou limitada em hipóteses excepcionais previstas no ordenamento jurídico, sendo assegurado o *devido processo legal* como princípio norteador para legitimar a persecução penal, garantindo a todos a isonomia de tratamento, o direito à ampla defesa e de exercer efetivamente o contraditório. Nesse toar, cabe ao Estado, por intermédio do Ministério Público, angariar provas suficientes para viabilizar a responsabilização subjetivo-criminal do agente.

Como consequência lógica deste ônus processual, decorrente do princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII da CF/88), ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), corolário do direito fundamental ao silêncio previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88.

Para a primeira corrente, o crime previsto no art. 305, do CTB, se mostraria incompatível com a Carta Maior, pois uma norma infraconstitucional não poderia obrigar que o condutor aguardasse no local do fato para ser responsabilizado civil ou criminalmente, uma vez que, pelo devido processo legal, incumbe ao Estado viabilizar a persecução penal e adotar as providências necessárias para a responsabilização do agente.

De igual modo, tal incriminação afrontaria o art. 8º, II, “g”, da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>9</sup>, bem como o art. 14, nº 3, do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis*

9 “II. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:(...) g. *direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada(...)*”. Decreto nº 678/92. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2017.



e *Políticos* de 16/12/1966<sup>10</sup>, normas que versam sobre direitos humanos, de caráter *supralegal*, como já decidido pelo STF, e que integram materialmente a Constituição, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF/88.

Sob esta perspectiva, em tese, também seria possível um controle de convencionalidade da norma doméstica, tendo como parâmetros tais convenções internacionais que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, considera-se que tal incriminação se mostra desproporcional e irrazoável, pois se alguém que pratica qualquer outro crime mais grave, ainda que hediondo, não está obrigado a aguardar no local do crime, não haveria razão para que em *acidentes de trânsito* tal postura fosse exigível.

Maior crítica advém da criminalização da fuga quando o agente estiver sujeito à *responsabilização meramente civil*. Argumenta-se que segundo a Constituição Federal de 1988, o Pacto de São José da Costa Rica e a Súmula Vinculante nº 25, apenas se admite a *prisão civil* por dívida oriunda inadimplimento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Como existem diversos mecanismos previstos no Código Civil e na legislação processual para ensejar a satisfação do crédito oriundo de responsabilidade patrimonial, seria irrazoável e desproporcional uma tutela penal para garantir um direito disponível e que violaria os princípios da subsidiariedade e/ou da fragmentariedade.

Nesse contexto, Cleber MASSON<sup>11</sup> leciona que tais princípios decorrem do *princípio da intervenção mínima ou da necessidade*, que “*afirma ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico*”.

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima subdivide-se em outros dois: o da *fragmentariedade* e o da *subsidiariedade*. O citado autor destaca o seguinte:

---

10 “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) *de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”. Decreto nº 592/92. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

11 MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 30.

- *Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal* “estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade”. Em razão de seu caráter fragmentário, o Direito Penal é a última etapa de proteção do bem jurídico. Deve ser utilizado no plano abstrato, para o fim de permitir a criação de tipos penais somente quando os demais ramos do Direito tiverem falhado na tarefa de proteção de um bem jurídico, referindo-se, assim, à atividade legislativa. A palavra “fragmentariedade” emana de “fragmento”: no universo da ilicitude, somente alguns blocos, alguns poucos fragmentos constituem-se em ilícitos penais. Pensemos em uma visão noturna: o céu representaria a ilicitude em geral; as estrelas seriam os ilícitos penais.

- *Princípio da subsidiariedade*: A atuação do Direito Penal é cabível unicamente quando os outros ramos do Direito e os demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública. Projeta-se no plano concreto – em sua atuação prática o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico. Guarda relação com a tarefa de aplicação da lei penal.<sup>12</sup>

Desse modo, entende-se que havendo outros ramos do direito para reparação de dano patrimonial decorrente de acidente de trânsito, desnecessária seria a intervenção do direito penal.

Outrossim, na seara criminal, também se alega que havendo vítima, a conduta já seria punida nos termos do art. 304, do CTB, o que denotaria a desnecessidade do art. 305, do mesmo diploma legal.

Sobre tais questionamentos, é elucidativo o voto do Desembargador Relator Francesco Conti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>13</sup>, *in verbis*:

---

12 *Idem*.

13 TJRS. Apelação Crime Nº 70046100772, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 14/12/2011.

**“(…)Tenho por flagrantemente inconstitucional a previsão deste artigo. Isso porque, ao obrigar o condutor a permanecer no local do fato, e com isso fazer prova contra si, entra em rota de colisão com o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea ‘g’, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário (...).**

**Não há como olvidar ter este dispositivo, no Brasil, recebido interpretação extensiva, de modo que no sistema atual vigente brasileiro ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Alcançou, inclusive, status constitucional, através do artigo 5º, LXII, que dispõe do direito ao silêncio, o qual nada mais visa senão ao direito de o investigado não ter que produzir prova contra si.**

Acerca do tema, cabe trazer à baila os lúcidos ensinamentos de Damásio de Jesus<sup>14</sup>: “O legislador, seguindo a trilha da maioria das legislações, definiu o ‘crime de fuga’, forçando o motorista a permanecer no local do acidente de trânsito, com isso não dificultando a apuração da responsabilidade penal e civil. A lei pode exigir que, no campo penal, o sujeito faça prova contra ele mesmo, permanecendo no local do acidente? Como diz Ariosvaldo de Campos Pires, ‘a proposição incriminadora é constitucionalmente duvidosa’ (Parecer sobre o projeto de Lei n. 73/94, que instituiu o CT, oferecido ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 23.7-1996). Cometido um homicídio doloso, o sujeito não tem a obrigação de permanecer no local. Como exigir essa conduta num crime de trânsito? De observar o art. 8º, II, g, do Pacto de São José: ninguém tem o dever de auto-incriminar-se”.

Nesse norte, com brilhantismo já se manifestou o eminente colega de Câmara, Desembargador Ivan Leomar Bruxel, em voto exarado no julgamento da Apelação Criminal 70019108901, citado por Luis Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, na obra *Legislação Criminal Especial*<sup>15</sup>, verbis: “Para alguns, de duvidosa constitucionalidade. Para quem ora vota, flagrantemente inconstitucional. Inicialmente,

14 JESUS, Damásio de. **Crimes de Trânsito**, Ed. Saraiva, 3ª ed., 2002, p. 148.

15 GOMES, Luis Flávio e CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial. Vol. 6.** 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2010. p. 1095-1096.

cumprir observar que a figura penal em estudo é a única a censurar, com incidência típica, a fuga. Até mesmo o sujeito que já foi condenado, e esteja a cumprir pena, e que foge, não comete crime algum. A simples fuga, evidentemente não constitui crime. Quem comete qualquer outro crime, ainda que seja hediondo, e foge, também não comete um novo crime. Porque razão, então, aquele que se envolve em um crime de trânsito deveria permanecer no local? Para fazer prova contra si mesmo, se isto de ninguém é exigido? Dentro do sistema jurídico/penal, então, não há espaço para tal estranha figura penal. Alguém poderá dizer, entretanto, que a tipificação penal estimula a ajuda, a solidariedade, mas também aí haverá engano, pois existe outra previsão legal para tal situação, qual seja, a conduta descrita no artigo 304, e tanto não fosse suficiente, a causa de aumento descrita no artigo 302, parágrafo único, inciso III, que também se aplica às condutas adequadas ao artigo 303. Mais ainda é inconstitucional quando, em acidente sem vítima, pune o afastamento, como ocorre no caso concreto. É que a Constituição Federal (art. 5º, inc. LXVII) relaciona, expressamente, as possibilidades de prisão civil por dívida. E não é possível, ao legislador ordinário, ampliá-las. Veja-se que, se admitido o crime de fuga, em acidente sem vítima (para fugir à responsabilidade civil), na realidade estaria o cidadão sujeito à prisão, por tentar esquivar-se da responsabilidade em acidente de trânsito (...).” (grifamos)

Já a *segunda corrente*, considera a norma incriminadora constitucional sob o fundamento de que a liberdade para conduzir veículo encontra limites, assim como os demais direitos fundamentais, que não são absolutos e encontram limitações fundadas no *princípio da responsabilidade* e no *dever de solidariedade*<sup>16</sup>, razão pela qual a conduta de punir quem

---

16 FUKASSAWA, Fernando. **Crimes de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014)**. 3. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2015, p. 260. Segundo o autor “*dirigir um veículo é ato de vontade, com realização de ação perigosa e corriqueira praticada por todos. Normatizada pelo direito, exige-se do condutor observância dos deveres de cuidado, em demonstração de civilidade e de respeito a todos. Postula-se o dever de todo homem de preocupar-se com seus semelhantes, nem tanto por razões éticas, senão também por obrigação jurídica emanada de um sistema de organização social embasada na solidariedade*”.

foge do local do acidente para se esquivar da responsabilidade civil ou penal impede a violação de tais princípios e dos deveres relacionados às regras de trânsito e de colaborar com a elucidação dos fatos.

Neste ponto, embora não tenha sido abordado nos julgados de referência, também poderia ser invocado o *princípio da fraternidade*. Na obra “*O Princípio Jurídico da Fraternidade*”, a jurista sergipana Clara MACHADO<sup>17</sup> traz uma excelente abordagem e reflexão sobre a necessidade de uma mentalidade coletiva responsável, com observância dos deveres individuais e coletivos para uma efetiva garantia dos próprios direitos fundamentais correlatos. A autora destaca que:

(...) Em verdade, os deveres de abstenção, de proteção e de promoção por parte do estado, em sua maioria, são faces passivas dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração que já estão afirmados com a consagração dos respectivos direitos. Os deveres fundamentais aqui enunciados constituem obrigações positivas dos indivíduos face à comunidade, com reflexos nas gerações presentes e futuras, em decorrência dos princípios da fraternidade e solidariedade.(...) Tais deveres precisam ser resgatados pela dogmática constitucional a fim de provocar nas pessoas o reconhecimento deles e o respeito a eles, criando, desta forma, no inconsciente coletivo, uma mentalidade responsável e uma consequente garantia jurídica dos próprios direitos fundamentais, pois a sua efetividade depende do cumprimento de um mínimo de deveres do cidadão, sem os quais a existência e funcionamento do Estado ficam comprometidos”.

Com efeito, os deveres fundamentais decorrem dos princípios da solidariedade e da fraternidade e, antes de implicar uma violação de direitos, os resguardam de possíveis abusos, até porque historicamente a finalidade do direito está relacionada à necessidade de regulamentar o comportamento humano justamente para tentar coibir as arbitrariedades.

---

17 MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento para a proteção de direitos fundamentais transindividuais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 142/143.

Sob esta perspectiva, poder-se-ia concluir que o crime de fuga, em tese, prestigiaria interesses da coletividade que direta ou reflexamente resvalam em direitos individuais dos condutores envolvidos em acidentes de trânsito, com ou sem vítimas, sejam relacionados à incolumidade física ou a direitos patrimoniais.

Sustenta-se ainda que o tipo incriminador não ofenderia o princípio que veda a autoincriminação e as demais garantias constitucionais-penais, uma vez o sujeito ativo, mesmo permanecendo no local do acidente, poderia calar-se ou negar a responsabilidade sem ser preso ou sujeitar-se a qualquer sanção penal, pois, via de regra, nos delitos de trânsito o réu se livra solto.

Tal postura não configura confissão de culpa pelo evento e tampouco prova de autoria do acidente. Daí, assim como nos demais processos criminais, o acusado poderia exercer todos os direitos que lhes são assegurados no objetivo da defesa.

Entende-se também que se os deveres atinentes às regras de trânsito devem ser observados por todos os condutores e fundamentam a obrigação de prestar socorro à vítima de acidente de trânsito (art. 304, do CTB), com igual razão lastrearia o dever destes de contribuir com as autoridades para apuração dos fatos, colaborando com a administração da justiça, de modo que não haveria qualquer irrazoabilidade ou desproporcionalidade em tal imposição.

Assim, a criminalização da conduta teria o desiderato de viabilizar a apuração dos fatos, permitir a composição do conflito, evitar a impunidade, servir como garantia de responsabilidade social.

Fukassawa<sup>18</sup> destaca que ao fugir do local do acidente, o comportamento do condutor evidencia uma quebra do dever de solidariedade por não procurar diminuir as consequências de seu ato. Com isso, não seria irrazoável lhe impor a obrigação de permanecer no local para ser identificado e eventualmente responsabilizado.

Entende que “se não em razão da posição de garante de não superveniência de maiores danos à vítima, o dever de permanência no local do acidente é comportamento minimamente exigido pelo direito, pelo menos em razão da solidariedade”.

---

18 *Idem*, p. 261.

Outrossim, o autor também destaca que o art. 5º, LXVII, da CF/88, “não proíbe a prisão em si mesma por dívida, de maneira ampla, mas somente a prisão civil, vale dizer, não decorrente de violação da norma penal”<sup>19</sup>. Neste sentido, o art. 305, do CTB, pune o afastamento do condutor do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil, e não propriamente o inadimplemento da obrigação de indenizar, como se fosse alguma espécie de garantia para a sua satisfação.

#### 4. NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE O TEMA

Ao que se percebe, ambas as correntes estão bem fundamentadas, o que certamente denota a complexidade do caso a ser dirimido pelo STF. Em razão disto, este artigo, longe de tentar esboçar qualquer solução ou preferência por uma ou outra corrente, pretende contribuir com novos questionamentos e tentar aprofundar o debate sobre outras perspectivas.

Em relação à autoincriminação, se poderia questionar que ao permanecer no local, o condutor daria contra si prova de autoria do acidente. Contudo, na sociedade pretensamente civilizada em que vivemos, cujo risco social é compartilhado por todos, em notória manifestação dos princípios da solidariedade e da fraternidade para viabilizar uma convivência mais harmônica possível, seria justo legitimar que o causador de um dano civil ou penal simplesmente fugisse do local do acidente, beneficiando-se de um abuso do direito de liberdade em detrimento das demais pessoas?

Será que o simples fato de ser identificado já caracteriza violação à autoincriminação? A resposta a este questionamento nos parece ser negativa.

O direito ao silêncio e o princípio constitucional da autodefesa não são absolutos e até possibilita ao réu ficar silente ou mentir sobre as imputações que lhe são feitas. Contudo, não lhe é permitido silenciar ou mentir sobre seus dados qualificadores, tanto que o STF e STJ tem entendimentos adotados em repercussão geral e em repetitivos, inclusive sumulado, acerca da validade do art. 307, do CP. Neste sentido:

---

19 *Idem.*

]Súmula 522-STJ: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

(...) O Plenário Virtual, ao analisar o RE 640.139/DF, reconheceu a repercussão geral do tema versado nestes autos e, na ocasião, reafirmou a jurisprudência, já consolidada no sentido de que comete o delito tipificado no art. 307 do Código Penal aquele que, conduzido perante a autoridade policial, atribui a si falsa identidade com o intuito de ocultar seus antecedentes. (...) (STF 2ª Turma. RE 648223 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/2011).

No mesmo sentido se posiciona a doutrina, cujo escólio de Guilherme de Sousa NUCCI é esclarecedor:

(...) Ainda que se admita, sob os auspícios da ampla defesa, a utilização pelo acusado do direito de calar-se ou até de alterar a verdade dos fatos puníveis que lhe são atribuídos, a tanto inaceitável de se chegar ao extremo de falsear a própria identidade, visto ter lugar então ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social. (...).<sup>20</sup>

A partir da interpretação doutrinária e jurisprudencial do princípio da autodefesa, que em seu aspecto negativo também se refere ao direito ao silêncio, a obrigação do condutor de permanecer no local do acidente, inclusive para ser identificado, não parece afrontá-lo, de modo que a criminalização do descumprimento de tal obrigação também não seria inconstitucional.

Certamente, boa parte dos questionamentos relacionados ao crime poderiam ser resolvidas através de uma análise aprofundada das provas sobre o dolo do agente, pois em algumas hipóteses, como a necessidade de afastamento se houver risco pessoal ao condutor, por exemplo, não haveria dolo, pois lhe faltaria a voluntariedade na conduta. Por outro lado, ainda se poderia caracterizar o estado de necessidade (art. 23, I, do CP), causa excludente de ilicitude.

---

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Comentado**. 11ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 1.132-1.133.



Contudo, por se tratar de crime formal, o mero afastamento do condutor já consuma o delito, o que possibilita o início da persecução penal até que o réu possa, posteriormente, formalizar sua defesa para justificar a conduta.

Nesse ponto, ainda que o condutor, depois do acidente, volte ao local do fato ou se apresente à polícia, o que justificaria a ausência da intenção de fugir à responsabilidade penal ou civil, por ser formal, o crime já se considera consumado, podendo tal postura superveniente do condutor caracterizar eventual arrependimento posterior.

Fernando Fukassawa corrobora que:

O delito se consuma instantaneamente, quer dizer, no momento em que o condutor do veículo empreende fuga do local do acidente por ele provocado, ocasionado, ou mais amplamente, no qual está envolvido, com a finalidade de se safar da responsabilidade criminal e civil. Ocorrendo em o condutor fugir do local do acidente, mas alguém identificar o veículo, fotografando, filmando ou simplesmente anotando suas placas, ainda assim resta caracterizado e consumado o crime em questão, posto se pune a simples conduta de afastar-se do local do acidente para fugir de possível responsabilidade. Também não importa se o condutor do veículo depois disso volta em seguida ou mais tarde ao local do acidente ou se apresenta à polícia, atos que não terão nenhuma influência no crime já então aperfeiçoado. Haverá, nesse caso, arrependimento posterior que possibilitará redução de pena (art. 16, do Código Penal).<sup>21</sup>

Como consequência, ainda que a princípio o réu não seja preso, por ser crime formal e de menor potencial ofensivo, é possível que, no exemplo citado, mesmo o agente se apresentando à polícia para justificar sua conduta, seja deflagrada uma ação penal que terá reflexos diretos em sua vida, reputação moral, social e até no âmbito penal, pois caso seja processado por outro crime de menor potencial ofensivo, a simples existência de ação penal em curso já obsta, v.g., a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, da lei nº 9.099/95), frustrando-lhe o direito de usufruir

---

21 *Idem*, p. 263.

de um benefício despenalizador em outro processo, ainda que posteriormente seja absolvido no primeiro que serviu de empecilho para tanto.

Assim, a princípio não parece justo e proporcional que o condutor envolvido em acidente de trânsito e que justifica o seu afastamento do local seja processado criminalmente da mesma forma que o condutor que pretenda galgar a impunidade.

Entrementes, compete ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, fazer uma acurada análise acerca da presença de justa causa para a persecução penal. Outrossim, considerando que se trata de crime de menor potencial ofensivo, ainda se mostra possível a composição civil dos danos ou transação penal antes mesmo do oferecimento da denúncia, em audiência preliminar.

Por outro lado, em relação à criminalização da fuga do condutor no art. 305, do CTB, pode-se questionar que o próprio Código de Trânsito, nos artigos 209 e 278, optou por sancionar condutas evasivas dos condutores com multa administrativa e, no máximo, apreensão do veículo na hipótese de fuga à ação policial. Assim, a fuga do local do acidente apenas para evitar eventual responsabilização civil já denotaria a desproporcionalidade do crime.

Além disso, considerando que a fuga não violenta de preso é conduta atípica, uma vez que o art. 352, do CP, que também tutela a administração da Justiça, exige o uso de violência contra a pessoa, poderia se questionar: qual a justificativa razoável e proporcional para conferir um tratamento mais benéfico a quem possui indícios ou provas que fundamentem a sua prisão, caso seja provisória ou decorrente de pena, em detrimento de uma pessoa que sequer ficaria presa ou apenas seria processada na seara civil?

Por certo, não raras as vezes se percebe uma postura do legislador ordinário que por questões de política criminal ou até de atecnia, deturpa o princípio da proporcionalidade e/ou da isonomia ao tratar igualmente os desiguais, mais especificamente, tratar do mesmo modo quem praticou uma conduta mais grave em relação a quem praticou conduta menos grave ou que, mesmo sem ter dado causa ao acidente, simplesmente se afastou do local do fato.

A solidariedade e a fraternidade são princípios que certamente justificam uma postura responsável não só dos condutores, mas de todas

as pessoas. Ocorre que, de fato, se apresenta bastante discriminatório e desproporcional reconhecer que quem pratica um crime de forma dolosa não seja punido por empreender fuga do local do crime, ao passo que o condutor que se envolve em acidente de trânsito, ainda que sem vítimas, pratique crime ao empreendê-la.

Fazendo um paralelo sobre os crimes previstos no art. 304 e 305 do CTB, percebe-se que na omissão de socorro (art. 304, do CTB), a norma penal tutela a integridade física ou saúde da vítima, sendo ais perceptível o dever de solidariedade imposto pela norma.

Por outro lado, no crime do art. 305, do CTB, a administração da justiça findaria por se confundir com a própria atividade de persecução penal ou de responsabilização civil, de modo que ao se criminalizar a fuga do agente, diante da consumação do delito independentemente da ocorrência do resultado descrito na norma, a fuga por si só já representaria a prática da infração, parece não haver como desvencilhar a prática do crime formal, como é o caso, de uma suposta autoincriminação do agente por mera conduta instintiva e natural de conservação do direito de liberdade, ainda que isto seja moral e socialmente reprovável.

Em relação à tese de que na hipótese de fuga à responsabilização civil haveria uma nova hipótese de prisão por dívida, por certo esta não é prisão civil, mas penal, não havendo afronta à norma constitucional, às convenções das quais o Brasil é signatário e à Súmula Vinculante nº 25, do STF.

Outrossim, como dificilmente haverá prisão na hipótese, sequer pode-se dizer que seria um novo meio de coerção para adimplemento de dívida de valor.

O tipo pune quem intenta fugir à responsabilização civil decorrente de acidente de trânsito, que pode até não vir a ser reconhecida.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, diante das duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram para tratar da (in) constitucionalidade do art. 305, do CTB, já bastante analisadas anteriormente, competirá ao Supremo Tribunal Federal apreciar profundamente todas ou a maioria das questões debatidas na *Repercussão Geral no RE nº 971.959/RS (Tema nº 907)*, bem como na

*Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 35*, pois a relevância jurídica e social da matéria envolve uma série de direitos fundamentais e princípios relevantíssimos na seara criminal.

Ainda, considerando os vários incidentes de inconstitucionalidade da norma já julgados pelo TJMG, TJSP, TJSC, TJRS, TRF4, bem como a rotineira ocorrência do crime questionado, mister que o julgamento ocorra com a maior celeridade possível para restabelecer a segurança jurídica e pôr termo às indefinições que não são admitidas no âmbito penal em razão do direito de liberdade envolvido.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

FUKASSAWA, Fernando. **Crimes de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014)**. 3. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

GONCALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**; coordenador: Pedro Lenza – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de. **Crimes de Trânsito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento para a proteção de direitos fundamentais transindividuais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Comentado**. 11ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2012.

## **A INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À EXPRESSÃO INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NA RECLAMAÇÃO 24.686/RJ**

### **RESUMO**

O objetivo do presente artigo é verificar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 988, §5º, II do Novo Código de Processo Civil. Para tanto, foram analisados, além de obras doutrinárias, o próprio acórdão em que a Suprema Corte definiu a interpretação teleológica a ser conferida àquela norma jurídica. Deste modo, alcançou-se que houve um desvirtuamento do entendimento até então adotado pela doutrina e pelos operadores do Direito em geral, inaugurando um posicionamento específico para a hipóteses estudada, em contraponto à concepção até então dominante. Por fim, analisou-se que a interpretação inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem como objetivo evitar o abarrotamento de reclamações constitucionais naquela corte, o que traz a desvantagem de procrastinar demanda que poderia ser solucionada com mais celeridade.

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to verify the interpretation given by the Federal Supreme Court to article 988, §5, II of the New Code of Civil Procedure. In order to do so, we analyzed, in addition to doctrinal works, the very judgment in which the Supreme Court defined the teleological interpretation to be conferred on that legal norm. In this way, it was reached that there was a distortion of the understanding hitherto adopted by the doctrine and the legal operators in general, inaugurating a specific positioning for the hypotheses studied, in opposition to the conception until then dominant. Finally, it was analyzed that the interpretation inaugurated by the Federal Supreme Court (STF) aims to avoid the overcrowding of constitutional claims in that court, which has the disadvantage of procrastinating demand that could be solved more quickly.

Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (2015).

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos institutos jurídicos que adquiriu ainda mais visibilidade após a edição do Novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, é a reclamação, conhecida também como reclamação constitucional, por sua previsão expressa no Texto Magno e para diferenciá-la de outros mecanismos de mesmo nome existentes em nossa ordem jurídica.

É indubitável que o destaque dado pelo novel diploma processual civil à reclamação constitucional visa ao fortalecimento do sistema de precedentes judiciais implantado pela nova legislação, ainda que com diversas peculiaridades em relação ao existente nos países do *common law*. É sabido que tal sistema tem por escopo garantir mais estabilidade, coerência e segurança ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com tais desideratos, o Código de Processo Civil de 2015 alargou a competência para processamento e julgamento da reclamação, além de ter alargado ou, pelo menos, explicitado melhor suas hipóteses de cabimento, detalhando aquilo que consta da Constituição da República. Uma dessas hipóteses de cabimento está prevista no art. 988, §5º, II e será aqui esmiuçada e analisada, com foco na interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal em outubro de 2016, ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação 24.686/RJ (Rcl 24686 ED-AgR/RJ).

O interesse pela temática e a motivação suficiente para realizar esta pesquisa advieram do fato de que, em tal julgamento, a Suprema Corte interpretou a norma de forma absolutamente distinta do que preconizava a doutrina até então, além de demonstrar a manutenção de sua denominada jurisprudência defensiva, utilizando-se de mecanismos para evitar o julgamento de mérito das causas postas à sua apreciação.

Nesta quadra, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, partindo-se de argumentos gerais para argumentos particulares, buscando-se a solução para o problema investigado, qual seja, a adequada interpretação do inciso II do §5º do artigo 988 do Código de Processo Civil.

## 2. O ATUAL PANORAMA DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Apesar de sua origem pretoriana, no seio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a reclamação ganhou estatura constitucional com o texto de 1988, o qual previu o instituto, inicialmente, nos artigos 102, I, *l*, no âmbito do STF, e 105, I, *f*, no do STJ. Em ambos os casos, a previsão normativa foi no sentido de seu cabimento para preservar a competência das respectivas Cortes Superiores e a garantia da autoridade de suas decisões. Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, uma nova hipótese de cabimento foi adicionada no artigo 103-A, §3º, qual seja, o combate à contrariedade de súmula vinculante, seja por aplicação indevida do enunciado, seja pela não aplicação quando se tratava de hipótese de incidência. Tais normas continuam válidas e foram reforçadas nos incisos I, II e III, primeira parte, do artigo 988 do diploma processual.

Quanto à primeira situação mencionada, é sabido ser possível o manejo da reclamação para buscar preservar quaisquer das competências constitucionalmente atribuídas ao STF e ao STJ nos artigos 102 e 105, sejam elas originárias, recursais ordinárias ou recursais excepcionais (especiais e extraordinárias), aniquilando a usurpação realizada e restabelecendo o correto exercício da competência das Cortes de Superposição.

Assim, pode-se imaginar o manejo da reclamatória, por exemplo, quando um procedimento de competência recursal do STF ou do STJ tramitar perante outro órgão jurisdicional; um procedimento de competência originária de uma destas Cortes tramitar perante outro órgão jurisdicional; ou, ainda, um procedimento de competência originária destes tribunais tramitar perante órgãos administrativos, como são exemplos os inquéritos. (BRIDA, 2011 / MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

Interessante anotar, apenas a título de exemplo, que o STF já reconheceu, em sede de reclamação, ser sua a competência para processar e julgar ação proposta por Estado-membro contra autarquia de outro Estado-membro (Rcl 1.061 – Rel. Min. Octavio Galotti – DJ 20/02/2004), por configurar conflito federativo, hipótese prevista no art. 102, I, *f* da CRFB/88.

No que concerne à reclamação com o fito de garantir a autoridade das decisões do tribunal, até o advento do Novo CPC, os Tribunais Superiores

eram firmes ao afirmar que era imprescindível ao conhecimento da ferramenta processual que a afronta tivesse ocorrido em relação a uma decisão determinada. Em outras palavras, o STF e o STJ não admitiam a reclamação com base em suposto desrespeito à jurisprudência pacificada.

É lógico que, nesta hipótese, é condição *sine qua non* para a admissão da reclamação que exista uma decisão prévia do Tribunal Superior sobre a questão, não sendo cabível caso inexista uma decisão cuja autoridade se pretenda garantir. A única exceção, de criação pretoriana, é a possibilidade de ajuizamento de reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma/Colégio Recursal estadual e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos repetitivos, como reza o artigo 1º da Resolução 12/2009 do STJ, que não será estudada de modo profundo por não ser o objeto específico deste trabalho.

Em decisão que explicitou a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça à época, exarada no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 3552/DF (Relator: Desembargador Convocado Vasco Della Giustina, DJE 28/10/2009), a Corte declarou ser inadmissível reclamação dirigida contra decisão de órgão fracionário de algum tribunal. (RAMOS, 2013)

Ademais, é cediço que a decisão reclamada pode ter sido proferida tanto em processos individuais, como em demandas de natureza coletiva. Conforme os ensinamentos de Nogueira (2013, p. 389): “Cuidando-se de processo individual, a reclamação é utilizada para cassar a decisão exorbitante de modo a que o litígio, inclusive aquele já em fase de execução, seja dirimido, desta feita com observância do julgado do Supremo”. Tal afirmação também é válida no caso de a decisão cuja autoridade se pretenda ver garantida for oriunda do STJ.

Relevantíssima alteração no cabimento da reclamação constitucional adveio com a EC 45/2004, permitindo, através da previsão contida no art. 103-A da CRFB/88, que o Supremo Tribunal Federal (e somente ele), de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta das distintas esferas de poder (federal, estadual e municipal).



Tal enunciado de súmula deve ter por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, a ponto de implicar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, como indica o §1º do mesmo dispositivo. Tal instituto indica uma preocupação não apenas com a razoável duração do processo, mas com a segurança jurídica que é esperada das decisões tomadas pela Suprema Corte.

Como consequência inseparável do efeito vinculante inerente aos enunciados sumulares desta natureza, é cabível reclamação em face de decisão judicial ou mesmo ato administrativo que contrarie o seu enunciado. Caso seja julgada procedente reclamação em face de ato administrativo, ao STF caberá a sua anulação, eliminando do mundo jurídico sua validade e do mundo fático seus efeitos. Por outro lado, caso uma decisão judicial aplique inadequadamente uma súmula vinculante ou não a aplique quando seria o caso de aplicá-la, eventual reclamação julgada procedente implicará na cassação, pela Corte Suprema, do ato judicial reclamado, ordenando que outro provimento jurisdicional seja exarado com ou sem a aplicação do enunciado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. (BRIDA, 2011; CUNHA, 2013)

Outra hipótese de cabimento do instituto ora estudado, prevista na parte final do inciso III do alhures citado art. 988, diz respeito à garantia da observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Inicialmente, ressalte-se que tal possibilidade já era admitida pela Corte antes mesmo da edição e vigência do novo diploma processual civil.

Na verdade, em princípio, alguns julgados mais antigos do STF somente admitiam a legitimidade para a reclamação à própria parte do processo objetivo de controle de fiscalização, bem como aos terceiros legitimados expressamente previstos no artigo 103 do texto constitucional. Outros julgados, ainda mais antigos, restringiam ainda mais a legitimidade para a reclamação, somente conhecendo aquelas que fossem ajuizadas pelas partes do processo principal. Entretanto, tal posicionamento modificou-se com o passar do tempo, passando a Corte Constitucional a atribuir legitimidade ativa a qualquer interessado na estrita observância à decisão prolatada em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

De fato, restaria pouquíssima ou nenhuma utilidade prática aos efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões em controle abstrato de fiscalização se não lhes fosse garantido o manejo da reclamação para assegurar a sua observância pelos demais órgãos judiciários e pelo Poder Público em geral. (LOBO, 2015)

Impende salientar que, no julgamento da Reclamação 7.358 (Relatora: Min. Ellen Gracie, DJE 02/06/2011), a Corte Constitucional reconheceu, por maioria de votos, a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação na hipótese ora analisada, independentemente de ratificação do pedido pelo Procurador-Geral da República. Os votos vencidos entendiam que incumbiria ao PGR, chefe do Ministério Público da União, exercer as funções do *parquet* junto àquele tribunal, de modo originário, ou então através de ratificação do pedido feito pelo Ministério Público estadual. Contudo, o voto vencedor, acatando a legitimidade autônoma citada, dentre outros argumentos, baseou-se na inexistência de vínculo de subordinação entre o MP estadual e o da União e na função constitucionalmente assegurada à instituição de defesa da ordem jurídica, especialmente da Constituição Federal, o que poderia ser realizado através do manejo da reclamação. (TAKOI, 2013)

Ainda neste ponto, cabe, derradeiramente, registrar a discussão supostamente ainda existente sobre o cabimento da reclamação com fundamento na teoria da transcendência dos motivos determinantes. No passado, a Suprema Corte chegou a entender que existindo uma decisão abstrata de inconstitucionalidade, os motivos determinantes deste *decisum* possuíam efeitos vinculantes e *erga omnes*, implicando a conclusão de que normas semelhantes, ou seja, com conteúdo idêntico ou assemelhado com o da norma declarada inconstitucional, sofreriam exatamente os mesmos efeitos da fiscalização abstrata. Em momento posterior, no entanto, houve uma mudança de posicionamento da Corte, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves: “Mais recentemente, entretanto, o Supremo Tribunal Federal tornou-se refratário à adoção da teoria, inclusive rejeitando reclamações constitucionais que têm como objeto lei municipal ainda não declarada inconstitucional em controle concentrado”. (2016, p. 1.431)

Ocorre que, na opinião deste autor, o impasse foi resolvido definitivamente pelo §4º do artigo 988 do CPC de 2015, o qual prevê que as

hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida de “tese jurídica” (e não somente da norma jurídica concretamente decidida pelo STF) e sua não aplicação aos casos que a ela correspondem, adotando, de forma nítida, a teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes (NEVES, 2016)

No inciso IV supracitado, está previsto o cabimento de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, novos institutos previstos pelo CPC com o intuito atribuir novo valor aos julgados emanados das Cortes de segunda instância, ou seja, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Para garantir tal resultado, a lei processual civil previu estes dois institutos e dotou seus resultados finais de efeitos vinculantes, com o escopo de realizar a compatibilização vertical dos julgados, que decorre da implantação de um sistema de precedentes.

Por fim, o §5º do art. 988 do CPC prevê duas condições negativas ao cabimento da reclamação. A primeira, prevista no inciso I, aduz que é inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada. A razão para tal norma reside no fato de que, para a jurisprudência dos Tribunais Superiores, mesmo anterior ao CPC/2015, a reclamação não podia ser utilizada como sucedâneo de ação rescisória, esta sim instrumento processual hábil à desconstituição da coisa julgada material. A segurança jurídica materializada na coisa julgada não poderia ficar fragilizada pela possibilidade de cabimento de um mecanismo como a reclamação, que possui hipóteses de cabimento em certa medida mais subjetivos do que aqueles constantes do artigo 966 para o corte rescisório.

Neste compasso, a reclamação não pode ser intentada após a decisão que se deseja ver cassada transitar em julgado. O reclamante deve, dentro do prazo recursal, interpor o remédio processual cabível, sendo, na pendência de julgamento do recurso, possível o ajuizamento da reclamação. Frise-se que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação, consoante expressa previsão legal no artigo 988, § 6º. Ou seja, pouco importa depois o resultado do julgamento do recurso, se o seu mérito será ou não conhecido, ou se haverá o seu provimento ou im-

provimento. Assim, desde que, no momento do ajuizamento da reclamação, a decisão reclamada ainda não tenha transitado em julgado, o futuro do recurso não irá acarretar nenhuma consequência no conhecimento e julgamento da reclamatória.

Já a segunda condição negativa, disposta no inciso II do §5º, e a interpretação a ela dada pela Suprema Corte do País, com as indissociáveis consequências advindas, serão o objeto da próxima Seção deste trabalho.

### 3. O SIGNIFICADO DE *INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS* PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 24.686

Assim dispõe o dispositivo legal a ser analisado:

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Este inciso II foi incluído durante a *vacatio legis* do Novo CPC pela Lei nº 13.256/2016. Antes desta lei modificadora, havia no inciso IV do mesmo artigo 988 a previsão de que caberia reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, onde estariam incluídos o incidente de resolução de demandas repetitivas (posteriormente previsto na nova redação do mesmo inciso IV), o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Com a lei modificadora, o inciso IV passou a prever, como já fora demonstrado, o cabimento da reclamação para garantir a observância do acórdão proferido em julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Simultaneamente, foi adicionado o alhures transcrito inciso II ao §5º.

Aparentemente, a mudança legislativa teve a intenção de não permitir o acesso *per saltum* ao STJ e ao STF, fazendo com que a parte recla-

mante não pudesse ajuizar reclamação nas Cortes Superiores logo após uma sentença de primeira instância contrariar um dos precedentes vinculantes. Por isso, passou-se a entender, a *contrario sensu* do dispositivo supra, que a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos somente poderia ser intentada após o esgotamento das instâncias ordinárias.

É importante verificar como a doutrina interpretou esta norma contemplada pela Lei nº 13.256/2016:

O inciso explicita que a reclamação para afirmar a autoridade de julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral (repetitivo ou não) e de recurso especial repetitivo é inadmissível “quando não esgotadas as instâncias ordinárias”. A presença desta expressão no dispositivo (“quando não esgotadas as instâncias ordinárias”) induz a inexorável conclusão de que a reclamação é possível na hipótese, apenas que não em face de decisão de juiz de primeiro grau. Do contrário, bastaria que a redação do dispositivo encerrasse na expressão “repetitivos”.

(...)

Vale dizer, a Lei 13.256/2016 adotou, no ponto, uma solução intermediária. Por uma questão de política judiciária, vedou o acesso *per saltum* ao STF e ao STJ, impossibilitando que fosse ajuizada reclamação contra decisão de primeiro grau que contrariasse os seus precedentes. No entanto, a fim de deixar claro que estes mesmos precedentes são obrigatórios, previu a reclamação, apenas que de forma subsidiária. (XAVIER, 2016, p. 114)

O mesmo entendimento foi esposado por Daniel Amorim Assumpção Neves em sua obra “Manual de Direito Processual Civil”, a saber:

Por “esgotamento das instâncias ordinárias” o legislador aparentemente pretendeu afastar o cabimento de reclamação constitucional contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo.

(...)

Dessa forma, se um acórdão desrespeitar o precedente criado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo, e em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, ainda que não repetitivo, caberá reclamação constitucional para o tribunal de superposição. Mas no caso de sentença proferida em tais moldes caberá a apelação. O mesmo se diga no caso de decisão monocrática proferida em segundo grau, que sendo recorrível por agravo interno (art. 1.021, *caput*, Novo CPC), não poderá ser objeto de reclamação constitucional. (2016, p. 1.434)

De fato, sempre foi assente na doutrina e no seio dos próprios operadores do Direito pátrio que a expressão *instâncias ordinárias* envolveria os juízos de primeiro grau e os tribunais de segunda instância, assim entendidos os tribunais de justiça, os regionais federais e, analogicamente, os regionais do trabalho, regionais eleitorais e, onde existirem, os de justiça militar.

Denominavam-se de ordinárias tais instâncias justamente porque nelas era possível ampla discussão acerca das questões postas à sua apreciação, permitindo intensa produção probatória e revolvendo-se os fatos para uma análise minuciosa, sempre com vistas a solucionar o litígio da maneira mais justa possível. Deseja-se conferir uma decisão justa ao caso concreto, conforme o direito posto e as provas existentes nos autos.

Por outro lado, a tradição jurídica intitula de *instâncias extraordinárias* aquelas onde não é possível a reapreciação e valoração das provas existentes, nem o revolvimento de fatos, sendo o escopo fundamental de tais tribunais a uniformização da interpretação jurisprudencial das normas jurídicas, conferindo estabilidade, segurança e coerência ao ordenamento. Os fatos que deram origem ao litígio são preestabelecidos pelas instâncias ordinárias, não se preocupando a instância extraordinária em verificar sua autenticidade, incumbindo-se somente de dar a estes fatos previamente fixados a interpretação mais consentânea com a legislação constitucional e/ou infraconstitucional, conforme o caso. Neste conceito, em tese, se encaixavam todos os Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, TSE e STM), quando atuavam no âmbito de sua competência recursal extraordinária, o que exclui, por exemplo, as causas de sua competência originária.

Ocorre, porém, que este entendimento histórico não foi o adotado pela Suprema Corte para interpretar a expressão contida no artigo 988, §5º, II do CPC. A Segunda Turma do Tribunal, em julgamento realizado no dia 25 de outubro de 2016, por unanimidade, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação 24.686, do Rio de Janeiro, cuja Relatoria coube ao já falecido Ministro Teori Zavascki, conferiu interpretação teleológica ao dispositivo legal, conforme mostra a ementa do julgado, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, §5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, §5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o íter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.

2. Agravo regimental não provido.

No caso concreto, em síntese, houve o ajuizamento de uma reclamação junto ao STF, em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro que teria violado o decidido no RE 658.026/MG (Rel. Min. Dias Toffoli), julgado sob o rito da repercussão geral. Em decisão monocrática, o Relator Min. Teori Zavascki negou seguimento à reclamação, sendo, posteriormente, rejeitados os embargos de declaração e, por fim, oposto o agravo regimental, para julgamento do caso pelo órgão colegiado natural, no caso, a Segunda Turma.

Deve-se observar, desde logo, que a mesma tese firmada pelo STF neste caso serve também para qualquer outro caso que envolvesse matéria cível comum ou até mesmo trabalhista. Ou seja, o fato de o caso analisado ter versado sobre matéria eleitoral não descaracteriza a generalidade da posição firmada pelo Tribunal, que pode ser aplicada em

qualquer situação semelhante, seja qual for o ramo do direito a que diga respeito.

Pois bem. Dois dos argumentos utilizados pelo agravante nas suas razões recursais foi justamente o de que o requisito do inciso II do §5º do artigo 988 do CPC compreenderia apenas *o exaurimento de recurso ordinários cabíveis no tribunal de origem* e que o julgamento do recurso especial eleitoral em tramitação no TSE e a eventual interposição de recurso extraordinário em nada afetariam a reclamação ajuizada.

No entanto, tais alegações não obtiveram guarida dos Ministros da Suprema Corte. Nos termos do voto vencedor, considerou-se prematuro o questionamento fundado na alegação de descumprimento do decidido no RE 658.026/MG, cujo mérito foi apreciado sob a sistemática da repercussão geral, uma vez que ainda não havia ocorrido o esgotamento das instâncias ordinárias a que se refere o inciso II do §5º do art. 988, já que havia recurso pendente de julgamento pelo TSE, ou seja, a parte ainda tinha a via recursal para buscar a reforma do acórdão então questionado, oriundo do TRE/RJ.

Deste modo, para esta norma específica (art. 988, §5º, II, CPC), relativamente a reclamação para o STF, a interpretação da expressão *instâncias ordinárias* deve ser teleológica, e não literal. Logo, supõe o percurso de todo o iter recursal possível antes do acesso à Suprema Corte, sob pena de, pela via indireta da reclamação, ela usurpar a competência de outros três Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral). Neste compasso, havendo possibilidade de reforma da decisão reclamada por via de recurso a algum tribunal, inclusive superior, não se admitirá o acesso ao STF por via de reclamação.

O voto do relator foi seguido por seus pares, sendo a decisão unânime e, muito embora o Min. Dias Toffoli tenha esposado fundamento diverso, a tese acima explicitada foi a vencedora. Depreende-se do próprio julgamento que um dos motivos para conferir à expressão e, conseqüentemente, à norma, interpretação absolutamente distinta da até então adotada pela doutrina é a preocupação da Corte Suprema com a quantidade de processos nela pendentes de julgamento e com o seu possível aumento.

O Min. Ricardo Lewandowski, que acompanhou a conclusão e a fundamentação do relator, afirmou em seu voto que é notório o crescimento



exacerbado das reclamações ajuizadas no STF, havendo uma tentativa de enfrentar as questões, *per saltum*, diretamente no Supremo Tribunal Federal, o que lhe parece incompatível com o sistema recursal brasileiro. Ademais, salientou que, em havendo recurso num tribunal inferior ao STF, caso a matéria seja de urgência, sempre caberá conferir um efeito suspensivo ao recurso, não faltando remédios para sanar as situações emergenciais. Tais argumentos deixam claro, ainda que nas entrelinhas, a manutenção de uma jurisprudência defensiva no âmbito do STF, mesmo após a inauguração da nova ordem processual civil constitucional.

Por seu turno, o Min. Celso de Mello ratificou a jurisprudência da Corte, não admitindo a reclamação como sucedâneo recursal, não podendo ser utilizada como um atalho processual destinado a permitir a submissão imediata do litígio ao exame direto da Suprema Corte.

Por tais razões, passou-se então a afirmar que, no caso do art. 988, §5º, II do CPC, a reclamação só pode ser manejada após o esgotamento das *instâncias antecedentes*, expressão cunhada para, nesta hipótese de cabimento do instituto em estudo, diferenciá-la das tradicionais *instâncias ordinárias*, que não compreende qualquer Corte Superior, mas somente os juízos de primeiro grau e os tribunais estaduais e regionais.

#### 4. CONCLUSÃO

Ante a exposição acima expendida, infere-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu por inovar na interpretação dada a uma expressão tradicionalmente conhecida e muito bem definida no universo jurídico, já sob a nova ordem processual civil constitucional, inaugurada com advento do Código de Processo Civil de 2015. A expressão *instâncias ordinárias*, no caso do inciso II do §5º do art. 988 do CPC, deve sofrer uma interpretação teleológica e ser assimilada como *instâncias antecedentes*, a significar todos os tribunais, inclusive superiores, que possam, pela via recursal, reformar a decisão que viole o entendimento firmado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Uma das razões para tal interpretação, senão a única ou mais forte, foi evitar a multiplicação de reclamações ao STF. É claro que não se pode ignorar que a Corte é formada por apenas onze Ministros e que, se em qualquer

órgão jurídico o número de demandas judiciais atual é bastante expressivo, no STF isso é ainda mais grave, devido à sua jurisdição nacional. Por outro lado, não se pode deixar de notar que o entendimento firmado implica, de certa forma, o esvaziamento da norma, porque lhe retira a celeridade conferida pela possibilidade de rápida cassação do acórdão de tribunal inferior recalcitrante, restringindo em demasia o manejo do instituto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Reclamação 24.686/RJ. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE em 11/04/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24686&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 23/10/2017.

BRIDA, Nério Andrade de. **Reclamação constitucional**: instrumento garantidor da eficácia das decisões em controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Campo Grande: Contemplar, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A reclamação constitucional contra ato que desrespeita enunciado de súmula vinculante. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 287-294.

LOBO, Arthur Mendes. **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal**: proteção de interesses coletivos. Curitiba: Juruá, 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Coord.). **Precedentes**. Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 753-772.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A eficácia da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 381-398.

RAMOS, Glauco Gumerato. Reclamação no Superior Tribunal de Justiça. In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). **Reclamação constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 229-241.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

## **A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGIME PRIORITÁRIO BASEADA NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **RESUMO**

Por meio da Lei n. 11.698/2008, a guarda compartilhada foi inserida no Código Civil brasileiro, passando a ser o regime preferível nas hipóteses em que o casal deixa de manter a vida em comum. Com o advento da Lei n.º 13.058/2014, a modalidade em questão passou a ter uma abordagem mais detalhada e completa, tendo sido alçada à condição de regime prioritário, mesmo sem haver concordância entre pai e mãe quanto à guarda do filho, segundo disciplina contida no § 2º do art. 1.584 do Código Civil. Diante desse cenário, buscou-se, como o próprio tema sugere, realizar uma análise acerca do instituto da guarda compartilhada, notadamente diante de sua condição regime prioritário, no tocante à efetiva concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Num primeiro momento, fez-se um breves considerações sobre a proteção à criança e ao adolescente demonstrando sua relação com valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, passou-se à análise do instituto da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico. A hipótese do trabalho centraliza-se na demonstração de que o regime prioritário da guarda compartilhada é, verdadeiramente, o que melhor atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por proporcionar o convívio cotidiano da prole com os genitores, que não mais desfrutam de uma vida em comum, fortalecendo laços de amor e afetividade.

**Palavras-chave:** Guarda Compartilhada; Doutrina da Proteção Integral; Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

**ABSTRACT**

By means of Law no. 11,698 / 2008, the shared custody was inserted in the Brazilian Civil Code, becoming the preferable regime in the hypotheses in which the couple ceases to maintain life together. With the advent of Law no. 13.058 / 2014, the modality in question started to have a more detailed and complete approach, having been elevated to the condition of priority regime, even without agreement between father and mother regarding the custody of the child, according to discipline contained in § 2 of art. 1,584 of the Civil Code. In view of this scenario, an attempt was made, as the theme itself suggests, to carry out an analysis about the institute of shared custody, especially in view of its priority regime, regarding the effective realization of the principle of the best interests of children and adolescents. At first, brief considerations were made on the protection of children and adolescents by demonstrating their relation with the fundamental value of the dignity of the human person. Subsequently, we proceeded to the analysis of the institute of shared custody in our legal system. The hypothesis of the work centers on the demonstration that the shared custody priority regime is truly the one that best meets the principle of the best interest of the child and the adolescent, by providing the daily relationship of the offspring with the parents, who no longer enjoy a life in common, strengthening ties of love and affection.

Keywords: Shared Guard; Doctrine of Integral Protection; Principle of the Best Interests of Children and Adolescents.

---

**1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo visa realizar uma breve abordagem teórica acerca do instituto da guarda em nosso ordenamento jurídico, com enfoque específico na temática atinente à guarda compartilhada baseada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como decorrência do valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, recentemente alterado pela EC 65/2010, “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.”

O referido dispositivo constitucional consagra a denominada doutrina da proteção integral, a qual compreende um conjunto de mecanismos

e ações voltadas à tutela dos direitos das crianças e adolescentes, tudo com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Segundo disciplina contida no artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.” É a partir desse postulado constitucional que exsurge a noção de poder familiar, consistente num verdadeiro poder-dever dos pais em relação aos filhos menores.

Atualmente, o poder familiar é exercido conjuntamente por ambos os genitores, em igualdade de condições, não havendo que se falar em preponderância da vontade de um dos pais. Tanto assim que o artigo 1.631 do Código Civil determina que em caso de divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, “é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

A guarda dos filhos menores consiste em um dos deveres decorrentes do poder familiar, cabendo ressaltar que, segundo disciplina contida no artigo 1.632 do Código Civil “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Mesmo que se dê a dissolução da união estável ou do vínculo conjugal, as Leis n. 11.698/2008 e n. 13.058/2014 introduziram na legislação pátria a possibilidade de os genitores que não mais partilham de uma vida em comum poderem continuar a exercer conjuntamente o poder-dever de guarda com relação aos filhos.

O presente trabalho pretendeu demonstrar que o compartilhamento da guarda apresenta-se em total consonância com a doutrina da proteção integral e com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por ser a única modalidade a viabilizar o contato cotidiano e permanente da prole com ambos genitores, fortalecendo e mantendo os laços de afetividade entre pais e filhos, mesmo após o fim do relacionamento do casal.

Dada a relevância da temática para as relações humanas, por envolver a família, diante do sem número de casos de divórcio e dissoluções de uniões estáveis que ocorrem no dia a dia das varas de família, nas mais diversas camadas da sociedade, a questão atinente à guarda dos filhos tornou-se assunto que corriqueiramente desperta interesse das pessoas, independentemente de nível cultural ou de classe social.

## 1. A GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

### 2.1 A relação entre o valor fundamental da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O ilustre Luís Roberto Barroso (2013, p.43), hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, assim descreve a dignidade da pessoa humana:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) interpretativo

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana se encontra alçada à condição de fundamento do Estado democrático de direito, conforme disciplina contida no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Considerando a dignidade da pessoa humana como valor fundamental e, ao mesmo tempo, princípio constitucional que fundamenta e norteia o Estado democrático de direito brasileiro, dado o papel interpretativo que os princípios exercem em nosso sistema jurídico, tem-se que o arcabouço normativo que compõe cada um dos ramos do direito deve obrigatória observância ao predito valor fundamental.

Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 78, tomo 6) consideram que dignidade da pessoa humana:

Princípio solar no nosso ordenamento jurídico, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental

de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Mais do que se garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.

O ilustre Barroso (2013, p. 44) nos traz uma visão sobre a amplitude do princípio alhures referido, discorrendo sobre a maneira como a dignidade da pessoa humana irradia seus reflexos sobre uma série de direitos, revelando assim sua extrema importância não apenas como vetor interpretativo, mas como fundamento ético e jurídico para os direitos materialmente fundamentais, nos seguintes termos:

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida*. Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o *direito à igualdade*. Todas as pessoas tem o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem o mesmo respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento). Do valor intrínseco resulta, também, o *direito à integridade física*, aí incluídos proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. Em torno desse direito se desenvolvem discussões e controvérsias envolvendo prisão perpétua, técnicas de interrogatório e regime prisional. E, igualmente, algumas questões situadas no âmbito da bioética, compreendendo pesquisa clínica, eugenia, comércio de órgãos e clonagem humana. E, por fim, o *direito à integridade moral ou psíquica*, domínio no qual estão abrangidos o direito de ser

reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem.

Um dos reflexos produzidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tem como resultado a doutrina da proteção integral, da qual deriva o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com o advento do Estado democrático de direito, fundamentado na ideia de proteção aos Direitos Humanos, tendo como alicerce o super-princípio da dignidade da pessoa humana, a nova ordem constitucional brasileira, inaugurada com a Carta Magna de 1988, trouxe em seu artigo 227 o princípio/doutrina da proteção integral, nos seguintes termos:

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

A Constituição Federal de 1988 foi a única das constituições brasileiras a disciplinar, de forma detalhada, acerca da proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes, sendo que o conteúdo de suas disposições denotava claríssima incompatibilidade com a doutrina da situação irregular contida no Código de Menor de 1979.

A partir da novel ordem constitucional inaugurada, crianças e adolescentes tornaram-se sujeitos de direito, sendo que a proteção e o respeito a esses direitos passou a ter caráter absolutamente prioritário, consistindo num dever não apenas do Estado, mas também da família e de toda a sociedade.

Com o fim precípua de abordar sobre a temática alusiva às crianças e adolescentes, nasceu, em sintonia com os novos conceitos e princípios trazidos pela Constituição de 88, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, cujo conteúdo veio reforçar a doutrina da proteção integral.

No âmbito do Direito das Famílias, o princípio do melhor interesse recai diretamente sobre a figura dos filhos menores, nos exatos termos utilizados por Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.102):



Os filhos menores – crianças e adolescentes - gozam, no seio da família, por determinação constitucional (art. 277 CF), de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento.

Isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio.

Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente.

A inobservância de tais mandamentos, sem prejuízo de eventual responsabilização criminal e civil, pode, inclusive, resultar, no caso dos pais, na destituição do poder familiar.

O presente trabalho se desenvolverá com vistas a analisar a aplicação da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao Direito das Famílias, especificamente no que se refere à situação dos filhos menores quando submetidos à modalidade de guarda compartilhada, a qual, com o advento da Lei n. 13.058/2014, passou a ser o regime prioritário em nosso sistema.

## **2.2 A Guarda no Ordenamento Jurídico Brasileiro – Considerações iniciais**

No ordenamento jurídico brasileiro, a guarda é expressão que consagra dois sentidos distintos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu bojo a conceituação da guarda, elencada como uma das modalidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta. O instituto encontra-se previsto no artigo 33, §1º e §2º do referido Diploma, nos seguintes termos:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.”

Quanto ao exercício da guarda, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.634, assim disciplina:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O artigo 1.634 do Código Civil dispõe acerca do poder-dever de guarda, que é inerente ao exercício do poder familiar, consistindo no direito dos genitores de ter seus filhos em sua companhia, cabendo àqueles o dever de proteger, amparar, cuidar e educar a prole.

Noutro cerne, a previsão existente no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente consiste em modalidade de colocação de criança ou adolescente em família substituta sob a forma de guarda, que somente se revela nas seguintes circunstâncias: na falta eventual dos pais, nos casos em que os genitores deixam de cumprir os deveres inerentes ao poder familiar e diante da necessidade de atender a situações peculiares.

Esclarecidas as diferenças existentes entre o dever de guarda relacionado ao exercício do poder familiar e o instituto da guarda previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, passemos à análise das modalidades de guarda conceituadas pela doutrina civilista.

### 2.3 Das Modalidades de Guarda

A doutrina civilista brasileira discorre acerca de diversas modalidades de guarda, dentre as quais podemos destacar as seguintes: a guarda unilateral, o aninhamento ou nidação, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral, prevista no art. 1.583, *caput* e § 1º, primeira parte, do Código Civil, é aquela por meio da qual os filhos permanecem na companhia (guarda física) de um dos genitores, cabendo ao outro o exercício do direito de visitas. Essa modalidade de guarda pode ser estabelecida unilateralmente pelo juiz ou ser fixada pelos pais de forma consensual. Ressalte-se, porém, que a guarda unilateral não interfere no poder familiar, o qual, segundo Pedro Belmiro Welter (2009; pg. 62), continua a ser exercido por ambos os pais, cabendo ao juiz regular o direito de visitas com relação ao genitor que não detiver a guarda do filho. A modalidade de guarda unilateral era regra até julho de 2008, alterando-se tal preferência quando da promulgação da Lei 11.698/08.

A modalidade guarda alternada configura-se quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais em períodos alternados, fixado pelo juiz ou acordado entre as partes. Esse tipo de guarda é duramente criticado, devido aos prejuízos psicológicos que incidem sobre a criança (LEVY, 2008), uma vez que pode impedir o estabelecimento de rotinas tidas como essenciais ao saudável desenvolvimento de crianças e adolescentes, podendo dar causa a instabilidades emocionais e psíquicas por parte dos filhos menores.

Nessas circunstâncias, a guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança” (LEVY, 2008, p. 60).

No aninhamento ou nidação ocorre o revezamento dos pais no que se refere à companhia dos filhos, sendo que estes últimos permanecem sempre na mesma casa, tendo sua rotina preservada. Nessa modalidade de guarda são os genitores quem se deslocam de suas residências para se alternarem na companhia dos filhos. É um modelo pouco utilizado em razão de sua inviabilidade prática. Ambos os genitores detêm o poder familiar sobre os filhos.

No tópico seguinte, a modalidade guarda compartilhada será abordada detalhadamente.

## 2.4 Da Guarda Compartilhada

No dia 13 de junho de 2008, o ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 11.698/2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, instituindo e disciplinando a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico.

Essa inovação legislativa foi recebida com entusiasmo pela doutrina civilista e por aplicadores do Direito, pois em que pese não houvesse previsão do instituto na legislação, a jurisprudência pátria já admitia sua aplicação em determinadas hipóteses, conforme se vê dos arestos abaixo transcritos, referentes a julgamentos ocorridos em 2007:

EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018264713, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acórdão: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007).

EMENTA: GUARDA DE CRIANÇA. ALTERAÇÃO. RECENTE ACORDO FIRMADO ENTRE OS GENITORES. Tendo os litigantes recentemente estabelecidos a guarda compartilhada em acordo devidamente homologado em juízo, descabe nova alteração da guarda para a genitora, de forma açodada, sem a prévia realização de estudo social e de avaliação psicológica. Negado provimento ao agravo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) \_ DECISÃO MONOCRÁTICA \_ (Agravo de Instrumento Nº 70018888537, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/03/2007).

Ao discorrer sobre o tema, a ilustre Maria Berenice Dias destacou que a introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro representa “verdadeira democratização de sentimentos”:

Deixa a lei de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1º), dá preferência pelo compartilhamento (CC 1.584, § 2º), por garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse.

Tem o juiz o dever informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada: mais prerrogativas a ambos, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A finalidade é consagrar o direito da criança. A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Quando comparada às outras modalidades já mencionadas no presente estudo, o sistema da guarda compartilhada se revela, sem sobra de dúvidas, o mais eficiente no que se refere à efetiva participação de ambos os genitores no processo de desenvolvimento dos filhos, cabendo a eles, conjuntamente, a tomada de decisões relativas à prole.

Para Akel (2010), a guarda compartilhada tem como vantagem o fato de preservar o vínculo afetivo entre os pais, ressaltando, que mesmo que a conjugalidade entre eles tenha se rompido, a parentalidade com os filhos não.

Em julgado proferido pelo STJ no ano de 2011, a Ministra Nancy Andrighi teceu importantes considerações acerca da necessidade de fixação da guarda compartilhada nos casos em que não haja consenso entre os pais, com vistas a conferir real efetividade aos ditames legalmente estabelecidos, na busca de proteger os interesses superiores da prole:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

(...)

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

(...)

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido. (REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011)

A ideia central da ementa acima transcrita já ressoavam de maneira tal na jurisprudência e na doutrina pátria que no ano de 2014 foi sancionada a Lei n. 13.058, a qual introduziu importantes mudanças no regime de guarda compartilhada instituído em 2008, aperfeiçoando-o e alçando-o à categoria de prioritário em nosso sistema, salvo manifestação de recusa expressa.

Seguem abaixo transcritas algumas das principais alterações trazidas por meio da Lei n. 13.058/2014:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal

supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele



compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)”

As inovações legislativas acima referidas, sem sombra de dúvidas, encontram suas bases mais profundas na doutrina da proteção integral e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sob a ótica das relações familiares, com o objetivo de propiciar o convívio igualitário entre os genitores, que não mais se encontram ligados por vínculos conjugais ou de união estável, e a respectiva prole.

Tanto assim que, não obstante o caráter prioritário (e não obrigatório) da modalidade compartilhada de guarda, a lei prevê a possibilidade de não ser fixado o referido regime, quando um dos pais manifestar desinteresse na guarda conjunta ou quando ambos não reúnam as condições necessárias para o seu exercício.

Neste sentido, vale transcrever a lição de Farias e Rosenvald (2016, p. 691):

Entrementes, a guarda compartilhada deve ser afastada quando o melhor interesse da criança apontar em sentido diverso ou quando os pais, deliberadamente, não tiverem interesse no compartilhamento da convivência, seja qual for o motivo.

Constatada a inviabilidade da guarda conjunta, em uma hipótese ou na outra, tendo em vista o melhor interesse da criança ou adolescente e a sua proteção integral (como, por exemplo, para evitar casos de alienação parental), o magistrado decretará a guarda unilateral em favor daquele que revele ter as melhores condições. E percebendo que nenhum deles reúne condições adequadas para o exercício da guarda conjunta, a guarda pode ser confiada a um terceiro que “revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (CC, art. 1.584, §5º).

Em arremate, por conseguinte, sobreleva explicitar que o compartilhamento da guarda de filhos dependerá da vontade pessoal e própria de cada um dos pais, em relação ao desejo de manter contato pleno e direto com o filho, de modo cotidiano e responsável, independentemente da existência de consenso entre os genitores.

Equivale a dizer: não é preciso que o outro genitor consinta (que se trate de demanda consensual), mas que cada um deles queira.

No exercício da guarda compartilhada cabe ao genitor que revele melhores condições econômicas o dever de prestar alimentos em favor da prole. Acerca do tema, confira-se a jurisprudência abaixo, baseada na doutrina da professora Maria Berenice Dias, *in verbis*:

GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Ademais, não mais residindo a filha com o genitor, cabível que este passe a alcançar-lhe alimentos, até porque as despesas da menina eram arcadas integralmente pelo alimentante. (...)

Conforme referi doutrinariamente, a guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas

do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras (Manual de Direito das Famílias, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 363). (Agravo de Instrumento nº 70016420051, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des. Maria Berenice Dias).

Questão controversa na doutrina pátria diz respeito à efetiva possibilidade, na prática, de compartilhamento da guarda nas demandas litigiosas. O art. 1584, § 2º do Código Civil é claro ao determinar:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

Assim sendo, mesmo estando-se diante de um divórcio litigioso ou da dissolução de união estável igualmente litigiosa, se ambos os genitores manifestarem o desejo de exercerem a guarda de forma conjunta, desde que reúnam condições para isso, a legislação determina que o conflito que marca o fim da relação do casal não tem o condão de impedir a fixação do regime de compartilhamento da custódia da prole, dependendo, contudo, da análise do Magistrado ao caso concreto, sob pena de afronta ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Vejamos o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 616):

Não temos dúvida de que o compartilhamento da guarda é o melhor modelo de custódia filial, na perspectiva do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Todavia, como já advertimos desde edições anteriores, há casais que, infelizmente, dividem apenas ódio e ressentimento, não partilhando uma única palavra entre si. Como, então, nessas situações, compartilhar a guarda de uma criança?”

O resultado disto poderá ser o agravamento do dano psicológico – e existencial – experimentado pelo menor, que já sofre pela desconstrução de seu núcleo familiar.

Por isso, invocando os princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana, temos que uma interpretação conforme a Constituição conduz-nos à firme conclusão de que o juiz não está adstrito cegamente à imposição do compartilhamento quando verificar provável dano à esfera existencial da criança ou do adolescente.”

Neste aspecto, insta salientar que quando se fala em melhor interesse da criança não se trata apenas de fatores saúde, segurança e educação, pois estes não são aferidos a partir das condições financeiras de cada um dos genitores. O que importa é a identificação do genitor que apresentará melhor aptidão, para cuidar demonstrando através da sua efetivação cotidiana e o real compromisso para realizá-los (LÔBO, 2011).

Noutro prisma, os renomados Farias e Rosenvald (2016, p. 693-694) manifestam entendimento no sentido de que o objetivo da guarda compartilhada é exatamente o fato de existir o litígio, uma vez que impor a guarda unilateral, faria com que o filho fosse utilizado como instrumento de vantagem e objeto de interesses, não dependendo, portanto, de um consenso entre os pais para viabilizar a guarda compartilhada.

Filiamo-nos à corrente defendida por estes últimos, por entendermos que as desavenças existentes entre o antigo casal não podem servir de causa para que um dos genitores, mesmo desejando manter a custódia conjunta, se veja obrigado a ter cerceado o direito ao convívio cotidiano com seus filhos.

Optar pela guarda unilateral nessas hipóteses não nos parece o caminho mais acertado, vez que a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente reclamam a imposição legal, de forma prioritária, daquilo que melhor atenderá aos interesses dos filhos, sob o aspectos afetivos, psíquicos, espirituais, materiais e, em nosso sentir, esse objetivo somente pode ser atingido, no âmbito das relações familiares, por meio do regime de guarda compartilhada, o único a oportunizar a convivência cotidiana com ambos os genitores, independente de partilharem de uma vida em comum.

## CONCLUSÃO

Na história da civilização humana, a criança e o adolescente estavam inseridos em um contexto em que a entidade familiar consistia em um plexo de relações voltado unicamente à procriação e aos fins econômicos.

As mudanças dos valores sociais e culturais da humanidade modificou substancialmente o antigo modelo familiar, notadamente a maneira de enxergar a situação dos filhos menores, por estarem na condição especial de pessoas em desenvolvimento.

Com o advento do Estado democrático de direito, calcado na ideia de proteção aos Direitos Humanos e no valor fundamental da dignidade da pessoa humana, a nova ordem constitucional brasileira, inaugurada com a Carta Magna de 1988, trouxe expressamente em seu artigo 227 a doutrina da proteção integral.

Em virtude de se encontrarem na condição especial de pessoas em desenvolvimento, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente assume especial relevância no âmbito das relações familiares. Em razão da imaturidade para gerirem os atos da própria vida, as crianças e adolescentes necessitam de tratamento absolutamente prioritário, o que consiste em amparo afetivo e material por parte de seus genitores.

Conforme já explicitado no presente estudo, o instituto da guarda compartilhada foi inserido em nosso ordenamento jurídico com a finalidade precípua de atender à doutrina da proteção integral e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por meio da introdução dessa modalidade de guarda, a qual deve ser adotada de forma prioritária, o legislador buscou aniquilar com os efeitos nocivos da guarda unilateral ao desenvolvimento da prole. Na guarda unilateral, modalidade em que apenas um dos genitores detém a guarda física dos filhos, ficando conferido ao outro apenas o direito de visitas, é comum verificarmos um indesejado distanciamento afetivo, social e psíquico com relação ao genitor não se encontra na companhia da prole.

Entendemos que o instituto da guarda compartilhada se constitui no melhor regime existente em nossa legislação, por representar a efetiva concretização da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A sua finalidade é a de alcançar o

equilíbrio nas relações existentes entre os pais e os filhos, garantindo o contato cotidiano entre eles, contribuindo para que ambos os genitores, em condições de igualdade, possam intervir nas decisões referentes aos seus filhos, com o objetivo de preservar-lhes o pleno desenvolvimento psíquico, afetivo, social e educacional.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Bahia: JusPodivum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406/02. **Institui o Código Civil de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em 20 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069/90. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em 20 de jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 25 de jul. 2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda Compartilhada e ausência de consentimento dos pais**. , REsp 1251000/MG, Ministra Nancy Andrigli, 3 Turma, Julgado em 23/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 28 de jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda**. 2008. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>. Acesso em: 15 de out. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 6, 8. ed. Bahia: JusPodvim, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família**. v.6, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Guarda Compartilhada**. Agravo de Instrumento N° 70018264713, Desembargador Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, 7 Câmara Cível, Julgado em 11/04/2007. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=820](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=820). Acesso em 28 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Guarda Compartilhada**. Agravo de Instrumento N° 70018888537, Desembargadora Maria Berenice Dias, 7 Câmara Cível, Julgado em 12/03/2007. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=820](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=820). Acesso em 30 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Guarda Compartilhada**. Agravo de Instrumento n° 70016420051, Desembargadora Maria Berenice Dias, 7 Câmara Cível, Julgado em 12/03/2007. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=820](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=820).

WELTER, Pedro Belmiro. **Guarda Compartilhada**: um jeito de conviver e ser-em-família. Guarda Compartilhada. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método; 2009; pg. 62.





## A PLURALIDADE DE FAMÍLIAS E O DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

### RESUMO

Este artigo versa sobre a pluralidade de famílias e sua relação com o direito brasileiro contemporâneo. A meta central do estudo é analisar como tem ocorrido a construção dos diferentes modelos de famílias e o reconhecimento da pluralidade familiar no seio do sistema jurídico do Brasil atual. Todavia, a legitimação jurídica da pluralidade familiar ainda se encontra em fase embrionária. Verifica-se diversas lacunas referentes à carência de regras normativas que regulamentem modelos familiares que já se encontram socialmente consolidados. Logo, há a necessidade e possibilidade de uma ampla evolução que deverá se pautar, especialmente, na utilização dos princípios, aos quais a Constituição Federal de 1988 atribuiu o *status* de normas.

Palavras-chave: Pluralidade familiar. Direito das Famílias. Direito Civil brasileiro. Constituição Federal de 1988.

### ABSTRACT

This article deals with the plurality of families and contemporary Brazilian law. The central goal of the study is to analyze how the construction of different family models has occurred and the recognition of family plurality within the current Brazilian legal system. However, the legal legitimacy of family plurality is still at an embryonic stage. There are several gaps regarding the lack of normative rules that regulate family models that are already socially consolidated. Therefore, there is a need and possibility for a broad evolution that should be based, especially, on the use of the principles, to which the Federal Constitution of 1988 attributed the status of norms. Keywords: Family plurality. Family Law. Brazilian Civil Law. Federal Constitution of 1988.

## 1. INTRODUÇÃO

As sociedades são dinâmicas e o Direito não pode ficar estático diante das transformações sociais. Seguindo essa lógica, a família, na condição de instituição cultural, social e histórica, também passou por grandes modificações, sendo que algumas já foram acompanhadas pela esfera jurídica. No bojo dessas transformações que atingiram a estruturação familiar, este artigo tem como objeto de estudo a pluralidade de modelos de famílias, a qual tem se concretizado no Brasil contemporâneo e já virou objeto de discussão do Direito Civil.

Esse trabalho justifica-se em razão de sua relevância pessoal, jurídica e social. No que concerne à relevância pessoal, eu trabalho com lides familiares e estou sempre em busca de teses e argumentos que levem ao entendimento das distintas necessidades de clientes que estão buscando constituir ou encerrar vínculos familiares diversos, sem abrir mão de sua dignidade e de seus direitos.

A relevância jurídica pode ser verificada nas dificuldades que têm norteado o reconhecimento e a legitimação da pluralidade familiar pelo Direito brasileiro. Apesar das diversas mudanças ocorridas na estruturação familiar atual e dos institutos e normas jurídicas que versam sobre o tema, ainda existe muitas polêmicas, lacunas, e várias formas de combate doutrinário, jurisprudencial, político e social referentes a esse tema.

Grande parte da sociedade brasileira ainda não atribui os mesmos direitos aos diferentes modelos de família. Até o momento, é possível constatar a predominância da ideia de que a família nuclear, formada por pai, mãe e filhos, envolta por características patriarcais, é o tipo familiar que merece ser respeitado e reconhecido. Trazer à tona a discussão sobre esse assunto, que ainda figura como tabu para muitos cidadãos brasileiros, oriundos mais diversos níveis sociais e intelectuais, este artigo propicia a reflexão e conseqüente possibilidade de avanço nos modos de conceber a diversidade familiar. Tratar do tema é uma forma de fazer com que uma parte da sociedade possa conviver melhor com a pluralidade cultural. É uma contribuição para combater a ignorância e o conseqüente preconceito ainda apresentado nos diversos meios sociais brasileiros.

A pesquisa que culminou neste artigo foi norteada pelo seguinte problema: como o Direito brasileiro atual tem acompanhado a estruturação

da pluralidade de modelos familiares? A análise da legislação constitucional e infraconstitucional voltada à família, desde o Código Civil de 2016 e das primeiras Constituições Federais republicanas, levou à seguinte hipótese: o Direito brasileiro tem procurado se moldar às alterações que a sociedade vem apresentando no que concerne à diversidade familiar, reconhecendo e estabelecendo para o Estado e para diferentes grupos sociais a tutela dos distintos tipos familiares, em especial a partir da Constituição de 1988, do Código Civil de 2002 e de outras leis esparsas que versam sobre a sua tutela. Todavia, a legitimação jurídica da pluralidade familiar ainda se encontra em fase embrionária. Verifica-se diversas lacunas referentes à carência de normas regras que regulem modelos familiares que já se encontram socialmente consolidados. Logo, há a necessidade e possibilidade de uma ampla evolução que deverá se pautar, especialmente, na utilização dos princípios, aos quais a Constituição Federal de 1988 atribuiu caráter normativo.

## 2. O DIREITO DAS FAMÍLIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento deixou de ser o único meio jurídico de constituição de uma família. A partir de então, diferentes estruturas familiares passaram a ter a proteção constitucional, por determinação da Lei Maior. O principal dispositivo positivado sobre a família na Carta Constitucional de 1988 foi o artigo 226.

Para a maioria da doutrina civilista, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família.

No entanto, nem todos concordam que a pluralidade familiar emergiu com o reconhecimento constitucional de diferentes modelos de família, a partir da CF/88. Izabela Yassue, por exemplo, entende que a constitucionalização das diferentes estruturas familiares foi importante, mas não correspondeu ao termo inicial da diversidade familiar no Brasil. Segundo ela,

O legislador constituinte de 1988 positivou aquilo que já era costume, aquilo que de fato já existia na sociedade, ampliando o conceito de família e protegendo, de forma igualitária, todos os seus membros.

Não foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que a mudança na concepção de família ocorreu. A Lei Maior apenas codificou valores já sedimentados, reconhecendo a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato.<sup>1</sup>

Diversas têm sido as formas de explicar as alterações na estrutura familiar e as polêmicas acerca do reconhecimento da pluralidade do conceito de famílias. Não obstante o entendimento favorável ou contrário à emergência do Direito das Famílias a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, é inegável que o reconhecimento constitucional da pluralidade de modelos familiares foi um marco de conceber a estrutura familiar. A constitucionalização do Direito das Famílias não fez com que toda a sociedade brasileira aceitasse esse a abrangência do conceito, que ainda é alvo de muitas polêmicas, inclusive nos cenários acadêmico e político, mas gerou a necessidade de se buscar argumentos para reconhecer ou negar a existência de distintos núcleos familiares, fato que leva à reflexão sobre o tema.

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 foi além dos dispositivos expressos sobre as famílias. Seu texto tem forte conotação principiológica. Alguns de seus princípios estão voltados à regulamentação e tutela das estruturas familiares. Diversos doutrinadores afirmam que o Direito de Família foi o ramo jurídico mais afetado pela base principiológica da Lei Maior de 1988. O princípio norteador do Estado Democrático de Direito, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, CF/88, serve também como fundamento principal à tutela jurídica sobre as famílias brasileiras.

O princípio da dignidade da pessoa humana orientou também a redação do art. 227 e seguintes da Constituição Federal vigente. No art. 227, como pode ser verificado no dispositivo transcrito anteriormente, *in verbis*, ficaram estabelecidas as formas de proteção sobre diferentes componentes das estruturas familiares. Desse modo, trata da proteção às crianças, aos adolescentes, aos jovens, aos pais financeiramente necessitados ou enfermos, e aos idosos em geral. Reforça o entendimento

---

1 YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>. Acesso em 15 de julho de 2017.

de que o núcleo familiar legítimo não é apenas aquele formado por pais e filhos, mas que as famílias podem ser compostas por outros membros, cada membro com necessidades diferentes, sendo que a tutela do Estado deve abranger as peculiaridades de cada um.

Além do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios que passaram a fundamentar as famílias atuais foram o da liberdade e o da igualdade e, especialmente o afeto, que fora alçado por alguns civilistas à condição de princípio norteador da estruturação familiar.

Além do Código Civil em vigor, outras legislações têm apresentado textos que se coadunam com as mudanças na estrutura familiar e com a proteção do Estado sobre as famílias e sobre seus membros, especialmente sobre aqueles que apresentam maior vulnerabilidade. Destas, pode-se destacar a Lei nº 8.560/92, a Lei de Investigação de Paternidade -, que foi alterada pela Lei nº 12.004/09 e pela Lei nº 12.010/09; a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, que já sofreu relevante alteração pela Lei nº 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção; Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso; Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha; Lei nº 12.318/10 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, não esquecendo a importância de uma Lei anterior ao atual sistema jurídico, a Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio -, que sofreu derrogação com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, permanecendo apenas uma pequena parte de seu texto em vigor, mais especificamente, alguns dispositivos de natureza processual. Mais recentemente, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas alterações para o Direito de Família, ou Direito das Famílias, conforme o entendimento que vige neste artigo. Embora ainda tenha apresentado um viés conservador, como no caso da posituação do polêmico instituto da separação, o legislador do CPC vigente trouxe um olhar humanizado para as questões familiares, destacando-se o fato de trazido em sua composição um capítulo dedicado exclusivamente ao Direito de Família, no qual buscou instituir uma proteção mais ampla e efetiva aos membros hipossuficientes das famílias, bem como reforçou a possibilidade de construção e de dissolução de diferentes estruturas familiares, atribuindo grande importância às práticas de auto composição na dissolução familiar, buscando evitar ao máximo os litígios e os problemas jurídicos dele decorrentes ao término das relações afetivas.

### 3. OS PRINCIPAIS MODELOS DE FAMÍLIA EXISTENTES NO BRASIL ATUAL

A família dita tradicional se consolidou no imaginário social não apenas como o modelo aceitável na esfera religiosa, mas também como o tipo familiar que conduziria as pessoas à felicidade. Esse entendimento sedimentado culturalmente contribui até os dias atuais para dificultar a aceitação de outros desenhos familiares. Todavia, na prática, o ideal da felicidade oriunda exclusivamente da família denominada matrimonial pode revelar mera utopia. Maria Helena Diniz mostra alguns exemplos de elementos atribuídos a esse tipo de família que muitas vezes inexistem. 1) A procriação é demonstrada como finalidade essencial do matrimônio. No entanto, diversos casais não conseguem ter filhos biológicos, fato que deveria ser encarado com normalidade, sem afetar os laços conjugais, mas devido à ideia que se criou em torno daquele vínculo familiar, gera diversas frustrações, chegando a contribuir, por vezes, com o desenlace matrimonial; 2) presume-se também que as relações sexuais entre parceiros de diferentes gêneros precisa necessariamente ser legalizada, não bastando que o convívio entre os companheiros envolva a necessária cumplicidade e seja satisfatório; 3) o auxílio mútuo entre os cônjuges não deve ser mera decorrência da cumplicidade entre ambos, mas necessita satisfazer deveres e interesses patrimoniais; 4) a exigência da filiação para compor esse tipo de estrutura familiar é difundida de forma idealizada, sem preocupação em esclarecer os cônjuges sobre o dever de cuidar e educar a prole, assegurando-lhe a assistência necessária para uma vida digna. Esses fatores, dentre outros, vistos numa perspectiva distinta da realidade patriarcal, têm constituído um grande desafio para a manutenção da família tradicional no Brasil atual.

A família constituída pela união estável, sem a necessidade de formalização do vínculo familiar, é uma das modalidades reconhecidas e tuteladas expressamente pela Lei Maior de 1988, em seu art. 226, § 3º, e pelo Código Civil vigente, em seu art. 1.723. Essas posituações normativas denotam que não deve existir mais hierarquia entre a família oriunda da união estável e aquela constituída pelo casamento civil. *A priori*, a legitimação das relações resultantes da união estável abarcou apenas casais de gêneros diferentes. Alguns civilistas entendiam que a

relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo configurava apenas uma forma de união de fato, não fazendo *jus* à mesma proteção estatal. Esse posicionamento foi alterado pelo julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental, ADPF nº 132, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à igualdade no tratamento jurídico oferecido a casais heterossexuais e homossexuais, tornando a dinâmica do direito mais próxima dos acontecimentos sociais.

A família assentada na união estável é, provavelmente, a forma mais antiga de estruturação familiar, embora não fosse assim denominada nem tenha sido reconhecida e valorada nas variadas sociedades e épocas.

O Brasil atual reconheceu a legitimidade jurídica desse tipo de relação conjugal. Como afirma Dias, “com a evolução dos costumes, as relações extramatrimoniais acabaram merecendo aquiescência da sociedade, levando a Constituição a dar outros contornos à concepção de família.<sup>2</sup> Pereira afirma que “entende-se por união livre [estável] aquela que não se prende às formalidades exigidas pelo Estado, uniões não oficializadas e com durabilidade”.<sup>3</sup> Todavia, ele alerta para a dificuldade que ainda existe na delimitação dos direitos cabíveis às famílias que são constituídas dentro de maior liberalidade, especialmente no que concerne à prática da tutela jurídica. Em suas palavras, “[...] não é nada fácil, hoje em dia, conceituar família, que há muito deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução e passou a ser um espaço de afeto e amor”. Seu intuito não é discordar dos novos desenhos familiares que têm se constituído no Brasil atual, mas refletir sobre as dificuldades práticas que o Judiciário passou a enfrentar para proteger e assegurar adequadamente os direitos cabíveis aos membros das famílias plurais, que já não têm suas formações regidas por critérios estatais puramente objetivos.

Ao longo do tempo, a monoparentalidade foi associada ao fracasso da relação conjugal. Via de regra, as pessoas que assumiam essa configuração familiar eram marginalizadas. Hoje, porém, a constituição da família monoparental tem sido concebida por um número relevante de pessoas como reflexo da liberdade de escolha dos indivíduos. A Carta Magna de 1988, em seu artigo 226, § 4º, reconheceu a monoparentalidade como uma espécie legítima de entidade familiar. Cabe ressaltar que

2 DIAS, Maria Berenice. 2012, *Op. Cit.*, p. 156.

3 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2003, *Op. Cit.*, p. 258.

com a diminuição da caracterização patriarcal da sociedade brasileira, a figura feminina passou a predominar na formação desse tipo familiar.

A família anaparental já apresenta características bem distintas das anteriores, uma vez que sua base é a existência da afetividade, não carecendo de nenhum dos genitores em sua formação. Nesse sentido, há que se entender que “não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora de proteção jurídica”.

Como exemplos desse modelo de família podem ser citados os casos de irmãos que ficam órfãos e um deles, já maior de idade, resolve cuidar dos demais, mantendo a unidade familiar; de irmãos adultos que permanecem solteiros e continuam vivendo juntos; de amigas ou amigos que decidem conviver e compartilhar suas vidas, tendo como base os laços afetivos, sem envolvimento de relações sexuais.

Este artigo defende o reconhecimento e a tutela jurídica da família anaparental com fundamento no entendimento de que o rol de entidades positivado no art. 226 da Constituição Federal de 1988 é meramente exemplificativo e não taxativo.

Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça reforça que com a valorização constitucional da filiação por adoção, positivada no art. 227, § 6º, pode-se concluir que foi reafirmado o reconhecimento do parentesco desvinculado da genética, concepção que pode ser estendida a outros vínculos de parentesco que independam diretamente de vinculação biológica, como ocorre em algumas estruturas familiares anaparentais.

Não obstante essa situação, é a união homoafetiva que ainda se apresenta como recordista de críticas negativas e de polêmicas no Brasil de hoje, bem como em outros Estados contemporâneos cujas sociedades negam a inserção dos vínculos afetivos homossexuais na esfera familiar

Além dos princípios já suscitados neste artigo, outros valores como tolerância, direitos humanos, paz e democracia deveriam legitimar e promover a aceitação social e o reconhecimento jurídico das famílias homoafetivas. Todavia, essa ainda não é uma realidade predominante.

Diante da inexistência de um processo de conscientização capaz de assegurar o devido respeito aos vínculos familiares entre casais homossexuais no Brasil, fez-se necessária a intervenção do Supremo Tribunal



Federal por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, que estendeu a noção de união estável, com os direitos e deveres que lhes são inerentes, aos companheiros que vivem relações homoafetivas. Não obstante o entendimento da Corte, muitos juristas e grande parte da população brasileira ainda se recusam a aceitar esse modelo familiar.

Por fim, têm sido crescentes as uniões paralelas ou simultâneas. Na ótica da maioria das pessoas essa ainda é considerada a forma mais anti-ética de viver em família, já que um cônjuge, ou ambos, compõe(m) mais de um núcleo familiar concomitantemente. No entanto, mesmo mantendo mais de uma relação afetiva simultaneamente, o(s) indivíduo(s) lança mão dos critérios necessários à constituição familiar, como afeto e convivência.

Alguns doutrinadores têm entendido que o Direito não deve validar essa situação que, para eles, denota a decadência do sistema jurídico e moral. Por outro lado, vários civilistas têm defendido a necessidade de reconhecimento jurídico e proteção do Estado para os membros das famílias paralelas. A busca pela regulamentação desse modelo familiar faz sentido, pois têm sido cada vez mais recorrentes os litígios concernentes à partilha de bens e à sucessão quando, por exemplo, um cônjuge que possuía duas famílias e, conseqüentemente, diferentes esposas e filhos com ambas, vem a óbito. A ausência da regulação civil para orientar os operadores do Direito nessa situação promove grandes dificuldades. Se as famílias paralelas existem, o ordenamento jurídico deve oferecer respostas aos problemas delas decorrentes.

É importante ressaltar que aqui foram abordadas apenas algumas estruturas familiares que estão se consolidando na sociedade brasileira atual e dependem do reconhecimento e da regulamentação jurídica, não podendo ter suas existências ignoradas. Mas o rol então apresentado não é taxativo, é meramente exemplificativo.

#### 4. CONCLUSÃO

Este artigo buscou traçar uma breve trajetória da instituição familiar, seguindo as mudanças sociais e jurídicas que culminaram na legitimação e tutela estatal da pluralidade familiar, especialmente a partir

do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Verificou-se que a diversidade de estruturas familiares foi positivada na referida Carta Magna, a qual admitiu a existência de diferentes formas de construção das famílias, não se restringindo apenas ao casamento civil, como se concebia outrora. A CF/88 também estabeleceu meios de proteger as entidades familiares então constitucionalizadas. Seguindo a lógica da referida Carta Constitucional, na legislação civil de natureza infraconstitucional, a saber, o Código Civil de 2002 e outras leis cíveis esparsas, também ocorreu a positivação de normas voltadas à tutela de variados modelos de famílias existentes no Brasil atual.

Todavia, não obstante o avanço no sistema jurídico que possibilitou a emergência de um Direito das Famílias, algumas estruturas familiares existentes na prática ainda não foram contempladas expressamente pela legislação brasileira. Diante dessa lacuna, vários doutrinadores e operadores do Direito passaram a defender a utilização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da afetividade, da pluralidade, além de outros valores normativos, reconhecidos em nível constitucional e infraconstitucional, para atribuir juridicidade às famílias que ainda não foram expressamente regulamentadas pelo manto do Direito. Há o entendimento de que não adianta ignorar as entidades familiares que existem na prática, as quais, dispondo ou não da aprovação da sociedade e dos juristas, necessitam de amparo legal, uma vez que podem gerar lides que buscarão soluções no âmbito do Judiciário, situação que será muito mais complexa se não houver regulação jurídica para os problemas que comumente decorrem dos modelos familiares ainda não regidos oficialmente pelo Direito. É importante ressaltar que não pode haver recusa na esfera judicial aos litígios que lhes sejam apresentados, pois, conforme o art. 5º, XXXV, da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>4</sup>.

Assim, é possível concluir que já houve um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, que possibilitou sair da noção de um Direito de Família e chegar ao conceito efetivo de Direito das Famílias, mas a seara judicial ainda tem muito a evoluir, sem preconceitos, entendendo que toda a diversidade familiar que tem se formado ou se alterado gera diversas consequências jurídicas. As mudanças nas estruturas familiares

---

4 Constituição Federal de 1988.

não dizem respeito apenas ao âmbito das relações privadas, mas afetam diretamente a coletividade, sendo, portanto, uma questão de ordem pública, que não pode ser ignorada, mas deve amplamente normatizada. Há aqui o entendimento de que o Direito Civil brasileiro ainda carece de grande adequação às constantes mudanças ocorridas no Direito das Famílias nesse momento mais recente da história brasileira.

Diante dos desentendimentos e desencontros concernentes à concepção da estruturação familiar, este texto pugna pelo entendimento de que a pluralidade das famílias é uma realidade no Brasil atual e os diversos modelos familiares devem ser juridicamente tutelados, mesmo quando a legislação não regulamenta de forma expressa determinado tipo de família. Quando houver esse silêncio legislativo nas normas regras, deve-se fazer uso de normas principiológicas para salvaguardar aquelas entidades familiares cuja regulação ainda não foi positivada. É o caso de utilizar princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da afetividade, da pluralidade das entidades familiares, do planejamento familiar, dentre outros. Este artigo sustenta esse posicionamento porque entende que o rol de famílias reconhecido expressamente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e em outras legislações civis esparsas não é dotado de taxatividade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

BRASIL, **Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

BRASIL, **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

BRASIL, **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>> .Acessado em 16 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

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/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em 16 de julho de 2017.

DELGADO, Mário Luiz. **A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988**: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18226>>. Acessado em 16 de julho de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Famílias: entre o Público e o Privado**. Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática. In: Revista de Direito das Famílias e Sucessões. v. 23 Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NASCIMENTO, José Moacyr Doreto; CARDOZO, Gustavo Gonçalves. **A Emenda do divórcio: singelas reflexões**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>>. Acessado em 10 de julho de 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O direito de família e o novo código civil: principais alterações**. Disponível em: <[https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Sergio\\_Gischkow\\_Pereira/direito.pdf](https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Sergio_Gischkow_Pereira/direito.pdf)>. Acessado em 10 de julho de 2017.

RENDWANSKI, Marina Rodrigues. **O conceito jurídico de família a partir da pluralidade de figuras existentes no ordenamento brasileiro atual**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Método, 2010.

STOLZE, Pablo. **O novo CPC e o Direito de Família**: primeiras impressões. JusNavi-  
gandi, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/952647-pablo-stolze-publicacoes>>.  
Acessado em 16 de julho de 2017.

YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>. Acesso em 15 de julho de 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. – São Paulo: Atlas, 2010.



## TRANSEXUALIDADE: A ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL

### RESUMO

O fenômeno da transexualidade define uma dissonância permanente entre o sexo psicossocial e o anatômico de um indivíduo. Felizmente, os avanços da medicina já provaram que o problema vivenciado pelo transexual pode ser solucionado através do processo transexualizador, já disponibilizado na rede pública brasileira. Ressalte-se que, embora não exista previsão legal expressa amparando a realização da redesignação sexual, havendo normas jurídicas que, aparentemente, obstem a realização da referida intervenção cirúrgica, a permissão da mudança de sexo do transexual deve ser analisada à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O conteúdo deste princípio orienta a doutrina e jurisprudência nacionais no sentido de permitir a retificação do registro civil com alteração do prenome e do sexo do transexual, a fim de este(a) concretize sua integração social com a preservação de sua verdadeira identidade sexual.

Palavras-chave: Transexualidade; Alteração do registro civil.

### ABSTRACT

The transexuality is a phenomenon that defines the differences between the psychosocial and the anatomical gender of an individual. Fortunately, the breakthroughs in science and medicine already proved that the problems experience by the transexual can be salved through the transexualizing process, that is already made available on Brazilian net. It is highlighted that, however there is a vacuum on our legal code, not having explicit mentions allowing the sexual re-designation, and there are legal devices that, apparently, and opposes the referred surgical intervention, the permission to change transexual's gender should be analyzed though the Principle of Dignity. The substance of that principle orients the doctrine and the national jurisprudence how to enable the correction on the ID, alter the first name and the gender of the transexual, concretizing his/her social integration with the preservation of his/her sexual identity.

Key words: Transexuality; civil registration alteration.

Analista do Ministério Público de Sergipe. Possui pós-graduação *lato sensu* em Direito e Processo Civil pela Faculdade Guanambi em 19/02/2015.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual esta pesquisa se debruçará consiste na alteração do nome e gênero do transexual, no registro civil, independentemente de haver a redesignação sexual.

Nesse ínterim, tem-se que o propósito do presente trabalho é conceituar o fenômeno da transexualidade, pontuando as diferenças entre ele e as diversas manifestações sexuais humanas; registrar a importância do processo de transgenitalização como parte de um tratamento cuja regulamentação está prevista em Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ato contínuo buscar-se-á contextualizar a temática com as previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro, bem assim com as normas constitucionais e os Princípios da Dignidade de Pessoa Humana e da Personalidade, demonstrando, ademais, a contribuição doutrinária e, por fim, o posicionamento da jurisprudência nacional acerca da matéria.

Desta feita, sabendo que a ciência do Direito tem sua busca maior pautada na harmonia e paz social, dirimindo as lides ocasionadas pela convivência em comunidade, revela-se necessário o devido esclarecimento a respeito do tema posto em análise, de sorte a contribuir para que o Direito acompanhe a realidade do ser transexual, seja através de prévia normatização, seja mediante outros instrumentos jurídicos orientadores das demandas da vida real não amparadas pela lei, mas, que, todavia, não podem ser excluídas de apreciação e chancela jurídica.

## 2. TRANSEXUALIDADE: CONCEITUAÇÃO E REDESIGNAÇÃO

A pessoa que se apresenta como transexual é aquela que se sente psicologicamente com sexo oposto ao seu tipo genital; são sujeitos, os quais possuem comportamento social e psicológico diverso ao sexo apresentado biologicamente, configurando uma disfunção de gênero, levando o transexual a reprovar seus órgãos externos, com forte tendência à autorrejeição podendo ocasionar até o suicídio.

O Conselho Federal de Medicina define o fenômeno do transexualismo como sendo “[...] desvio psicológico permanente de identidade



sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio”<sup>1</sup>.

A Organização Mundial de Saúde (CID-10)<sup>2</sup> entende que o transexual sofre de transtorno de identidade sexual, e define este sujeito da seguinte forma:

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”. CID-10 *apud* Choeri<sup>3</sup>.

Nesse contexto, importa esclarecer que existem manifestações sexuais, bem assim diferenciá-las, demonstrando que não é somente o transexual que apresenta a divergência dentro da identidade sexual, causada pela ausência de conformidade entre o fator de ordem biológica e o de ordem psicológica.

Sérgio de Almeida leciona que, embora para o leigo não exista diferença entre o transexual, o travesti e o homossexual, jamais pode haver a confusão do significado da primeira com as duas últimas modalidades, tendo em vista as distinções entre tais formas de identidade sexual, as quais possuem fronteiras entre si. Ele vai além, ressaltando a extrema importância da diferenciação no diagnóstico de cada manifestação, especialmente quando o foco é o transexual, de forma que somente o verdadeiro transexual é que almeja a operação que o redesignará sexualmente, enquanto que, nem o travesti nem o homossexual busca a referida cirurgia<sup>4</sup>.

- 
- 1 BRASIL. Resolução CFM nº. 1.955, de 03 set. 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº. 1.652/2002. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm)> Acesso em 24 out. 2017.
  - 2 Organização Mundial de Saúde. Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados à Saúde.
  - 3 CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 94.
  - 4 ALMEIDA, Sérgio. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Aírton Saavedra. *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009, p. 50.

Segundo entende Joildo Souza dos Humildes <sup>5</sup>, o transexual difere do homossexual porque este último se interessa sexualmente, por pessoa de sexo idêntico ao seu, não sofrendo de desequilíbrio entre o ser psíquico e o anatômico, gosta e utiliza sua genitália; enquanto que o transexual tem a convicção em pertencente ao sexo oposto ao seu anatômico. Completa afirmando que o travesti se assemelha ao homossexual, uma vez que sentem desejo sexual por pessoa de sexo igual ao seu, não possuem aversão a sua genitália, comportando-se ora como homem ora como mulher.

No tocante ao ser intersexual, Raul Choeri o chama de hermafrodita, com base em literatura especializada, estabelecendo dois tipos, o hermafrodita verdadeiro – o qual apresenta glândulas genitais dos dois sexos, separadas ou unidas – e o pseudo-hermafrodita, que possui gônada monossexual em contraste com a bissexualidade dos outros caracteres sexuais, especialmente da genitália externa<sup>6</sup>.

Este autor refere-se ao homossexual como sendo “(...) o indivíduo que se sente atraído sexualmente por pessoa do mesmo sexo, mas não tem, psicologicamente, a intenção ou desejo de mudar sua anatomia para o sexo oposto” <sup>7</sup>.

Por fim, em se tratando do bissexual, este “[...] é o indivíduo que se caracteriza pela alternância da preferência sexual, ora relacionando-se com pessoa do sexo idêntico ao seu, ora com pessoa do sexo oposto” <sup>8</sup>. Não configura qualquer tipo de transtorno de identidade sexual, sendo, pois, uma forma de orientação sexual, como a homossexualidade e a heterossexualidade <sup>9</sup>.

No que toca a cirurgia de redesignação sexual, impende salientar que a operação de retirada do sexo anatômico adaptando-o ao psicológico possui caráter terapêutico, sendo ilegítima a exclusiva natureza de satisfação estética para os pacientes transexuais. Isto fica evidenciado quando Raul Choeri afirma que a Medicina entende ser a alteração cirúrgica de sexo, a única forma de solucionar a incongruência entre os sexos psicoss-

5 Graduado em História (USCAL – Bahia); especialização docência do ensino superior (ABEC – VISCONDE de Cairu); Graduando em Direito – 3º ano (INIFACS – Bahia).

6 CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89.

7 Idem, p. 90.

8 Idem, p. 93.

9 Idem, p. 93.

social e o biológico que afeta os indivíduos transexuais<sup>10</sup>. Continuando o raciocínio, este autor fundamenta a correção cirúrgica como uma terapia ao encará-la como maneira de tutelar a vida do paciente em seu aspecto psicofísico prejudicado por transtorno psíquico incurável<sup>11</sup>.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.955/2010, regulamenta o referido procedimento e segue idêntica compreensão acerca da redesignação sexual, apontando-a expressamente como terapia ao afirmar que:

[...] a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o *propósito terapêutico* específico de adequar a genitália ao sexo psíquico; [...] <sup>12</sup>. (grifo nosso).

É importante destacar que os sentimentos no transexual como, o desejo de viver, ser aceito e se parecer fisicamente, de acordo com o sexo oposto, são muito fortes podendo gerar, inclusive, tendência à automutilação e até ao suicídio quando estes indivíduos encontram dificuldades não alcançando o sonho de realizarem-se pessoalmente, através da correção da genitália.

Registre-se, nesse toar, ser possível vislumbrar dois grandes avanços: o primeiro deles é que a transexualidade, assim como a cirurgia de mudança de sexo, são fatos enfrentados pela medicina de forma que esta estabelece os limites e os critérios para a redesignação sexual, e mais importante, autoriza a realização deste procedimento. Isto é feito na Resolução n. 1.955/10 do CFM. O outro consiste no fato de que desde 2008, o Sistema Único de Saúde – SUS oferece cirurgias e procedimentos ambulatoriais para pacientes que precisam fazer a mudança de sexo, tanto de homem para mulher (neocolpovulvoplastia) quanto de mulher para homem (neofaloplastia)<sup>13</sup>.

10 CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade sexual e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118.

11 Idem, p. 119.

12 BRASIL. Resolução CFM nº. 1.955, de 03 set. 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº. 1.652/2002. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm)> Acesso em 24 out. 2017.

13 Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador>> Acesso em 25 out. 2017.

Ocorre que, embora os anseios dos transexuais já estejam protegidos pela medicina é lamentável o atraso da ciência jurídica no que diz respeito a este assunto, haja vista a ausência de lei que permita ou proíba a transgenitalização, motivo pelo qual revela-se a necessidade de analisar a problemática face à legislação brasileira, princípios e normas de envergadura constitucional, bem assim, considerando a grandiosa produção doutrina e jurisprudencial.

### **3. UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O PROCESSO TRANSEXUALIZADOR E SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME E GÊNERO DO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL.**

#### **3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

De saída, insta consignar que a temática possui estreita relação do o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cuja conceituação foi realizada por Alexandre de Moraes nos seguintes termos:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>14</sup>.

Afora o fato de constituir uma valoração plena e natural a todos os seres humanos, sendo irrenunciável e inalienável, a dignidade da pessoa humana é prevista na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, III.

Daí conclui-se que além deste preceito representar a pessoa humana em sua dimensão máxima, ele é recepcionado pelo Estado como instru-

---

14 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 128.

mento para proteger seus cidadãos (já que o Estado existe por causa dos seres humanos), norteando todo ordenamento jurídico pátrio, servindo, pois, de núcleo para qualquer outro direito que se projete a partir de seu significado, e para qualquer sujeito.

A dignidade para o transexual é poder usar da sua liberdade e autonomia para expressar sua vontade ou não em realizar a alteração de sua genitália mediante o procedimento cirúrgico, obtendo o devido respeito por parte de qualquer pessoa, e também do Estado no que se refere à sua escolha.

Este é o entendimento do filósofo Kant, cuja conceituação de dignidade foi recepcionada por Roberto Dias ao explicar que a dignidade se encontra estreitamente ligada à ideia de respeito e autonomia, de sorte que as pessoas sejam consideradas como sujeitos titulares de direito, autônomas e merecedoras de respeito<sup>15</sup>.

Conforme Luiz Edson Fachin citado por Ana Paula Peres, o direito à orientação sexual como caráter de direito personalíssimo está amparado constitucionalmente. Isto porque o art. 5º, caput da CF prevê o direito à liberdade e à igualdade sem distinção de qualquer natureza, sendo este sentido completado pela garantia de inviolabilidade da vida privada e da intimidade prevista no inciso X do mesmo dispositivo constitucional. Segundo Fachin, o berço legal para a estruturação do direito à orientação sexual consiste na reunião das normas acima declinadas. E, apesar de a Lei Maior não ter previsto expressamente este direito, ele é captado a partir da dignidade da pessoa humana e também da interpretação sistemática das regras citadas<sup>16</sup>. Desta feita, Ana Paula Peres conclui que “[...], tem o indivíduo o direito personalíssimo constitucional à orientação sexual, mas não se trata de uma simples direito, mas de um direito fundamental”<sup>17</sup>.

Isto posto, depreende-se que o transexual possui o direito à sua identidade sexual, garantido constitucionalmente, seja através do seu direito à personalidade, seja por meio da dignidade da pessoa humana, já que o primeiro está inserido no último princípio.

15 DIAS, Roberto. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; PONTES FILHO, Valmir. *Direito fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 100.

16 PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 145.

17 Idem, p. 145.

É importante fazer ressalva acerca do direito à liberdade, pois é através deste que fica garantido ao indivíduo agir com autonomia, dispondo da própria vida, do seu corpo, da sua saúde, enfim, praticando sua liberdade em escolher o que entende ser melhor pra si, o que lhe traz prazer em viver.

É nesse sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana faz toda diferença na presente análise, uma vez que ele possui força constitucional necessária para justificar o direito dos transexuais em realizarem a redesignação sexual. Ora, este preceito que orienta todo ordenamento jurídico pátrio tem o fim de valorar, em dimensão máxima, o ser humano, garantindo a cada uma em particular, o poder de se afirmar, se manifestar para si mesmo e diante de terceiros da maneira que lhe traga satisfação pessoal e social, não podendo sofrer restrições ao exercer a vida digna, desde que não prejudique direito alheio.

### 3.2 Um vácuo legislativo sobre a redesignação.

Uma rápida remissão à letra do art. 13 do Código Civil de 2002 faz parecer que tal norma se trata de obstáculo à realização do procedimento cirúrgico destinado a alterar o sexo anatômico do transexual. Vejamos: “**Art. 13:** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”<sup>18</sup>.

Roxana Borges é, sem deixar dúvidas, contra o fato de que os “bons costumes” constituam motivo de restrição de direitos, e questiona qual seria o significado de bom costume dentro da sociedade brasileira. Ela vai além:

É preciso dar uma interpretação ao art. 13 de forma que os transexuais não sejam ainda mais marginalizados do que já são. É preciso admitir que a intervenção médica a que o transexual se submete não importa diminuição permanente da sua integridade física, como o Código Civil anuncia, mas, ao contrário, é ela necessária à adequação físico-psíquica daquela pessoa. Tal intervenção,

---

18 BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 28 out. 2017.

em vez de importar ‘diminuição permanente de sua integridade física’, permitirá àquela pessoa o pleno desenvolvimento de sua personalidade [...]”<sup>19</sup>.

Silvio Rodrigues também apregoa que, a despeito do art. 13 do CC/02, a redesignação sexual não implica em permanente diminuição da integridade física, assim como, não viola os bons costumes <sup>20</sup>.

Razoável é reportar-se para a lição de Maria Helena Diniz, cujo pensamento está em consonância com o que foi declinado:

Só por exigência médica será possível a supressão de parte do corpo humano para preservação da vida ou da saúde do paciente. Reforça tal ideia o Enunciado n. 6, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), que assim dispõe: ‘A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente’. E o Conselho da Justiça Federal no Enunciado n. 276 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil) esclarece: ‘O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil <sup>21</sup>.

Ora, a própria justiça já anunciou uma nova perspectiva de leitura para o art. 13 do CC/02, fato este que, apoiado na doutrina, não pode ser objeto de controvérsias, ao contrário, deve ser encarado como uma certeza e garantia da realização da intervenção médica para mudar o sexo do transexual, adequando seu estado físico ao psicológico.

Outra regra levada em consideração em sede desta tese é o art. 129 do Código Penal<sup>22</sup>, o qual dispõe sobre a punição a quem causa ofensa à

19 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190.

20 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

21 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

22 BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 dez 1940. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 28 out. 2017.

integridade física ou saúde alheia, havendo variação da pena para a correspondente natureza da lesão gerada.

A respeito desta ponderação, Silvio Rodrigues faz ilustração com um episódio polêmico:

Caso muito rumoroso, que se circunscreveu à órbita criminal, ocorreu na cidade de São Paulo, onde famoso cirurgião operou e tratou de transexual, transformando-o praticamente em pessoa de outro sexo. Realmente, após extirpar seus órgãos masculinos, o cirurgião, com uma excepcional habilidade, dotou-o de um corpo feminino, com seios e vagina, enfim, com o gesto e desenvoltura de uma mulher. Usei o advérbio praticamente porque, como não podia deixar de ser, não se constituíram os órgão internos, como por exemplo, o útero. Verdade, entretanto, é que o Ministério Público, ao ter ciência do fato, denunciou o sábio cirurgião por crime de lesão corporal de natureza grave, logrando obter, em primeira instância, sua condenação e a pena de detenção de dois anos, beneficiando o réu com o sursis por se tratar de primário. Felizmente o Tribunal de Apelação deu provimento ao recurso e entre as razões de decidir houve o reconhecimento de que a vítima apresentava uma personalidade feminina, pensava como mulher, agia como mulher e ao depor no processo revelou-se extremamente feliz com o resultado do tratamento que lhe havia devolvido seu verdadeiro sexo”<sup>23</sup>.

Este autor continua sua reflexão e sugere a possibilidade de que o caso em tela tenha dado origem ao Projeto de Lei n. 1.909-A, de 1979, aprovado pela Câmara, com o objetivo de acrescentar um parágrafo 9º ao art. 129 do Código Penal, no sentido de não configurar punível a ablação de órgão e partes do corpo humano, uma vez avaliada a necessidade em parecer unânime de junta médica e precedida de anuência expressa do paciente maior e capaz. Todavia, a referida determinação sofreu o veto da Presidência da República<sup>24</sup>.

---

23 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69.

24 Idem, p. 70.



Atualizando a matéria, é bom registrar que existe um Projeto de Lei n. 70-B, de 1995, cujo autor é o Deputado Federal José Coimbra<sup>25</sup>, em tramitação no Congresso Federal, cuja intenção, especialmente, é promover a alteração do Código penal em seu art. 129, afastando a cirurgia que ajusta o sexo do transexual das hipóteses de crime de lesão corporal, conforme delinea Roxana Borges<sup>26</sup>.

### 3.3 Direitos da Personalidade – proteção ao nome

Os Direitos da Personalidade constituem-se como sendo aqueles relacionados à pessoa humana garantindo um pleno desenvolvimento das potencialidades do homem, em seus diversos aspectos.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam os direitos da personalidade “[...] como aqueles que têm por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si em suas projeções sociais”. Os autores complementam tal ideia ao afirmar que os direitos em alusão devem ser tratados dentro de uma ordem extrapatrimonial do ser humano, na qual se protege valores os quais não podem ser reduzidos a pecúnia<sup>27</sup>.

Em igual sentido se pronunciam Silvio Venosa<sup>28</sup> e Silvio Rodrigues<sup>29</sup> ao compreenderem que os direitos da personalidade se encontram fora da órbita patrimonial, sendo desprovidos de caráter econômico direto e imediato.

Importante, outrossim, é a contribuição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, segundo os quais os direitos da personalidade devem estar consubstanciados na esfera civil-constitucional, tendo em vista os valores proclamados da Lei Maior – como a dignidade da pessoa humana, cidadania, igualdade e liberdade – que proporcionam nova percepção aos direitos da personalidade, focando a pessoa humana como núcleo do ordenamento jurídico pátrio. Em suma, estes doutrinadores construíram um entendimento de que existe uma estreita relação entre

25 BRASIL. **Projeto de lei nº 70**, de 22 fev. 1995. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em 28 out. 2017.

26 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

27 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 196.

28 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 169.

29 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, pois, se configuram como garantias a preservação da dignidade do homem em sua plenitude <sup>30</sup>.

Se por um lado a concepção da proteção ao nome civil como sendo um dos direitos da personalidade é notória em sede doutrinária, constituindo, inclusive a teoria expressa no Código Civil em seu art. 11, conforme elucidado por Stolze e Pamplona <sup>31</sup>, por outra via, tem-se que o direito de alteração do nome do transexual não está protegido em lei, embora esteja incluído no campo dos direitos da personalidade, como será demonstrado adiante.

Alguns autores tecem comentários relacionados à restrita previsão legal dos direitos da personalidade, seja na Constituição ou no Código Civil, considerando a vastidão e importância dos interesses englobados nesta categoria de direitos subjetivos.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz assevera:

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas legais<sup>32</sup>.

Gonçalves cita as palavras de Miguel Reale, o coordenador do Projeto do estatuto civil de 2002, segundo o qual foi preferível abordar os direitos da personalidade no Código Civil de 2002 mediante poucas regras baseadas no rigor e na clareza, tendo em vista a complexidade de tais direitos, assim como a essencialidade dos seus significados, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência o desen-

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 177.

31 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170.

32 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

volvimento natural dos próprios direitos da personalidade e seus objetivos <sup>33</sup>.

Desta feita, estando a matéria prevista de forma meramente exemplificativa, tanto no CC/02, no Capítulo II do Livro I, Título I da sua Parte Geral, como na CF/88 em seu art. 5º, e, além disso, ter a doutrina e jurisprudência a incumbência de preparar o terreno para que o tema floresça e renda frutos, não é surpresa que a alteração do nome do transexual seja rotulada como um direito da personalidade, recebendo amparo em nosso ordenamento jurídico.

Diante do contexto, é preciso considerar que na contramão de tão evoluído entendimento – que protege a alteração do nome em dada circunstância – existe previsão legal elencando as hipóteses para a mudança do nome, dentre as quais não configura a situação do transexual.

A Lei nº 6.015/73 de Registro Público, em seus artigos 57 e 58 demonstra que a imutabilidade do prenome <sup>34</sup> é relativizada, uma vez que tais normas estabelecem situações em que a alteração é permitida de forma excepcional e motivadamente. Vejamos:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

§ 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro,

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154.

34 Conforme lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2017, p. 290) “[...], o nome civil da pessoa natural é formado pelo nome *individual*, também dito *prenome*, e pelo *sobrenome*, também chamado de nome *patronímico*, além de, eventualmente, contar com um *agnome*. Estes, portanto, são os elementos componentes do nome.” Eles ainda completam ao dizer que “o *prenome* é o primeiro elemento componente do nome, servindo para a designação individual de cada pessoa”.

sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

§ 3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.

§ 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia.

§ 5º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra

§ 6º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça.

§ 7º Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração.

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”<sup>35</sup>.

---

35 BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 dez. 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)> Acesso em 27 out. 2017.

Deve-se atentar para o fato de que os dispositivos em questão não enumeram como hipótese de alteração do prenome a situação do transexual, todavia, também não a proíbe. Ou seja, é notável a conclusão de que não há caráter proibitivo em lei para tal feito.

Outrossim, foi o próprio legislador que optou por deixar a cargo da doutrina e jurisprudência a tarefa em manifestarem-se e adotarem um entendimento acerca do assunto em exame.

### 3.4 Contribuição doutrinária e jurisprudencial

No que tange à posição doutrinária, esta aponta majoritariamente em favor da mudança do nome e do gênero do transexual redesignado, sem, todavia, afastar a possibilidade de amparar também aquele que não foi submetido ao procedimento cirúrgico. Neste sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal: “[...], pensamos que o assunto deve ser refletido à luz da dignidade humana e de prova efetiva da situação fática do transexual, a final de contas não se pode reduzir o estado sexual de uma pessoa a um aspecto meramente genital”<sup>36</sup>.

A propósito, o art. 58 da Lei de Registros Públicos já foi destacado acima, assim como restou consignado que o mesmo não constitui óbice à alteração do prenome no caso em alusão, haja vista ser um dispositivo que não traz impedimento ao feito, seja implícita, seja expressamente. Sendo assim, não há que se falar em ofensa à referida norma quando da alteração do nome do transexual.

Outra não é a opinião de Paulo Nader, que compreende como efeito automático, a devida averbação no registro civil do transexual, consignando-se no assentamento os dados correspondentes quando da decisão judicial que autorize a modificação de nome e sexo em consequência da cirurgia transgenitalizadora<sup>37</sup>.

A respeito do assunto ora tratado, é bom fazer referência ao Projeto de Lei n. 70-B, de 1995, cujo autor é o Deputado Federal José Coimbra, em tramitação no Congresso Federal. O projeto traz a proposta de mudança do art. 129 do Código Penal, conforme já foi explicado; ademais, o

---

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 300.

37 NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

mesmo também propõe que seja alterada a Lei de Registros Públicos em seu art. 58, com o fito de permitir a mudança de nome e a averbação do termo “transexual”, mediante decisão judicial, no registro de nascimento e na carteira de identidade nos casos em que o indivíduo tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual<sup>38</sup>.

Acompanhando esta corrente, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald reforçam a ideia aqui defendida, citando as palavras da autora Maria Berenice Dias:

O direito à identidade tem assento constitucional, pois, está inserido na sua norma de maior relevância, que proclama o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, e, por isso, nenhuma justificativa é cabível para negar a mudança, não se fazendo necessária sequer a alteração de dispositivos legais para chancelar a pretensão”<sup>39</sup>.

Para completar este exame é necessário identificar o instrumento a ser utilizado pelo transexual que busca ter seu anseio atendido em sede judicial. Conforme Chaves e Rosenvald não é a ação de retificação de registro civil, prevista no art. 109 da LPR (Lei de Registros Públicos) o meio processual correto para alcançar a redesignação do estado sexual, sendo adequado um procedimento de jurisdição voluntária contendo pedido de mudança de estado sexual da pessoa. A ação é definida como ação de redesignação do estado sexual, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da lei (art. 82, II do CPC), ocorrendo o processamento do feito, não na vara de registro público, mas sim no juízo da vara de família, já que constitui ação de estado<sup>40</sup>.

Pelo que fora delineado, percebe-se facilmente que a doutrina está cumprindo a tarefa que lhe foi designada, qual seja, formar uma consciência jurídica voltada para a possibilidade de alteração do nome e do estado sexual do transexual operado, sem fechar os olhos, entretanto, para os casos envolvendo o transexual não redesignado. E isto está sen-

38 BRASIL. Projeto de lei nº 70, de 22 fev. 1995. **Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em 28 out. 2017.

39 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 298.

40 Idem, p. 300.

do realizado de maneira gloriosa, eis que, se até o presente momento a lei não tratou de prever tal hipótese, a doutrina ousou a dar passos em conformidade com tais pretensões sociais, mostrando que a ausência de disposição legal não impede a troca do nome do transexual mediante sentença judicial, mas, na verdade, traz à tona a força que uma construção doutrinária e seus efeitos possuem. Este resultado é fruto do trabalho dos renomados autores acima declinados.

Não se pode olvidar, entretanto, a expressiva contribuição da jurisprudência, a qual, além de fonte do Direito, também fora encarregada de construir um posicionamento jurídico diante da questão aqui abordada.

Destarte, no que tange às expectativas dos transexuais, as decisões dos Tribunais Pátrios revelam-se positivamente. É o que eu se depreende do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual se debruça sobre a realidade do transexual, oferecendo amparo legal às suas necessidades como cidadão possuidor de direitos.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo – cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, *identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente*. Sentença confirmada. APELO DESPROVIDO POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70074206939, Sétima Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 30/08/2017)<sup>41</sup>. (grifo nosso)

Note-se que as decisões estão sendo proferidas no sentido de permitir a alteração do registro civil, nos casos de transexual redesignado ou não, o que denota um grande avanço no sentido de concretizar os direitos personalíssimos de uma categoria que busca o reconhecimento jurídico, social e que reflita seu retrato psicológico.

Diante desta concepção, se pronuncia o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL. ALTERAÇÃO DE SEXO E DE PRENOME. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE, INTIMIDADE E LIBERDADE. 1. *O reconhecimento judicial do direito do transexual promover à alteração do prenome e da designação sexual constante de seus assentos de registro civil, conforme sua identidade de gênero psicológica, ainda que não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, visa garantir o cumprimento e a efetividade dos princípios da dignidade, intimidade e liberdade.* 2. Ademais, os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados ao sexo anatômico (biológico), havendo de serem considerados outros fatores, como: o psicológico, cultural e social, objetivando refletir a verdade real vivenciada pelo transexual, integrando-o na sociedade. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Cível Nº 256836920148090051, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de GO, Relator: Delintro Belo de Almeida Filho, Julgado em 15/12/2016)<sup>42</sup>. (grifo nosso)

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº. 77074206939. Apelante: Ministério Público. Apelado: T.V.C. Relatora: Sandra Bisolara Medeiros. Rio Grande do Sul, 01 set. 2017. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494775005/apelacao-civel-ac-70074206939-rs?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.

42 BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação cível nº. 256836920148090051. Apelante: Jessica Vieira da Silveira Carvalho. Apelada: A justiça. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho. Goiás, 24 fev. 2017. Disponível em <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435837001/apelacao-civel-ac-256836920148090051?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.



Destaque-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça em recente decisão prolatada no corrente ano, mudou seu entendimento primário (que permitia a alteração do nome do gênero do transexual no registro civil após o procedimento cirúrgico), para amparar as mencionadas retificações, independentemente de o transexual ser redesignado ou não.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENTALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral. 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim,

a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - ratio essendi do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional. 6. Nessa compreensão, *o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil* (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009).7. *A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças*. 8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade(bem-estar geral).10. *Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da*

*pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico.*<sup>11</sup>. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade.<sup>12</sup>. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito.<sup>13</sup>. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora. ( Resp 1626739 / RS, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 09/05/2017)<sup>43</sup>. (grifo nosso).

Como se vê, O STJ estrutura sua visão sobre o tema, primeiramente, em uma análise conjugada dos artigos 55, 57 e 58 da Lei de Registros Públicos, o que faz resultar em nova leitura de tais dispositivos, permitindo, pois, a alteração do nome e do designativo do sexo do transexual.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739 – RS (2016/0245586-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: M. D. DA L. R. Relator: Luis Felipe Salomão. 01 ago. 2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902?ref=juris-tabs#>> Acesso em 27 out. 2017.

Além disso, e, não menos importante, este Tribunal adota o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Identidade Sexual (leia-se: Direitos da Personalidade) como sustentáculo para defender a referida alteração do registro do transexual.

Um outro aspecto a ser destacado é a fundamentação usada nas jurisprudências para autorizar a alteração do nome e do estado sexual do transexual, gravitando, principalmente, em torno do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito da Personalidade (identidade sexual do indivíduo).

Posto isto, vislumbra-se que o STJ demonstrou seu propósito de preservar o ser humano em sua totalidade, garantindo seu desenvolvimento, bem como de suas potencialidades, em qualquer ambiente de sua convivência, valorizando, portanto a integração social do indivíduo.

#### 4. CONCLUSÃO

A partir desta abordagem, denota-se que, se por um lado a lei está ausente no tocante à tutela de determinadas demandas sócias, em que pese casos cujo escopo corresponda, imediatamente, à Dignidade da Pessoa Humana, o Direito encontra na jurisprudência um mecanismo de acompanhar a dinamicidade social, evitando assim a estagnação da Justiça.

Neste diapasão, fica evidente que a orientação da jurisprudência nacional é inovadora e possui melhor entendimento no sentido de autorizar a retificação do registro civil do transexual redesignado ou não, mudando o nome e o sexo. Desta forma, os nossos Tribunais reforçam seu papel de força motriz da Ciência Jurídica.

Por fim, não basta que somente o Sistema Jurídico pátrio acompanhe a evolução científica, eis que, a completa integração social do transexual e a conseqüente expressão da identidade sexual, são vislumbradas através da combinação do procedimento transexualizador/tratamento médico, amparo jurídico e acolhimento social.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sérgio. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra. **Identidade sexual e transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 dez. 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)> Acesso em 27 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 2.848, de 07 dez 1940. Código Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 28 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 28 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 70, de 22 fev. 1995. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em 28 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Resolução CFM nº. 1.955, de 03 set. 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº. 1.652/2002. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm)> Acesso em 24 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739 – RS (2016/0245586-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: M. D. DA L. R. Relator: Luis Felipe Salomão. 01 ago. 2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-esp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902?ref=juris-tabs#>> Acesso em 27 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação cível nº. 256836920148090051. Apelante: Jessica Vieira da Silveira Carvalho. Apelada: A justiça. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho. Goiás, 24 fev. 2017. Disponível em <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435837001/apelacao-civel-ac-256836920148090051?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº. 77074206939. Apelante: Ministério Público. Apelado: T.V.C. Relatora: Sandra Bisolará Medeiros. Rio Grande do Sul, 01 set. 2017. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494775005/apelacao-civel-ac-70074206939-rs?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIAS, Roberto. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; PONTES FILHO, Valmir. **Direito fundamentais em construção**: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GODINHO, Adriano. **Projeto de lei permite mudança no prenome de transexual**. Disponível em <<http://adrianogodinho.blogspot.com/2010/07/projeto-de-lei-permite-mudanca-no.html>> 27 jul. 2010> Acesso em 03 ago. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume I: parte geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUMILDES, Joildo Souza dos. **Transexualismo e direito**: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1946>> Acesso em 12 set. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rafael D'ávila Barros. **O transexualismo e a alteração do registro civil**. 30 abr. 2008. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11211>> Acesso em 03 ago. 2010.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo**: O direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

# **A (IN) APLICABILIDADE DAS CAUSAS PESSOAIS DE EXCLUSÃO DE PENA NOS CRIMES PATRIMONIAIS PERPETRADOS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

## **RESUMO**

O presente artigo analisa as implicações trazidas pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) à incidência do instituto das Escusas Absolutórias, previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro, aos Crimes Patrimoniais praticados contra a mulher no seio da coabitação familiar. Com a utilização do método dedutivo, fez-se, a princípio, uma apresentação das Imunidades Absolutas e Relativas na área penal, conceituando-as e tratando do campo de incidência de cada uma delas, e da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência doméstica. Em seguida passou-se à análise da incompatibilidade existente entre os institutos das Imunidades e a Lei nº 11.340/2006. Ao fim se concluiu pela impossibilidade de aplicação das ditas Escusas Absolutórias no campo de incidência da Lei nº 11.340/2006.

Palavras-chave: Escusas absolutórias. Violência Doméstica e Familiar. Crimes patrimoniais.

## **ABSTRACT**

This article analyzes the implications brought by the Law No. 11,340 / 2006 (Maria da Penha Law) to the incidence of Absolutory Excuses, stated in articles 181 and 182 of the Brazilian Penal Code, to the Crimes against property committed to women within family cohabitation. With the use of the deductive method, first is introduced the Absolute and the Relative Immunities in Criminal Law - providing the concept for each of them and their incidence field- and the Maria da Penha Law on the battle against domestic violence. Then, the incompatibility between the Institutes of Immunities and the Law No. 11.340 / 2006 was analyzed. At the end, it was concluded that it was impossible to apply these Absolutory Excuses to the incidence field of the Law 11,340 / 2006.

Keywords: Absolutory Excuses; Domestic and Family Violence; Crimes against patrimony.

Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes. Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe. Email: debora.ndrade@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil, após recomendação da OEA, editou em 2006 a Lei nº 11.340/2006, amplamente conhecida como Lei Maria da Penha. Esta legislação, a qual adverte que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º), prevê, como uma das formas dessas agressões, a violência patrimonial.

O referido diploma legislativo, criador de mecanismos visando coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tem sua efetividade elidida no âmbito da violência patrimonial. A plena concretização das ações nela previstas resta atenuada, devido à previsão no Código Penal de causas pessoais de exclusão de pena aos crimes patrimoniais praticados por parentes próximos, inclusive cônjuges.

Nesse sentido, o presente estudo se propõe a verificar, em concreto, a aplicabilidade ou não das imunidades absolutas e relativas dispostas no art. 181 e 182 do Código Penal aos crimes cometidos com violência patrimonial no âmbito da Lei Maria da Penha.

## 2. MARCO NORMATIVO DAS IMUNIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS NA ÁREA PENAL

Os crimes que atingem primordialmente bens jurídicos de ordem patrimonial encontram-se preconizados no Título II da parte especial do Código Penal, a partir do artigo 155, o qual prevê o delito de furto, até o artigo 180, o qual dispõe acerca da receptação.

Entre as infrações penais antevistas no sobredito capítulo, estão, além das já referidas, os crimes de roubo, extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita e estelionato, os quais, somados, segundo Luiz Flávio Gomes e Mariana Cury Bunduky, são os maiores responsáveis pelo acionamento do aparato criminal do Poder Judiciário, em forma de prisões efetivamente realizadas no Brasil: “No último levantamento realizado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), em junho de 2011, constatou-se a existência de 513.802 presos em todo o país, um total de 269,38 presos a cada 100 mil habitantes. Desse total, 69%, ou seja, 326.347 presos respondem por crimes previstos no Código Penal Brasileiro, enquanto apenas 31% ou 147.647 presos teriam cometido de-



litos que se enquadram em legislação específica. Dos crimes previstos no Código Penal verifica-se que 72% dos crimes cometidos pelos homens (227.854 delitos) se tratam de crimes contra o patrimônio, assim como 69% dos perpetrados pelas mulheres (6.072 delitos). Média: 70,5%. Ou seja, os crimes contra o patrimônio - tais como roubo, furto e estelionato - constituem a maioria dos crimes cometidos pelos presidiários de ambos os sexos.” (GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury, 2012).

Em que pese a prática corriqueira dos delitos em tela, as disposições gerais relativas aos crimes contra o patrimônio, constantes do capítulo VIII do mesmo título, tratam, em seus artigos 180 e 183, das chamadas imunidades penais absolutas e relativas, as primeiras também denominadas, segundo MASSON (2012, p. 676), causas de inimizabilidade, excusas absolutórias, condições negativas de punibilidade ou causas pessoais de exclusão de pena.

Conforme NUCCI (2011, p.794) “imunidade é um privilégio de natureza pessoal, desfrutado por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal”.

Leciona GRECO (20013, p. 619) que as Imunidades, “Quando absolutas, isentam o agente de pena, sendo, nesse caso, reconhecidas como *excusas absolutórias*; se relativas, fazem a ação penal depender de representação do ofendido ou de seu representante legal”.

A imunidade absoluta encontra-se prevista no artigo 181 do Código Penal, o qual é expresso no sentido de que “é isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Essas causas pessoais de exclusão de pena não afastam a configuração do crime, o qual permanece fato típico, antijurídico e culpável. Mas, de acordo com os ensinamentos de NUCCI (2011, p. 794), por motivos relacionados à política criminal e considerando a existência de laços familiares e afetivos entre os sujeitos envolvidos na relação delituosa, o legislador preferiu afastar a punibilidade dos agentes de crimes patrimoniais.

É necessário desde logo registrar que, nestes casos, por ser a imunidade de natureza absoluta, a incidência da previsão legal contida no art. 181 do Código Penal não pode ser elidida ou abdicada pela vítima, por

exemplo, nos episódios em que esta deseje o processamento do agressor, tratando-se de fato totalmente impunível.

Entretanto, quando a vítima se trata cônjuge divorciado, irmão, tio ou sobrinho, com quem o agente coabita, a imunidade passa a ser relativa, passando a ação a ser pública condicionada à representação, na forma prevista no art. 182 da Lei Subjetiva Penal. Sem a representação não é possível, inclusive, inaugurar o Inquérito Policial, muito menos a instauração de Ação Penal em desfavor do agente, conforme dispõe expressamente o art. 5º, §4º do CPC. Devido a isso, estas escusas também são denominadas imunidades processuais, conforme ensina MASSON (2012, p. 683).

Todavia, as imunidades sobreditas, sejam elas absolutas ou relativas, não se aplicam de forma irrestrita, pois, nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, a exemplo do que ocorre nas infrações de roubo e extorsão, não há incidência da causa pessoal de exclusão de pena.

Desse mesmo modo, as previsões dos artigos 181 e 182 não se aplicam ao estranho que participa do crime. Como mencionado acima, as imunidades são vantagens de caráter pessoal, sendo incomunicáveis, portanto, aos coautores da prática delitativa. Neste sentido, GRECO (2013, p. 621): “Também não se aplicam as imunidades ao estranho que participa do crime, haja vista que, não se encontrando no círculo familiar a que pertence a vítima, não teria sentido qualquer restrição a sua punição”.

Até 2003 essas eram as únicas duas hipóteses de exclusão das escusas absolutórias. Porém, com a edição do estatuto do idoso, fora incluído um terceiro inciso ao artigo 183 do Código Penal, afastando a aplicação das escusas absolutórias e relativas dos crimes praticados contra idosos, os quais, no contexto da Lei nº 10.741/2003, são aquelas pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

### **3. A LEI MARIA DA PENHA E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Visando a criação de mecanismos para inibir e impedir a violência doméstica e familiar, assim como visando a garantia da integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial e de medidas de assistência e

proteção às mulheres, foi elaborada a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.

Segundo doutrina abalizada,

sob tal ângulo, os direitos sufragados na Lei nº 11.340/2006 são classificados de primeira geração, isto é, eles tem a finalidade de não só conferir proteção isonômica aos hipossuficientes fisicamente no âmbito da relação familiar-afetiva, mas também de vedar ao Estado a baixa proteção, caracterizada pela delonga abusiva da persecução penal estatal, em detrimento daqueles direitos. (ALENCAR, Rosmar Rodrigues; ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor, 2016, p. 913)

A importância da citada legislação para o enfrentamento da violência doméstica foi basilar: a adoção de medidas judiciais de intervenção não mais se restringe à necessidade de configuração de um delito penal, a exemplo das lesões corporais, ameaça e crimes contra a honra.

Note-se que o enfrentamento estatal à violência contra mulher, por meio de iniciativa legislativa, ocorreu tardiamente, vinte e três anos após o caso de Maria da Penha Maia Fernandes, em 1983.

Nesse contexto, a lei passou a caracterizar violência doméstica e familiar, nos termos do art. 5º da Lei 11.340/2006, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, seja no âmbito da unidade doméstica, da família, em qualquer relação íntima de afeto, independente de orientação sexual.

A legislação descreve as condutas que configuram a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, consoante previsão do art. 7º da Lei 11.3140/2006, que deixaram de se restringir a um conteúdo apenas criminal.

Tomando, a Autoridade Policial, conhecimento da prática de qualquer das condutas exemplificativas listadas na lei será impositiva a adoção das providências determinadas no art. 11: garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; se necessário,

acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis, sem prejuízo do imediato registro da ocorrência, na forma do art. 12 da legislação.

A adoção de medidas protetivas é, assim, autorizada pela realização de qualquer violência doméstica, seja ou não infração penal, sendo essa uma circunstância especialíssima da legislação.

Note-se que após o registro da ocorrência e a tomada por termo da representação da vítima contra o ofendido, se houver a primordialidade de medidas protetivas de urgência, o expediente é remetido a juízo no prazo de 48 horas, instaurando-se procedimento inquisitorial, com prazo de conclusão de dez dias, conforme art. 12 da Lei 11.340/2006, sendo possível ainda ao Magistrado a concessão de medidas de ofício.

As Medidas Protetivas de urgência que obrigam o agressor são enunciadas de modo exemplificativo no art. 22 da Lei 11.340/2006, quais sejam: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas, entre as quais, aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação, freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Outrossim, quanto à ofendida é dado ao Magistrado conceder, além de outras, as medidas descritas no art. 23 da Lei 11.340/2006, como o encaminhamento a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, a determinação da recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor ou o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos, além da separação de corpos.

Relativamente à questão patrimonial a lei trata de medidas específicas, no art. 24, entre elas, a restituição de bens indevidamente subtra-

idos pelo agressor à ofendida, a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial, a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor, a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Veja-se que, ainda quando a ofendida for servidora pública, esta terá acesso prioritário à remoção ou, se trabalhar na iniciativa privada, é assegurada a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho.

Por fim, registre-se a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal e aparelhados com equipe multidisciplinar, pela Lei 11.340/2006.

#### **4. A (IN)COMPATIBILIDADE DAS CAUSAS DE IMUNIDADE E A LEI MARIA DA PENHA**

Desde logo, é necessário registrar que a Lei nº 11.340/2006 não traz em seu bojo qualquer disposição que expressamente afaste a incidência das causas pessoais de exclusão de pena, previstas nos artigos 181 e seguintes do Código Penal, diferentemente do Estatuto do Idoso, que, em 2003, procedeu à inclusão do inciso III no artigo 183 do Código Penal, limitando a aplicabilidade das escusas absolutórias absolutas e relativas nos crimes praticados em desfavor de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos.

Veja-se que as razões históricas para o nascimento das imunidades remotam ao direito romano. NUCCI (2011, p. 794) assevera que, segundo Nélson Hungria, as escusas absolutórias foram calcadas na copropriedade familiar e entre outros motivos para: “evitar a cizânia entre os membros da família; proteger a intimidade familiar; não dar cabo do prestígio auferido pela família.” Assevera o mesmo autor que, nesta época, por exemplo, um furto, ocorrido no seio familiar, deveria ser absorvido pelos próprios cônjuges ou parentes, afastando-se escândalos danosos à honra da família.

Como é de fácil compreensão, a intenção do legislador remoto na criação das escusas seria o afastamento do direito penal de questões consideradas “interna coporis” da família, tidas como privadas, as quais não

autorizariam a intervenção do poder público, mormente devido à necessidade de manutenção da reputação da entidade familiar.

Todavia, esse panorama de não intervenção, vem há algum tempo sendo alterado. Desde a década de 1970, diversas convenções e tratados internacionais têm destinado atenção às desigualdades históricas entre os gêneros, a exemplo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela ONU em 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, no ano de 1994, incorporada ao sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.973/1996, conforme ensina Renato Brasileiro (2015, p.904).

Nessa linha, a Constituição da República, em seu art. 226, §8º, no ano de 1988, criou um mandamento de proteção aos integrantes da entidade familiar, visando coibir a violência dentro das relações domésticas. Veja-se o integral teor do texto normativo: “art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Porém, apenas em 22 de setembro de 2006, entrou em vigor uma legislação infraconstitucional que disciplinasse essa proteção, já antecipada pela Constituição. Conforme doutrina Renato Brasileiro (2015, p. 904), essa criação se deu “exclusivamente para atender à recomendação da OEA decorrente de condenação imposta ao Brasil no caso que ficou conhecido como ‘Maria da Penha’.”

A Lei nº 11.340/2006, em seu artigo 7º, possui um rol exemplificativo de formas de violência contra mulher, listando expressamente a violência física, psicológica sexual, patrimonial e moral. Especificamente, dispõe que a violência patrimonial é “entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”.

Nesse sentido, é de fácil conclusão que a Lei nº 11.340/2006, considera que qualquer conduta contra o patrimônio da mulher, configura violência contra esta e deve ser repelida com a intervenção do Poder Público.

A partir dessa ilação, foi instaurada uma grande controvérsia na doutrina acerca da aplicação das imunidades absolutas e relativas previstas no Código Penal nos crimes praticados sob o âmbito de abrangência da Lei Maria da Penha.

Nessa linha de intelecção, para Cleber Masson são inaplicáveis as escusas absolutórias nos crimes patrimoniais cometidos contra mulher por caracterizarem violência (art. 7º, IV, Lei 11.340/2006), fato que encontra fundamento no art. 183, I, do Código Penal, quando afasta a aplicação das escusas aos crimes cometidos com grave ameaça ou violência, conceitos não definidos na legislação penal. Veja-se:

Em decorrência desse inciso IV do art. 7º da Lei 11.340/2006, diploma normativo cuja constitucionalidade já foi diversas vezes reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, não mais se aplicam as imunidades penais absolutas e relativas nos crimes patrimoniais cometidos pelo homem mediante violência doméstica e familiar, contra a mulher, nos termos do art. 181, I, do Código Penal. (MASSON, 2012, p. 689).

Igual conclusão chegou Maria Berenice Dias (2007, p. 52): “diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts. 181 e 182 do Código Penal.”. Para a mesma autora, não existindo mais chancela de furto e outros crimes patrimoniais cometidos contra a mulher, cabe o processo e a condenação do agente agressor.

É certo, todavia, que se verificam na doutrina posicionamentos contrários a esta conclusão. Os que defendem essa teoria, afirmam que são aplicáveis aos crimes contra o patrimônio, mesmo que perpetrados no âmbito doméstico, as imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do Código penal à míngua de disposição expressa que as afaste, como o fez a Lei nº 10.741/2003. Ademais, argumentam que não permitir tal benesse ao agente seria uma forma de interpretação in malam parte, proibida na área penal. Nesse sentido é o entendimento de Renato Brasileiro (2015, p. 920).

## 5. CONCLUSÃO

Ante tudo quanto foi aqui exposto, entendemos que há uma dissonância entre a Lei Maria da Penha, o Código Penal Brasileiro e a Constituição da República. Isso porque o lapso temporal que separa a elaboração de cada uma deles fez com que diferentes pensamentos sociais influíssem nos diferentes diplomas legislativos.

Neste sentido, não seria fora de propósito lembrar que a parte especial do Código Penal data da década de 1940. Fazendo um cotejo desta informação com os ensinamentos de NUCCI acerca das origens das Escusas Absolutórias, torna-se fácil perceber que o que a Lei Penal, editada em meados do século passado, pretendia proteger já não reflete os anseios de nossa sociedade.

A Constituição da República, embora date de 1988 foi visionária, sedimentando em seu texto avançados entendimentos jurídicos que ainda hoje não se consolidaram por completo. Ademais, em respeito ao Princípio da Supremacia Constitucional, não pode a Lei Penal contrariar os princípios e auspícios nela consubstanciados.

Como dito anteriormente, a Lei Maria da Penha veio atender preceito constitucionalmente imposto, sendo, portanto, plenamente compatível com a vontade da Constituição da República.

Nesta senda é que concluímos que as Escusas Absolutórias previstas nos art. 181 e 182 do CP são inaplicáveis no âmbito de incidência da Lei nº 11.340/2006 por duas razões. A uma, por serem incompatíveis com a vontade do Legislador Constitucional, que mais se preocupou com a proteção dos grupos vulneráveis que com a preservação da dita “honra familiar”, tornando-se impossível que tais dispositivos venham a mitigar a proteção de que gozam as pessoas acobertadas pelo pálio da Lei nº 11.340/2006.

A duas, ainda que não se admita o primeiro dos argumentos, há que se entender que a Lei nº 11.340/2006 atribuiu o caráter de violência ao delito Patrimonial perpetrado contra a mulher no seio familiar e coabitacional, passando a incidir, portanto, a regra do art. 183, I, CP.



## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor. **Legislação Criminal para Concursos: LECRIM**. 1ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. **Crimes contra o patrimônio são os principais responsáveis por prisões no Brasil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21037>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. 7ªed. Niterói, RJ: Ímpetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Penal Especial Comentada**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: parte especial**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.



## JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

### RESUMO

O direito à saúde, de um modo geral, teve sua consolidação no ordenamento brasileiro, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Este direito encontra ainda maior respaldo constitucional nos artigos 196 ao 200, presentes no Título VIII que trata da seguridade e assistência social. Diante da crise no sistema de saúde do Brasil e a omissão do Poder Público em garantir eficazmente o gozo desse direito, cumpre ao Poder Judiciário o papel de se exigir dos entes públicos o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ou seja, o adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de uma saúde pública e gratuita de qualidade.

Palavras-chaves: direito à saúde, controle judicial, poder judiciário, políticas públicas

### ABSTRACT

The right to health, in general, was consolidated in Brazilian law only after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. This right is further supported by constitutional provisions in articles 196-200, present in Title VIII, which deals with security and social assistance. Faced with the crisis in the health system in Brazil and the omission of the Government to effectively ensure the enjoyment of this right, the Judiciary has the role of demanding from public entities the fulfillment of obligations to which they are subject by express determination of their own constitutional status, that is, the implementation of public policies constitutionally established, measures or measures aimed at ensuring, in particular, the community in general, access to and enjoyment of free public health of quality.

Keywords: health rights, judicial control, judiciary, public policies

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde compõe o extenso rol de direitos fundamentais do cidadão previstos na Constituição Federal. A despeito de parecer uma constatação simples, é preciso ter cuidado, porquanto a essencialidade e a complexidade desse direito fundamental exigem mais do que a mera positivação na Carta Constitucional. É imperativa a sua efetividade.

O art. 5º, *caput*, da Constituição consagra o direito à vida como direito fundamental pertencente a toda e qualquer pessoa. É direito essencial, pois a partir dele, uma série de outros direitos pode realizar-se. A dignidade da pessoa humana consiste no elemento qualificativo de tal direito, conferindo-lhe, portanto, todas as condições ideais de seu pleno gozo.

Não é por outra razão – senão a de realização de uma vida digna – que o direito à saúde guarda estreita relação com o direito à vida. As condições de dignidade de vida se concretizam, dentre outras formas, pela realização, promoção, atendimento e efetivação de ações e serviços ligados à saúde.

A Constituição Federal consagra, no art. 6º, como direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados. O direito à saúde encontra ainda maior respaldo constitucional nos artigos 196 ao 200, presentes no Título VIII que trata da seguridade e assistência social.

Enuncia o artigo 196 da Constituição que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impondo ao Poder Público uma série de políticas públicas sociais e econômicas que têm como escopo a redução do risco à doença e outros agravos. A Constituição ainda determina a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador, bem como cria e fixa diretrizes e atribuições ao SUS, oportunizando também a participação do particular de maneira complementar.

O Poder Público, através das diversas políticas sociais, assume compromissos que visam atender as necessidades dos indivíduos e equalizar interesses públicos, compatibilizando-os com as disponibilidades orçamentárias. Tradicionalmente tais questões estão adstritas ao Poder Executivo.

É nesse sentido que aparece também o Poder Judiciário com a sua recente influência nas decisões políticas relativas ao direito fundamental

à saúde, de modo que, as deficiências na execução dos compromissos públicos assumidos esbarram em questões como inefetividade das políticas adotadas, insuficiência de recursos, insatisfações que chegam ao Judiciário em forma de demandas.

## **2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS.**

Podemos definir as políticas públicas como a forma com que o Estado concretiza as ações e programas de saúde. É através delas que o Estado deve promover o bem estar social. Segundo Derani (2004, p.19) “a política pública é um fenômeno oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade. É fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais”.

As políticas públicas surgem como fruto das inúmeras transformações sofridas pelo papel desempenhado pelo Estado. Com o aprofundamento e expansão da democracia, as responsabilidades do Estado se diversificaram. O Estado mínimo, garantidor apenas das liberdades públicas, não mais atendia aos anseios da sociedade, passando o Estado a adotar uma participação na vida social que vai além do seu papel de polícia, visando o bem-estar social e, para tanto, os governos se utilizam das políticas públicas.

Para Figueiredo (2007), elas têm por princípio a busca de uma finalidade atrelada ao interesse público. Através delas se darão efetividade aos direitos sociais, em decorrência do caráter prestacional desses direitos.

## **3. RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL.**

Como é sabido, ações governamentais que visam concretizar direitos sociais, em especial a saúde, demandam vultosos investimentos, devendo o Estado elaborar um planejamento adequado, com um orçamento que lhe permita a viabilização dos direitos sociais, assegurando existência digna a todos. Porém, o que se evidencia é a má alocação de recursos públicos, fazendo com que a privação de direitos sociais, como o a saúde, decorra não da deficiência de recursos, mas da incompetência administrativa.

Dentre as teses normalmente suscitadas pelo Estado para não cumprir seu papel de garantidor do bem estar social é a teoria da reserva do possível.

Oriunda do direito alemão, a teoria da reserva do possível vem afirmar que os direitos subjetivos a prestações materiais de serviços públicos pelo Estado estão condicionados à disponibilidade de recursos específicos. Seguindo este entendimento, Canotilho (1993, p. 469) aduz que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais estaria dentro de uma “reserva do possível”, intimamente ligados à dependência de recursos econômicos.

O grande entrave em se aplicar essa doutrina trazida do direito estrangeiro é a má interpretação feita pelos juristas brasileiros, pois condicionar a realização de direitos sociais à disponibilidade de recursos, considerando-se a disparidade da realidade socioeconômica da Alemanha e do Brasil, é reduzir a eficácia desses direitos à zero.

Também é temerário a utilização dessa teoria para negar competência do Poder Judiciário para decidir sobre a distribuição de recursos orçamentários. Sobre esse aspecto, Dirley da Cunha (2013) afirma que a princípio cabem ao Legislativo e ao Executivo deliberar sobre a destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Porém, o autor assevera que

essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos.

Dessa forma, continua o autor,

não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir - num autêntico controle dessa omissão inconstitucional - para garantir o mínimo existencial.

Seguindo esse entendimento, cumpre destacar importante decisão monocrática proferida no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Celso

de Mello na ADPF n° 45, reconhecendo a possibilidade do controle judicial de políticas públicas para que se efetivem os direitos sociais quando o Poder Legislativo e o Executivo deixarem de cumprir seus encargos político-jurídicos de implementar esses direitos:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA OCLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

...

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal

comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Sendo assim, para que se possa aceitar a utilização e teoria da reserva do possível, faz-se mister comprovar que os recursos estão sendo alocados de forma proporcional às necessidades encontradas. Deve-se garantir à população condições essenciais mínimas, sendo elas limite à liberdade de conformação do legislador infraconstitucional.

Para Barcellos (2002, p. 45), o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Conforme aduz Ingo Sarlet (2006), a vida humana é a própria razão de ser do Estado, não devendo se restringir a protegê-la, mas sim sendo necessário promover-la ativamente através da disponibilização de recursos materiais que garantam sua existência digna e possibilite o exercício dos demais direitos. Na aplicação do mínimo existencial deve ficar afastado o problema da escassez de recursos, pois não é admissível que se prive o ser humano do básico necessário à sua própria existência com essa justificativa. Neste diapasão, a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo-se sindicá-la judicialmente a prestação equivalente.

#### **4. DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO**

Muito tem se discutido na doutrina e jurisprudência pátria acerca da possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado a adoção, quando injustamente omissivo no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo



de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

O Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no ARE 745745 AgR / MG<sup>1</sup>, ao tratar com maestria o tema em questão afirmou ser possível ao Judiciário, ainda que excepcionalmente, a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame”.

Especificamente no tocante às políticas públicas voltadas à área da saúde, é de bom alvitre relembrar que o art. 196 da Constituição Federal afirma que é obrigação do Estado promover, proteger e recuperar a saúde.

Com referência à amplitude e ao significado do termo “Estado” ali consignado, José Afonso (2008) assevera que a referida palavra expressa tanto a ideia do Estado Brasileiro num sentido amplo para designar a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, quanto a de que esse dever é atribuído aos três Poderes estatais, ou seja, ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário.

Dessa forma, em que pese o artigo supracitado possuir uma regra de caráter programático, torna-se imperioso impedir que esta norma constitucional vire apenas uma promessa constitucional, devendo o Poder Público obrigatoriamente tomar medidas que efetivem ações e prestações de saúde a favor da população, materializando o que está prescrito no art. 196. O Supremo Tribunal Federal tem decidido nesse sentido:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA  
CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

– O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de

---

1 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=745745&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

– O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

– 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 – não pode convertê-la em promessa constitucional inconseqüente, 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 aprópria Lei Fundamental do Estado.” (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Ademais, vale lembrar que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva e, quando não implementadas medidas que propiciem a satisfação efetiva desse direito, cabe ao Poder Judiciário suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, ainda referente ao seu voto no ARE 745745 AgR / MG, afirma que esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário é necessário para fazer prevalecer a primazia da Constituição Federal, muitas vezes transgredida em decorrência da omissão dos poderes públicos. Sobre esse aspecto, vale destacar o posicionamento do ilustre Ministro:

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

...

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Diante de tal situação, surge o Judiciário como a última alternativa capaz de preencher tais omissões para aqueles que são privados do exercício de seus direitos e como único meio de se evitar que os dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais se tornem “letras mortas” (CARDOSO, 2009).

Neste ínterim, Ana Cristina de Monteiro de Andrade Silva (2007) afirma que se deixarmos

somente ao encargo do Executivo a justificativa para a escassez dos recursos e conseqüentemente para a impossibilidade de atendimento ao pleito dos cidadãos, reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero expectador das mazelas nacionais, o que não é desejável.

Assim, afirma Andréas Joachim Krell, quando o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos (KRELL, 2000).

Por fim, é oportuno destacar o apontamento feito por Ana Cristina. A autora relembra que aos magistrados são asseguradas prerrogativas para proporcionar a independência em seus julgamentos, os quais, por força do art. 93, IX, da Constituição Federal, devem ser sempre motivados de forma racional e lógica, o que destoa das deliberações puramente políticas dos outros dois poderes (SILVA, 2007). Como se não bastasse, as decisões judiciais, em sua imensa maioria, podem ser revistas por órgãos superiores, o que garante a correção de eventuais erros.

## 5. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O art. 2º da Constituição Federal O art. 2º da CF consagra a separação dos Poderes fulcrada na independência e harmonia entre os órgãos do poder político, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na ausência de subordinação funcional e no controle mútuo.

O surgimento da teoria da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles (382-322 a.C.). Na sua obra, “A Política”, o filósofo isolou três tipos distintos de atos estatais, quais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos judiciais.

Já em meados do século XVIII, John Locke, na sua obra “Two Treatises of Government”, apresenta a teoria da separação das funções estatais. Para este autor existiam dois Poderes: o Legislativo e o Executivo.

Posteriormente Montesquieu, na obra “De L’esprit des Lois”, propôs a existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao primeiro corresponderia o Poder de fazer as leis; ao segundo a prerrogativa de julgar as demandas e conflitos entre particulares, e ao terceiro, a aplicação das leis e resoluções geradas pelo segundo, bem como resolução das “ações prontas”, devendo “sempre se ater ao que está disposto na lei”. Ressalvou, entretanto, que eles não podem se encontrar reunidos nas mãos de um só homem.

Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 526-528) observa ainda que não obstante as teorias de Locke e de Montesquieu tratem da mesma ideia (separação dos poderes do Estado), não restam dúvidas de que elas são distintas. Tanto assim que enquanto a separação proposta pelo filósofo inglês é dual, a do francês é tríplice. Ademais, constata-se apenas neste último a preocupação em limitações recíprocas entre os poderes (*checks and balances* ou *checks and controls*) objetivando o equilíbrio institucional do sistema (*equilibrium of powers*).

Levando-se em conta o contexto histórico em que foi criada a teoria da separação das funções estatais de forma sistematizada, mais precisamente o absolutismo europeu do século XVIII, verifica-se que ela foi elaborada em “sentido forte”, expressão utilizada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco na obra “Curso de Direito Constitucional” para designar a rigidez da divisão de atribuições de cada uma das funções estatais (2008, p. 156). Todavia, nos dias atuais, ela necessita de temperamentos e ajustes para que possa ser compreendida de forma constitucionalmente adequada (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 156).

Neste diapasão, esclarece Dirley da Cunha (2013, p.532), o que caracteriza a independência entre os poderes não é a exclusividade no exercício das funções que a cada um foram atribuídas, mas sim a predominância no seu desempenho. Daí falar-se em funções típicas como aquelas inerentes de cada órgão e atípicas (impróprias, secundárias ou subsidiárias) como as garantidoras de sua própria autonomia e independência (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 532).

Para José Afonso da Silva (2008, p. 117), essas interferências mútuas visam “ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

Ao tratar do tema, aduz Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva (2007, p.16):

Os que entendem que há ofensa ao princípio da separação dos poderes devido ao conhecimento e deferimento de prestações positivas pelo Poder Judiciário argumentam que o Judiciário

invade, nesse caso, esfera de Poder Legislativo e do Executivo; que apenas o Executivo e o Legislativo têm legitimidade democrática para fixar políticas públicas, que não cabe ao Judiciário a decisão política sobre onde investir e que bens materiais oferecer, pois sua seara é jurídica; que o Judiciário não tem condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado, pois dispõe de uma perspectiva casuística, e não global do problemas.

Os que entendem que o Judiciário não está autorizado a atender a essas demandas dos direitos sociais prestacionais, sustentam serem direitos que, por sua dimensão econômica, implicam alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por isso, na dependência da efetiva disponibilidade desses recursos, e submetidos a uma reserva do possível. Asseveram que apenas o legislador é democraticamente legitimado para decidir sobre a afetação destes recursos – falam em um princípio de reserva parlamentar em matéria orçamentária, originado do princípio da separação dos poderes.

Sobre a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação dos poderes, obtempera Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 535):

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação dos Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição Brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente de nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídicos-constitucionais. É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma

do novo Estado do Bem-Estar Social, uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação dos Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo – um efeito paralisante às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido [...].

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firmada no sentido da não ocorrência de violação do Princípio da Separação dos Poderes quando o Poder Judiciário, em determinadas situações, determinar que a Administração Pública adote medidas que assegurem direitos previstos na Constituição Federal. Nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 628159 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)”.  
“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ação civil pública. Meio ambiente. 3. Ausência de prequestionamento (súmulas 282 e 356). 4. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 563144 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 15-04-2013 PUBLIC 16-04-2013)

Da mesma forma entende o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. (...) 4. (...) 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013).

## 6. DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo, em linhas gerais, caracteriza-se por decisões judiciais que impõem obrigações à Administração, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação de cláusulas abertas e princípios, o que tem despertado rigorosas críticas contra o Judiciário, principalmente contra o Supremo Tribunal Federal.

Para Luís Flávio Gomes, ativismo judicial não se confunde com judicialização do direito, sendo imprescindível traçar a distinção entre ambos os fenômenos. Assim, quando a Constituição prevê um determinado



direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, estar-se-á diante da judicialização do direito considerado. Já quando ocorrer de o juiz inventar uma norma, criando um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, ele inova o ordenamento jurídico, configurando o ativismo judicial (GOMES, 2015).

Deste modo, o *judicial-power-model* atribui ao juiz a incumbência de intervir e criar as soluções exigidas pelos fins e interesses sociais, tornando-o “responsável pela conservação e promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Isto significa uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador e o convoca a operar como agente de mudança social” (KRELL, 2000, p. 49).

Diante da inércia apresentada pelos outros Poderes em concretizar políticas públicas voltadas a concretizar o gozo de direitos fundamentais, como o direito à saúde, o Professor Marco Aurélio Romagnoli Tavares afirma que “não é possível sustentar a existência de um vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção tão evidentes, bem como de um executivo extremamente pretensioso que, segundo próprio autor, busca dominar praticamente todas as esferas de poder (TAVARES, 2011). Por isso, caberia ao Estado-Juiz, dotado de consciência social e formação política suficientes, intervir para limitar esses excessos praticados pelos órgãos da Administração, assim como suprir a ausência de mandamentos legislativos, que pecam por não acompanhar os avanços sociais, econômicos e científicos.

Ada Pellegrini Grinover (2010) assevera que, no controle das políticas públicas, ao Judiciário cabe observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E,

por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada.

É oportuno registrar os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes (2007) ao falar do fenômeno da transmutação, em que situações tradicionalmente consideradas de natureza política são transformadas em jurídicas. Assim, o processo decisório é judicializado, aumentando a tensão entre o direito e a política.

Se o juiz se mostra incapaz de garantir a efetividade dos direitos sociais, na prática está sendo conivente com sua violação, ou seja, ele é corresponsável pelo sucesso das finalidades impostas pelo Estado do Bem-Estar Social. Por isso, essa tensão não pode ser vista como obstáculo à atuação do Judiciário e sim como consequência de uma evolução da própria sociedade que busca, cada vez mais, a efetivação e garantia de seus direitos sociais trazidos pela Constituição de 1988.

Desta feita, visando assegurar à população o direito à saúde, direito este que nada mais é consequência constitucional indissociável do direito à vida, o Judiciário pode-se valer de diversos controles. A jurista Ana Paula Barcellos classifica os tipos de controle que podem ser utilizados por este Poder (BARCELLOS, 2006).

A primeira forma de controle proposta por Barcellos diz respeito à fixação de metas pelo Poder Público. Quando os direitos a serem alcançados são definidos de maneira clara na Constituição ou em lei, os recursos necessários a sua efetivação devem ser incluídos nas previsões orçamentárias. São comandos vinculantes. Então, devem ser estabelecidas metas e sua não fixação está sujeita ao controle judicial.

A segunda forma de controle é sobre a quantidade de recursos a ser investida na implementação das políticas públicas. O controle judicial, nesses casos, não ensejaria maiores discussões, dado o caráter vinculante de tais normas. O que se coloca é que mesmo obedecendo a esses percentuais mínimos, uma gama de direitos fundamentais pode não ser oferecidos satisfatoriamente pelo Poder Público.

A terceira forma de controle trata-se de verificar o atingimento das metas fixadas pelo Poder público, ou seja, seria um pedido de prestação de contas. O que se pretende com esse tipo de controle não é obrigar a Administração a implementar determinadas medidas, nem responsabili-

zar o agente público. O objetivo é exigir que se dê publicidade às metas estabelecidas, ao nível de cumprimento delas e, no caso de não cumprimento, aos motivos que levaram ao insucesso do plano traçado.

A quarta forma de controle é o da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. O objeto deste controle é a eficiência dos recursos destinados aos direitos fundamentais. Pretende-se com isso avaliar a relação de eficiência entre o que se investiu e os resultados apresentados em consequência deste investimento, através do qual seja possível detectar condutas claramente ineficientes ou mesmo a malversação criminosa do dinheiro público.

A quinta forma de controle e de suma importância é o controle concreto do resultado final das políticas públicas. O Judiciário tem, frequentemente, condenado o Poder Público a oferecer medicamentos às pessoas que buscam esses direitos. A garantia desses direitos deveria ter caráter coletivo, e deveriam ser incluídos nas metas de ações governamentais, beneficiando todos que necessitam de igual tratamento e não apenas aqueles que recorrem ao Judiciário, já que é um dever jurídico imposto ao Poder Público.

Então, em verdade, esse controle só existirá se as metas fixadas inicialmente não forem incluídas no orçamento ou não tiverem sido alcançadas. Neste ponto, a eficácia do controle judicial seria bem mais abrangente, dado o caráter coletivo da demanda. Da mesma forma, o nível de interferência produzida no espaço de escolhas políticas também aumentaria bastante, pois a exigência de direitos por uma coletividade reflete nos espaços de deliberação democrática e conseguem divulgar suas reivindicações e cooptar apoio nos diversos setores sociais.

Outro tema que contribui para que se defenda essa posição mais proativa do Poder Judiciário é referente ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou su-

primidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Sobre o tema, vale destacar os ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho (1998, p. 320-322):

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de

retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

A jurisprudência tem recorrentemente se manifestando sobre a questão das políticas públicas na área da saúde. Dentre os casos mais emblemáticos enfrentados pelo Poder Judiciário trata acerca fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo.

Na suspensão de tutela antecipada nº 175 proposta perante o Supremo, em que se discutia a decisão em que o TRF da 5ª Região determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear.

Alegava a União que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas.

Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no pólo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde pública.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, porém, advertiram ser cabível ao Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente.

No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000).

Afastaram-se, da mesma forma, os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, haja vista que a decisão agravada teria consignado, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público. Julgou, por fim, que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública.

Outra matéria que tem sido ventilada e de entendimento pacífico na mais alta corte do país versa sobre reembolso de despesas efetuadas em decorrência de tratamento médico no exterior.

No recurso extraordinário nº 368564, de relatoria do Ministro Menezes Direito, a 1ª Turma, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do TRF da 1ª Região que concedera, a portadores de doença ocular progressiva (retinose pigmentária), o direito a reembolso total das despesas efetuadas em decorrência de tratamento médico no exterior. Segue a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento

explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis.

Por fim, cumpre frisar que os Tribunais Estaduais também tem atuado no sentido de exigir do Poder Público uma postura mais ativa no que concerne a assegurar o direito à vida e o direito à saúde:

#### EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR – DIREITO À SAÚDE - RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – NÚMERO INSUFICIENTE DE MÉDICOS ORTOPEDISTAS PARA ATENDER A DEMANDA DO HUSE - RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL - NÃO INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO – PRECEDENTES DO STF E DO STJ - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONDENOU O ESTADO DE SERGIPE A ACRESCENTAR À FORMAÇÃO DE ESCALA DE PLANTÃO DOS ORTOPEDISTAS MAIS 1 (HUM) MÉDICO NO SETOR DE URGÊNCIA E 01 (HUM) CIRURGIÃO ORTOPEDISTA NO CENTRO CIRÚRGICO - RECURSO DO ESTADO DE SERGIPE SUSTENTANDO: 1º) SUA EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO DA LIDE – REJEITADO – PARTE LEGÍTIMA PARA RESPONDER JURIDICAMENTE – 2º) RESERVA DO POSSÍVEL/INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS – AFASTADO - NÃO COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS – 3º) IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – AFASTADO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA IRRETOCÁVEL.

1. O direito fundamental à saúde, constante nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal configura-se num dever de prestar do Estado, através de seus entes políticos.
2. Tendo em vista que restou devidamente comprovada nos autos a

real necessidade do aumento na quantidade dos profissionais médicos ortopedistas no HUSE, tanto no setor de urgência/emergência quanto no centro cirúrgico, correta a condenação do Estado de Sergipe. (TJSE, Apelação, Acórdão:20153563, Processo:201200221133 relator: Ruy Pinheiro da Silva, Julgado dia 10/03/2015).

Diante do exposto, podemos afirmar que constatada as dificuldades estatais no atendimento à saúde, não pode o Poder Judiciário curvar-se ao retrocesso social. Deve, assumir postura ativa e velar pelo cumprimento das normas constitucionais. O que tem demonstrado a doutrina e a jurisprudência é que tais normas não podem ser reduzidas a meras e inconsequentes promessas do legislador constituinte.

A alegação do Estado de que o direito à saúde não pode ser estendido a todos por escassez de recursos públicos leva a aceitação da desigualdade, o que fere a Carta Magna e não pode ser assistido passivamente pelo Judiciário.

Sem garantia do direito à vida, consubstanciado na saúde, com a efetivação do mínimo social pelo Estado, o cidadão resta desumanizado, negando-se a igualdade e a justiça sociais, escopos da Constituição da República, Nada pode suplantar o interesse manifesto na Constituição Federal em ver cumpridos os direitos mínimos garantidores da sobrevivência digna do cidadão.

Neste diapasão, podemos concluir que é função precípua do Estado suprir a qualquer custo essas demandas, ainda que em prejuízo de outros direitos, pois a vontade social expressa na Carta Magna constitui-se em obrigação legal e moral para o Estado, que deve obedecê-la. Não o fazendo, o Estado-juiz estará legitimado a intervir para que o responsável cumpra o comando constitucional.

## 7. CONCLUSÃO

Dentre as normas constitucionais, destacam-se aquelas que consagram os direitos fundamentais em virtude de elas revestirem o ser humano das prerrogativas e faculdades inerentes a uma existência digna e livre, sem distinção de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.



Os direitos sociais, considerados como uma espécie dos direitos fundamentais, surgem como forma de amenizar as desigualdades existentes e devem ser garantidos pelo Estado e têm aplicabilidade imediata, nos termos do parágrafo 1º, artigo 5º da Constituição Federal.

A saúde como elemento integrante dos direitos sociais deve ser promovida como instrumento necessário à garantia da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

É com base nesses princípios que a Constituição, no capítulo referente à Ordem Social, coloca a saúde como direito de todos e dever do Estado, além de trazer em seu próprio bojo normativo o papel das ações políticas dos administradores e legisladores na concretização desse direito vital.

Para a promoção da saúde, o Estado deve lançar mão de políticas públicas. Estas nascem a partir da superação do liberalismo, com o reconhecimento de que o Estado mínimo não mais atende aos anseios da sociedade contemporânea.

O texto constitucional traz parâmetros e diretrizes, reguladores da ação política dos administradores e legisladores infraconstitucionais. Os objetivos traçados no artigo 3º da Carta Magna, exemplos de diretrizes constitucionais vinculantes, devem, portanto, ser perseguidos pelos agentes responsáveis pelo comando do Estado.

Acontece que muitas vezes o Estado tenta se desincumbir dessa função essencial alegando insuficiência de recursos. Para isso se vale da teoria da reserva do possível, construção doutrinária com origem na jurisprudência alemã. De acordo com esta teoria, o Estado só estaria obrigado a fornecer as prestações quando houvesse recursos disponíveis nos cofres públicos. Contudo, nestes casos os recursos poderiam ser contingenciados em outras áreas e realocados com vistas ao atendimento da demanda na área de saúde.

Neste ponto é que o princípio da força normativa da Constituição se faz presente. Considerar a efetivação dos direitos sociais, em especial a saúde, como dependentes da disponibilidade de recursos seria esvaziar o sentido e o amparo dado pelo legislador constituinte originário a esses direitos e também em razão de sua incompatibilidade com os ideais do Estado do Bem-Estar Social.

Deve-se dar atenção, também, ao princípio do mínimo existencial, intimamente ligado ao fundamento da dignidade da pessoa humana. É

baseado neste princípio que as prestações necessárias a uma existência digna não são passíveis de mitigação.

Portanto, tendo essa base teórica como referência, defende-se a possibilidade de um amplo controle judicial das políticas públicas em saúde, de modo a possibilitar o acesso integral aos serviços assistenciais de saúde.

Assim, constatada a omissão do Poder Público frente a essas necessidades, o Judiciário pode ser chamado a intervir e nesse esteio não estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, pois estaria resguardando o direito à saúde.

Nasce, então, além da possibilidade de uma intervenção no rumo das políticas públicas em saúde, uma obrigação de garantir à população os direitos assegurados pela Constituição. Essa é a nova função do Judiciário surgida a partir do alargamento de suas atribuições, com o advento do Estado Social.

Nesse sentido, não pode mais o Poder Judiciário, esconder-se atrás de decisões inócuas, acatando a teoria da reserva do possível ou a discricionariedade da Administração na fixação das políticas públicas, para evitar tensões entre a política e o direito.

Visto que no Estado Democrático o Judiciário se avoluma em abrangência e importância como Poder, é imprescindível que assuma seu papel de garantir os direitos sociais, em especial do direito à saúde, devido a sua estreita relação com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

É dever do Poder Executivo estabelecer metas, alocar recursos e executar seus programas de saúde. O papel fiscalizador fica a cargo da sociedade, do Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas e do Judiciário. Uma vez chamado a intervir, quando da omissão dos demais Poderes, o Judiciário tem o dever de garantir, de forma ampla, o acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.

Logo, é necessário um maior aporte de ações coletivas, pois estas permitem uma maior amplitude na garantia dos direitos pleiteados e auxiliam na construção jurisprudencial mais sólida.

## REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle político no espaço democrático. **RDE Revista de Direito do Estado**. ano 1, n. 3, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Legitimação dos Direitos Humanos**, 2002
- CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed., 1993, p.469.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 1998.
- DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n.41, 2004.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil - uma visão geral. **RDE Revista de Direito do Estado**. ano 2, n.7, 2007
- GOMES, Luís Flávio. **O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>>. Acesso em 13 abr 2015.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrine. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. 2010.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Bahia: Jus Podvim, 2013.
- KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, Saraiva, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: **Direito e Justiça – Reflexões Jurídicas**. Temas de Direito Econômico e Tributário. (Org. Astrid Heringer etall). Ed. Uri, Ano 5, nº 8, junho/2006.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. In: **Revista CEJ**. Ano XI, nº 37, p. 14-24. Brasília, 2007, p. 22.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais, Revista Brasileira de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, pp. 29-49, 1989. Apud ESTIGARA, Adriana. O crédito integra-se ao conjunto de condições necessárias ao patrocínio do mínimo ético existencial. **Revista Prática Jurídica** – Ano VII, nº 72, de 31 de março de 2008.

# **O DIREITO COLETIVO À HONRA E À IMAGEM DA MULHER VERSUS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE MÚSICAS QUE RETRATAM A IMAGEM FEMININA**

## **RESUMO**

O presente trabalho é resultado de pesquisa desenvolvida como fito analisar o direito coletivo à honra e à imagem da mulher em contraponto com a liberdade de expressão, direito fundamental no Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma pesquisa de caráter qualitativo, uma vez que se trata de uma pesquisa social, a qual procura explicitar os fundamentos jurídicos que denotam que não há direito fundamental absoluto, e de forma o Estado poderá resguardar os direitos coletivos. Aborda-se músicas de pagode nas quais usa-se vários adjetivos e duplo-sentido para referirem à imagem feminina. Traz um caso prático de ação civil pública em defesa do direito coletivo à honra e à imagem da mulher.

Palavras-chaves: direitos coletivos; dignidade da mulher; liberdade de expressão.

## **ABSTRACT**

The present work is the result of research developed as a way of analyzing the collective right to honor and the image of women as a counterpoint to freedom of expression, a fundamental right in the Democratic State of Law. This is a qualitative research, since it is a social research, which seeks to explain the legal grounds that denote that there is no absolute fundamental right, and so the State can safeguard collective rights. It approaches pagode music in which several adjectives and double-sense are used to refer to the female image. It brings a practical case of public civil action in defense of the collective right to honor and the image of women.

Key words: collective rights; dignity of women; freedom of expression.

Técnica do Ministério Público. Graduada em Direito pela Faculdade AGES- Paripiranga- BA. Pós graduada em Direito Público pela Faculdade Guanambi- BA. Endereço eletrônico: aparecida\_01@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, implantado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, propõe um Estado de liberdades, no qual a liberdade de expressão é direito expressamente defendido. Por outro lado, consagrou fundamentos concebidos como valores estruturantes do Estado, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, sendo que destes a dignidade da pessoa humana possui maior destaque.

A Constituição garante, em seu artigo 5º, inciso X, que 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.

Assegura, no mesmo artigo, a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato; a liberdade da expressão da atividade intelectual e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e o acesso de todos à informação.

No entanto, vê-se, por vezes, que a garantia constitucional de liberdade de expressão, no Estado Democrático de Direito, entra em conflito com o direito coletivo à honra e à imagem feminina, pois, não raro existem músicas que acabam por denegrir à imagem da mulher.

Nesse diapasão, o Ministério Público desempenha um papel muito importante na defesa do direito coletivo à honra e à imagem da mulher, enquanto pessoa, digna de proteção como todos os seres humanos.

A presente pesquisa tem o fito de analisar o direito coletivo à honra e à imagem da mulher num Estado onde a liberdade de expressão é direito fundamental dos indivíduos. Para tanto, a pesquisa terá caráter qualitativo, uma vez que se trata de uma pesquisa social, a qual procurará explicitar os fundamentos jurídicos que denotam que não há direito fundamental absoluto e traz a ação civil pública enquanto mecanismo de defesa de direitos coletivos.

Os estudos que empregam uma metodologia qualitativa podem delinear a complexidade de determinado problema, ponderar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais e permitir, em maior nível de profundidade, o entendimento das peculiaridades dos comportamentos dos indivíduos .

No campo científico, faz-se necessário o estudo do tema, tendo em vista que será demonstrada a necessidade de ponderação de dois direitos fundamentais inerentes à pessoa humana: de um lado tem-se a liberdade de expressão, e, de outro, a dignidade da mulher como ser humano. Nesse contexto, mostrará a necessidade de interpretação da lei diante do dinamismo da sociedade, e, conseqüentemente, dos conflitos sociais.

## 2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Democrático de Direito é fruto de um processo histórico constitucional que se iniciou com o Estado de Direito, atingindo o Estado Social de Direito, até alcançar o atual Estado Democrático de Direito. Sobre o tema, contribui César Caúla:

O Estado de Direito Democrático e Social é um arranjo muito delicado, em que qualquer interferência em um componente implica conseqüências importantes sobre os demais. A democracia é tida como importante mecanismo de adoção de decisões coletivas, mas não pode ser adequadamente compreendida senão quando percebida sob os signos da liberdade e da igualdade, sendo externamente limitada pela observância dos direitos fundamentais<sup>1</sup>.

A implantação do Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil pressupõe a consagração de fundamentos compreendidos como valores estruturantes do Estado, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é o que ocupa uma função de destaque, levando-se em conta que a sua consagração do texto Constitucional denota o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve configurar o seu objetivo supremo, ou seja, na relação entre o indivíduo e o Estado deve existir uma condição a favor do ser humano e de sua personalidade.

---

1 CAÚLA, César. **Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição**, 2010. p. 42-43

Pode-se afirmar que a dignidade não é apenas um direito, mas um atributo intrínseco a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito e o ordenamento jurídico tem o atributo de proteger e promover este valor. Segundo Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>2</sup>

Desse modo, o dever de proteção da dignidade da pessoa humana denota uma ação positiva advinda dos poderes públicos em defesa da dignidade em face de qualquer espécie de violação, inclusive por terceiros. Já o dever de promoção estabelece que o Estado atue com o fito de proporcionar os meios indispensáveis a uma vida digna. É tarefa basilar do Estado Democrático de Direito, superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que alcance a justiça social.

## 2.1 A liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IX, declara que é livre a expressão de atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Dito de outro modo, a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação é um direito fundamental que tem fulcro na liberdade de pensamento. Nesse sentido, Cunha acrescenta:

Enquanto o direito de opinião consiste na liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, de externar juízos, conceitos, convicções

---

2 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2007, p. 16.



e conclusões sobre alguma coisa, o direito de expressão é o direito de manifestação das sensações, sentimentos ou criatividade do indivíduo, tais como a pintura, a música, o teatro, a fotografia, etc.<sup>3</sup>

Todavia, as manifestações intelectuais, assim como as artísticas, apesar de gozarem de ampla liberdade, precisam estar em harmonia com os demais direitos fundamentais. Ou seja, não se pode utilizar de um direito para ferir outro.

No caso dos artistas, ao criarem músicas com adjetivos pejorativos para se dirigirem à mulher, estão usufruindo da ampla liberdade de expressão, por outro lado, ferem o direito à igualdade e a dignidade, inerentes a todo ser humano.

Assim, torna-se evidente que a liberdade de expressão está sujeita à observância dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, o que denota que a liberdade de expressão não é direito absoluto, devendo ser exercido em consonância com os demais interesses tutelados pela Lei Maior vigente.

No próximo capítulo serão abordadas as representações de gênero em letras de músicas e de que forma estas atingem à honra e à imagem da mulher.

### 3. REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO NAS LETRAS DE MÚSICAS DE PAGODE

As letras das músicas de pagode baiano revelam uma tendência que vem se firmando há muito: a mulher é representada pela sua sensualidade, sendo sua imagem sexualizada, servindo-se de temática inspiradora e como pano de fundo para as composições de grande parte dos grupos. É o que se observa na música “Pressão” da autoria de Fagner/Kleber Matos/Falcão (Grupo Guig Gueto):

Quando você samba  
Eu fico todo arrepiado  
Ver você sambando eu fico louco, apaixonado  
Vem pra cá, negona, dá pra mim essa pressão

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 685.

E abala meu coração  
Pressão  
Vou botar pressão, mamãe  
Pressão  
Chama na pressão, mamãe (refrão)

Chega mais perto  
Vem me abraça, não me pirraça  
Não faz assim comigo, não  
Poderosa demais  
Me dá tesão.

Outras composições são ainda mais ousadas, e, tratam da mulher como um ser interesseiro, vulgar, que não pode ver um litro de uísque com um homem. Diz-se que ao ver a bebida ficam excitadas e interessam-se por aqueles que estão com o litro de uísque na mão. Senão vejamos a letra da música “Perereca pisca” da Banda Black Style:

Por favor apague a luz  
A luz, a luz  
Por favor apague a luz  
A luz, a luz

Quando eu chego na boate  
Ela se excita  
Levanta a garrafa de whisky  
A perereca dela

Pisca, pisca, pisca  
Pisca, pisca, pisca (4x)

Você que conquistar uma mulher  
Vou te dizer como é que é  
Não venha com sua cerveja  
Pois cerveja ela não quer (2x)

Quem toma whisky levanta a mão  
Quem toma whisky levanta a mão (2x)

Há também músicas que depreciam a imagem da mulher ao mais baixo nível, retratando sua sexualidade de forma pejorativa, ao mesmo em que a tratam com o adjetivo “cachorra”. Conforme letra abaixo, também da Banda de Pagode Black Style:

Robissão já pegou,  
o Ramom pegou também,  
o Jael engravidou tá esperando seu nenem,  
Netinho pegou de quatro,  
Vitinho fez frango assado,  
Fabinho sem camisinha pegou uma coceirinha;

O nome dela é Marcela eu vou te dizer quem é ela ,  
Eu vou te dizer quem é ela (2x)

Ela, ela, ela é uma cadela  
Ela, ela mas ela é prima de Isabela(4x)

Me dá, me dá patinha  
Me dá, me dá patinha  
Me dá, me da patinha  
Me dá sua cahorrinha (3x)

O nome dela é Marcela eu vou te dizer quem é ela ,  
Eu vou te dizer quem é ela (2x)

Ela, ela, ela é uma cadela  
Ela, ô é prima de Isabela  
Ela, ela é minha cinderela.  
Ela, mas ela é prima.

Verifica-se também que há uma tendência nas músicas de pagode à referirem-se à genitália da mulher, utilizando-se de várias expressões ofensivas, como por exemplo “perereca”, “xana”, “theca” e “tabaco”. Na produção musical do grupo baiano Black Style, o corpo feminino apresenta-se fragmentado como objetos sexuais e genitália em constante trân-

sito entre performances e discursos. É o que se observa na composição que segue:

Atenção menina, cuidado com a chuva.  
Quem deu pranchinha, quem deu megahair.  
Os homens podem ficar porque a chuva é boa.  
É chuva de pererecaaaaaaaaaaaaaaa.

Se o tempo tá bom então vai chover

Hoje tem chuva de perereca.  
Se o tempo tá bom então vai chover  
Hoje tem chuva de perereca.  
Se o tempo tá bom então vai chover  
Hoje tem chuva de perereca.  
Se o tempo tá bom então vai chover  
Hoje tem chuva de perereca.

Deixa cair, deixa cair,  
Deixa cair perereca no chão!  
Deixa cair, deixa cair,  
Deixa cair perereca no chão!  
Deixa cair, deixa cair

Nesse viés, oportuna é a ponderação de Nascimento<sup>4</sup>:

Ao longo dessa trajetória relativamente curta e em curso, porém intensiva, o Black Style tem investido em uma apologia explícita a genitália, haja vista a infinidade de signos usados para representá-la, ora buscando o caminho do duplo sentido, ora através de referentes explicitamente colocados acionando um sentido desqualificador e alvitante do corpo feminino. O conteúdo cênico das performances motivadas a partir dos sentidos construídos em seu repertório,

---

4 NASCIMENTO, Clebemilton Gomes do. “Backlash” e fragmentação do corpo feminino no pagode do grupo baiano Black style. p. 2. Disponível em: <http://www.cult.ufba.br/ene-cult2009/19227.pdf>.

assim como a sua popularidade demonstram a relevância de se empreender estudos mais aprofundados sobre a música como um importante veículo de afloramento de novas formas de socialização e entretenimento no contexto da Bahia contemporânea.

Segundo Nascimento<sup>5</sup>, ainda é possível localizar dois modelos de representação da mulher nas letras das músicas baianas. De um lado, está a mulher idealizada, destinada para o casamento, e para constituição da família e, do outro, a mulher sexualmente livre, fora das normas sociais, de sexualidade desregrada, que, nessa representação é desejada e, ao mesmo tempo, desqualificada pelo discurso masculino. Senão, vejamos:

Cristina meu amor  
Não dá mais pra mim  
Quero um futuro com você  
Mas você só quer pagode e curtir (2x)

Esqueça tudo. Eu estou sempre no meu mundo  
Não dá para continuar com esse amor sem futuro  
A nossa história de amor  
O vento levou  
Olhe para o céu e veja

Partindo o nosso amor  
Voou, voou, voou, voou, voou, voou... ah, tudo acabou  
Voou, voou, voou, voou, voou, voou e o ventou levou (2x)

Cristina meu amor, pare para pensar  
Fiz de tudo para o meu amor por ti não acabar  
Queria tudo e você nada  
Eu fiz de tudo e você nada<sup>6</sup>

---

5 NASCIMENTO, Clebemilton Gomes do. **Entrelaçando corpos e letras: representação de gênero nos pagodes baianos**. p. 104. 2009.

6 Composição de Flavinho (2001). Os Bambas.

Na letra da música “Cristina”, observa-se a representação da mulher numa zona conflitante, isto é, de um lado o modelo aceito socialmente pelo senso comum e de outro, o modelo extirpado. Vale frisar que a representação de “Cristina” é construída como ideal para o relacionamento, no entanto, o comportamento de Cristina se torna incompatível para a construção de uma união, esta pode ser entendida como namoro, casamento ou um relacionamento para além do sexo. Torna-se evidente que a mulher deveria abdicar da liberdade de sair e participar de festas, para não ser rotulada por estereótipos que marginalizam a mulher.

### 3.1 Linguagem e “duplo sentido” nas músicas

Analisando letras de músicas que tem como temática a mulher, torna-se explícito a presença daquilo que o senso comum denomina duplo sentido. Para Nascimento<sup>7</sup>:

A enunciação produzida pelo jogo lingüístico do duplo sentido está entre o dito e o não-dito, mas como valor de dito, já que o enunciador não assume, explicitamente, o seu discurso optando por um enunciado polissêmico. Isso acontece devido a uma intencionalidade do sujeito frente à linguagem, tanto por parte do produtor quanto do leitor/ouvinte, desde que ambos compartilhem o mesmo campo simbólico. Se o sujeito opera com a ambiguidade, há, pelo menos, duas interpretações possíveis, embora uma, a dominante, seja sempre expressa pela ideologia e pela historicidade das palavras.

Geralmente, o duplo sentido é um recurso utilizado, nas letras de pagode para transmitir um conteúdo acerca da sexualidade. Para Gayle Rubin *apud* Nascimento, a relação entre o feminismo e o sexo é complexa, uma vez que a sexualidade é um elo das relações entre gênero.

Desse modo, muitas vezes a opressão em face das mulheres é gerada e mediada pela sexualidade, ou seja, construída no interior dessa relação.

---

7 NASCIMENTO, Clebemilton Gomes do. Op. cit. p. 97.

Outrossim, o duplo sentido é usado para veicular um discurso naturalizado, ideologicamente marcado por juízos de valor, preconceitos e censura. Serve para difundir um conteúdo que não pode ou não deve ser dito, tendo como foco a sexualidade. A este teor, impende trazer a letra da música “Pica Pau”:

Eu já falei pra você não marcar toca  
 Sua garota cresceu, está dando água na boca  
 Já não é mais uma criança, é uma gata no cio  
 Meu cachorro vadio, já ficou sabendo  
 Que ela não assiste mais ao desenho do lobo mau  
 Ela agora só quer ver desenho do pica-pau  
 He, he, he, he, he, pica-pau.

A letra da música transcrita traz, de forma sarcástica, a construção discursiva “pica pau” resultando num enunciado ambíguo, trazendo dois significados que se interligam, de um lado faz-se referência ao personagem de desenho animado, que está associado à infância e a ideia de ingenuidade, de outro, o significado de pica pau refere-se à sexualidade e à genitália masculina.

Há de reconvir que o uso do termo “gata no cio” para referir-se à criança que cresceu denota uma linguagem por vezes obscena, uma vez que o animal (gata) nesse período demonstra comportamento incompatível com a conduta humana.

O duplo sentido também se faz presente na música “Relaxa na bica”, da Banda de pagode Black Style, senão vejamos:

Lá na fazenda grande  
 A mulher que vai e fica  
 Tomar uma gelada e relaxar na bica ( 2x )

Relaxa na bica, relaxa na bica  
 Relaxa na bica, relaxa na bica (bica)  
 Relaxa na bica (bica), relaxa na bica (bica)

No ensaio do Black Style, da noite passada  
 Na fonte da bica, curar minha ressaca ( 2x )

Relaxa na bica, relaxa na bica,  
 Relaxa na bica, relaxa na bica (bica)  
 Relaxa na bica(bica), relaxa na bica (bica)

Aparentemente, não há nada de ofensivo com a letra da música supracitada, no entanto, percebe-se que a palavra “bica” na verdade se refere ao órgão genital masculino e a coreografia demonstrada pela Banda citada alhures faz questão de confirmar tal interpretação.

No próximo capítulo, passa-se a analisar a tutela dos direitos coletivos e a legitimidade do Ministério Público na tutela do coletivo à honra e à imagem da mulher.

## 4. A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

### 4.1 Direitos coletivos: conceito e proteção constitucional

A conceituação para os direitos coletivos foi objeto de grande dificuldade para a doutrina, tornando-se objeto de dúvida. Hermes Zanete Jr.<sup>8</sup> explica que havia apenas certa homogeneidade obtida com relação aos direitos difusos e coletivos, vistos sob o aspecto subjetivo como direitos transindividuais e, no aspecto objetivo, como indivisíveis. Entretanto, o advento do Código de Defesa do Consumidor – CDC solucionou esta problemática no direito brasileiro.

Com a entrada em vigor, no Brasil, do CDC, os direitos coletivos *latu sensu* encontram-se subdivididos em três categorias: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Assim, tem-se por direitos difusos (art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indetermi-

8 ZANETTI, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu**: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em 18 dez. 2014.



nadas (ou seja, há uma indeterminabilidade dos sujeitos, não há individualização) ligadas por circunstâncias de fato, não existe um vínculo comum de natureza jurídica.

*In casu*, o objeto de estudo do presente trabalho ao tratar sobre a proteção da dignidade da mulher a partir da vedação à contratação pelo poder público de atrações musicais que denigram a imagem feminina enquadra-se como um direito difuso, visto que, a ofensa perpetrada por estas bandas de músicas afeta uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica-base.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II do CDC) foram classificados como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base<sup>9</sup>. Nesse particular cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a “parte contrária”.

Importante ressaltar que a relação-base tem caráter de anterioridade, isto é, necessita ser anterior à lesão. Portanto, o principal elemento que diferencia os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu* é a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão.

O CDC trouxe ainda a definição de direito individual homogêneo, Hermes Zaneti Jr. explica que sem a sua criação pelo ordenamento jurídico brasileiro não existiria a possibilidade de tutela “coletiva” de direitos com natural dimensão coletiva, decorrentes da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes.

Assim:

Tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada<sup>10</sup>.

9 ZANETI, Hermes. Op. cit.

10 ZANETI, Hermes. Op. cit.

De acordo com o CDC, os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III do CDC) são aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo).

Vemos que o ordenamento jurídico brasileiro, com a nova ordem constitucional, passou a tutelar com efetividade os direitos coletivos *latu sensu*. Assim, ao tratarmos de direitos da personalidade constitucionalmente garantidos, atrelados à dignidade humana, como a honra das mulheres, discutida neste trabalho, podemos nos valer de mecanismos protetivos que contribuirão para a concretização desses direitos.

Para que estes novos direitos constitucionalizados pudessem ter a efetiva expectativa de sua concretização, o legislador constituinte dispôs de uma série de ações e mecanismos processuais para que houvesse o acesso à justiça. Diante das suas especificidades, o processo coletivo é considerado um microsistema com regras e princípios próprios, que será estudado no tópico seguinte.

#### 4.2 Microsistema processual coletivo

O microsistema do processo coletivo brasileiro compõe-se de regras e princípios específicos, criados para a tutela eficaz dos direitos coletivos *latu sensu* ou tutela de massa.

O reconhecimento expresso dos direitos e deveres coletivos como direitos fundamentais se iniciou com a Constituição Federal de 1988, que garantiu o acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela coletiva (art. 5º, inciso XXXV) e o devido processo legal (art. 5º, inciso LV) também aos direitos coletivos, ampliando a tutela para “outros direitos e interesses difusos e coletivos”. Esta fase trazida pela Constituição Federal é intitulada pela doutrina como “fase da tutela jurídica integral, irrestrita, ampla”, também referida como “tutela coletiva holística” e encontra-se inserida na terceira fase da evolução da proteção aos direitos e deveres coletivos *latu sensu*.

A evolução gradual da tutela coletiva é identificada pela doutrina em três momentos principais. A primeira fase é a da “fase da absoluta predominância individualista da tutela jurídica”. Hermes Zaneti Jr. e Leonardo de

Medeiros Garcia<sup>11</sup> explicam que esta fase é inaugurada com o Código Civil de 1916 que determinou o fim das ações populares como ações coletivas no Brasil, relegando o direito de ação apenas àqueles que possuíssem interesse próprio ou de sua família e deixando as questões atinentes aos interesses das coletividades ao direito penal e ao direito administrativo. Este é um momento em que os direitos coletivos têm a sua proteção insuficiente, sendo considerado um grande retrocesso na proteção desses direitos.

O segundo momento é a “fase da proteção fragmentária dos direitos transindividuais” ou “fase da proteção taxativa dos direitos massificados”. Nesta fase, algumas espécies de direitos coletivos passaram a ser tuteladas, todavia, predominava como regra a dimensão individualista dos direitos, de sua tutela e do processo civil.

Nesse período, o ordenamento jurídico brasileiro tutelava o patrimônio público por meio da decretação de nulidade ou anulação dos atos lesivos, através da ação popular (Constituições de 1934 e 1946, Lei nº 4.717/65), responsabilidade civil por dano ambiental<sup>12</sup>, meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, turístico ou paisagístico.

Acontece que, à época, foi vetado o inciso IV que ampliava a ação para “qualquer outro interesse difuso”, por isso, que a ação civil pública nasceu manietada pela noção de fragmentariedade e taxatividade, caracterizando esta fase de proteção taxativa dos direitos coletivos.

Neste sentido, afirma Almeida:

Todavia, como os sistemas implantados inicialmente pela LACP (1985) era o da taxatividade da tutela jurisdicional coletiva, pois o seu art. 1º arrolava taxativamente quais direitos ou interesses transindividuais poderiam ser objeto material da ação civil pública, a LACP (Lei nº 7.347/85) encontra-se inserida nessa segunda fase da tutela jurídica coletiva fragmentária e taxativa<sup>13</sup>.

11 ZANETI, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: editora JusPodivm, 2012.

12 Lei nº 6.938/81, art. 14, § 1º. “O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

13 ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Material Coletivo**: superação da *summadvivisio* direito público e direito privado por uma nova *summadvivisio* constitucionalizada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 425.

Por fim, a terceira fase, retratada anteriormente, é a que a tutela jurídica ocorre de forma integral, em que o reconhecimento dos direitos coletivos ocorreu de forma expressa e de forma ampla.

Após a Constituição Federal de 1988, a proteção dos direitos coletivos no Brasil está disposta em diversos mecanismos legais como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública, a lei de Ação Popular e o Estatuto do Idoso, sendo aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Em relação à aplicação do Código de Processo Civil às ações coletivas, Rodrigo Mazzei<sup>14</sup> explica que o CPC terá caráter subsidiário, isto é, somente terá aplicação se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microsistema coletivo.

Esse conjunto de regras, segundo a doutrina e a jurisprudência, é chamado de microsistema do processo coletivo, que possui regras e princípios próprios. Em relação aos princípios do processo coletivo, o tópico seguinte abordará os principais aspectos dessas normas jurídicas.

### 4.3 Princípios do processo coletivo

Os princípios da tutela jurisdicional coletiva objetivam assegurar mais eficácia aos processos judiciais, com a obediência a um regramento próprio.

Fredie Didier Jr.<sup>15</sup> explica que, por exemplo, o devido processo legal precisa ser adaptado ao processo coletivo para garantir a legitimidade social aos processos coletivos e às decisões judiciais. Com isso, diversos institutos necessitam se acomodar às peculiaridades desse processo e novos princípios autônomos surgem para esse “devido processo coletivo”, como o princípio da adequada representação, da competência adequada e da informação e publicidade adequadas<sup>16</sup>.

Outro fundamental princípio é o “princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo”. Para ele, o juiz deve buscar facilitar o acesso à justiça, sendo necessário, inclusive, su-

14 MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: Luiz Manoel Gomes Junior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (Coords.) – **Ação Popular** – Aspectos relevantes e controvérsias. São Paulo: RCS, 2006.

15 DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Salvador: editora JusPodivm, 2010.

16 DIDIER, Fredie; JÚNIOR, Hermes Zaneti. Op. cit.

perar vícios processuais, pois as ações coletivas são de natureza social<sup>17</sup>.

Em virtude do reconhecimento de que sempre existirá o interesse social na tutela coletiva é que a doutrina sistematizou o “princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva”. De acordo com este princípio, deve-se dar tratamento prioritário aos feitos destinados a esta espécie de tutela, pois se aplica a regra principiológica de que o interesse social geralmente prepondera sobre o individual

De grande relevância é o “princípio da presunção da legitimidade *‘ad causam’* ativa pela afirmação de direito coletivo”, que significa que basta a afirmação de direito coletivo para a presunção da legitimidade *ad causam*. Assim, o Poder Judiciário ao aferir a legitimidade ativa do legitimado coletivo, não deve analisar a titularidade do direito ou interesse coletivo. Hermes Zaneti<sup>18</sup> explica que, com relação ao Ministério Público, a aplicação do princípio decorre da própria Constituição, pois os artigos 127, *caput*, e 129, inciso III, atribuem legitimidade coletiva institucional, bastando se tratar de direito social ou individual homogêneo indisponível para que seja configurada a legitimidade do *Parquet*.

Diante da relevância da ação coletiva, esta terceira fase da tutela jurídica dos direitos coletivos, em que a proteção jurídica é ampla e irrestrita, traz o “princípio da não-taxatividade da ação coletiva”. Segundo ele, não se pode limitar as hipóteses de cabimento da ação coletiva. Este princípio encontra-se presente no art. 129 da Constituição Federal ao dispor sobre a proteção de “outros interesses difusos e coletivos”, bem como os artigos 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão” e 1º, inciso, IV da Lei da Ação Civil Pública “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

A doutrina apresenta também o “princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva”, consoante explica Hermes Zaneti<sup>19</sup>:

Por tal princípio, busca-se o aproveitamento máximo da prestação jurisdicional coletiva, a fim de se evitar novas demandas, principalmente as individuais que possuem a mesma causa de pedir. Assim, devem ser extraídos todos os resultados positivos possíveis

17 ZANETI, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: editora JusPodivm, 2012.

18 ZANETI, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Op. cit.**

19 ZANETI, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Op. cit.** p. 22.

da certeza jurídica emergente do julgamento procedente do pedido formulado em sede de uma ação coletiva.

É nessa perspectiva que se observa, por exemplo, o sistema de extensão da *in utilibus* da coisa julgada coletiva prevista no art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, em que fica garantido ao titular do direito individual, em caso de procedência da demanda coletiva, utilizar a sentença coletiva no seu processo individual (transporte *in utilibus*).

Essa busca pela efetividade do processo coletivo e a verdade processual fez com que o legislador concedesse ao Poder Judiciário, no direito processual coletivo, poderes instrutórios amplos para que fossem realizadas todas as diligências necessárias ao alcance da efetividade e da verdade. O sistema constitucional vigente exige, portanto, a atuação de um novo papel para o juiz. Esta exigência repercute na existência de um importante princípio o “do ativismo judicial ou da máxima efetividade do processo coletivo”.

Podemos citar como mecanismos processuais de atuação ativa do Judiciário previstos na legislação: a) a determinação *ex officio* de produção de toda prova necessária ao alcance da verdade processual; b) a concessão de liminar, com ou sem justificativa prévia, conforme o art. 12, da Lei nº 7.347/85; c) a concessão de antecipação de tutela, com ou sem requerimento da parte (art. 84, § 3º, da Lei nº 8.078/90; e d) a concessão de medidas de apoio previstas no art. 84, § 3º, da Lei nº 8.078/90, para assegurar o resultado prático equivalente<sup>20</sup>.

Ada Pellegrini Grinover<sup>21</sup> discute este novo papel do juiz, para ela:

[...] nas demandas coletivas, o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado ‘juiz neutro’ – expressão com que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instancias sociais –, motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso.

20 ZANETI, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Op. cit.**

21 GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, p. 57.

É este novo papel do Judiciário, concretizando os direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional, que a sociedade reclama para que atue. Nesta perspectiva, a proteção da honra e da dignidade da população feminina no Brasil, enquanto direito difuso, também pode ser garantida pela via judicial, diante dos diversos e importantes mecanismos dispostos aos cidadãos para o exercício pleno de sua cidadania.

#### **4.4 A tutela coletiva do direito à honra e à imagem da mulher: o caso “Furacão 2000”**

Como dito em linhas anteriores, a nova ordem constitucional possibilitou a tutela irrestrita dos direitos coletivos, com isso, a atuação dos cidadãos e dos órgãos legitimados na defesa dos direitos fundamentais torna-se mais efetiva.

É neste cenário que a ação civil pública tornou-se um eficaz meio de concretização de direitos, tendo o Ministério Público um papel indispensável na condução dessa espécie de demanda.

Em relação à proteção da honra e da imagem da mulher que são ofendidas por meio de manifestações de música, a jurisprudência nacional possui um caso paradigmático e que merece nos determos em seu estudo. Trata-se da ação civil pública proposta em face da empresa responsável por duas músicas de funk que em suas letras vulneram a imagem feminina e incitam a violência contra a mulher. Em janeiro de 2003, o Ministério Público Federal e a Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero ajuizaram ação civil pública perante a Justiça Federal de Porto Alegre/RS contra a empresa Furacão 2000 Produções Artística Ltda., responsável pelas músicas “Tapinha” e “Um tapinha não dói” que fizeram sucesso no início dos anos 2000.

As músicas foram consideradas como incitadoras de violência contra a mulher. De acordo com os autores da ação, as letras além de banalizarem a violência contra a mulher, transmitem uma visão de preconceito contra a imagem da mulher e seu papel social, e dividiram as mulheres em “boas” e “más” de acordo com sua conduta sexual. Vejamos a letra de uma das músicas:

## Um Tapinha Não Dói

Vai Glamurosa  
 Cruze os braços no ombrinho  
 Lança ele prá frente  
 E desce bem devagarinho...

Dá uma quebradinha  
 E sobe devagar  
 Se te bota maluquinha  
 Um tapinha eu vou te dar

Porque:  
 Dói, um tapinha não dói  
 Um tapinha não dói  
 Um tapinha não dói  
 Só um tapinha..

Para o Ministério Público Federal esse tipo de música ofende não só a dignidade das mulheres que se comportam de acordo com o descrito em suas letras, mas toda e qualquer mulher, por incentivar à violência, tornarem-na justificável e reproduzirem o estigma de inferioridade ou subordinação em relação ao homem<sup>22</sup>.

No primeiro grau de jurisdição, o juiz federal substituto Adriano Vitalino dos Santos, da 7ª Vara Federal de Porto Alegre, julgou procedente a ação civil pública para condenar a empresa ré ao pagamento de multa no valor de 500 mil reais pelo lançamento das músicas, sendo o valor revertido em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos, consoante estabelece a Lei nº 7.347/85.

Todavia, em grau de recurso, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, processo AC 0001233-21.2003.404.7100<sup>23</sup>, absolveu a

22 MIGALHAS. Furacão 2000 é condenada ao pagamento de multa no valor de 500 mil reais pelo lançamento da música “Um tapinha não dói”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17%2cM157233%2c21048-Furacao+2000+e+condenada+ao+pagamento+de+multa+no+valor+de+500+mil>> . Acesso em 13 jan. 2015.

23 BRASIL. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=200371000012330&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnReflid=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200371000012330&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnReflid=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)> Acesso em 13 jan. 2015.



empresa ré. De acordo com o desembargador federal, Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, que prolatou o voto-vista do processo, inexistente prova – psicológica, sociológica, antropológica, política ou técnica – de que as letras de “mau gosto” consigam gerar um sentimento negativo em relação à mulher de forma a depreciar sua autoestima ou incentivar sua agressão, a ponto de justificar que sejam proibidas ou censuradas.

A decisão do TRF-4ª Região foi contrária ao sistema de proteção dos direitos fundamentais, garantido pela Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, em que pese possuímos formalmente uma série de mecanismos constitucionais e legais para a proteção desses direitos, a realidade mostra-nos a não utilização dessas garantias, em virtude da resistência das instituições e de seus agentes em promoverem a concretização da cidadania no Brasil.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, e é essencialmente esta que representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, propagando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, sobre todos os atos estatais.

É cediço que a supremacia constitucional é o fulcro de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, posto que, por um lado assegura o respeito à ordem jurídica, ao mesmo tempo em que proporciona a efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, se um direito fundamental coletivo é infringido, o Estado, na pessoa do Ministério Público tem o condão de atuar para que o transgressor não fique impune.

Ademais, o legislador constituinte dotou o ordenamento jurídico brasileiro de eficazes instrumentos de proteção dos direitos coletivos *latu sensu*, assim, o direito à honra e à imagem das mulheres, enquanto direito fundamental, deve ser concretizado pelo Estado e os cidadãos podem reivindicar a sua efetividade, inclusive, pelo amplo acesso à justiça proporcionado pelas ações coletivas.

Nesse diapasão, a problemática ocorre quando dois direitos fundamentais colidem entre si, pois, não há no ordenamento constitucional vigente a afirmação de que um direito fundamental seja maior ou menor

que outro. Porém, o que deve haver é uma harmonização entre os direitos fundamentais. Assim, a liberdade de expressão deve caminhar em consonância com os demais direitos fundamentais, sob pena de haver responsabilização civil pelos excessos cometidos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Material Coletivo**: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEZERRA, Sheila. **Expressões ilimitadas e liberdades tolhidas**: um olhar crítico sobre a “liberdade de expressão” que incita a violência contra as mulheres e a impunidade, 2007. 3p. Disponível em: <[http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1223&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5](http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1223&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5)>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CAÚLA, César. **Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER, Fredie. ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Salvador: editora JusPodivm, 2010.

FORSTER, Susan Christina. **Música e Humilhação**: uma visão através das indenizações de dano moral. São Paulo: Blucher, 2011.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MAZZEI, Rodrigo. **A ação popular e o microsistema da tutela coletiva**. In: Luiz Manoel Gomes Junior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (Coords.) – Ação Popular – Aspectos relevantes e controvérsias. São Paulo: RCS, 2006.

MIGALHAS. Furacão 2000 é condenada ao pagamento de multa no valor de 500 mil reais pelo lançamento da música “Um tapinha não dói”. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17%2cMI57233%2c21048.Furacao+2000+e+condenada+ao+pagamento+de+multa+no+valor+de+500+mil>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

NASCIMENTO, Clebemilton Gomes do. **Entrelaçando corpos e letras**: representações de gênero nos pagodes baianos. 2009. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

NASCIMENTO, Clebemilton Gomes do. **Backlash” e Fragmentação Do Corpo Feminino No Pagode Do Grupo Baiano Black Style**. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2009/19227.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

NASCIMENTO, Clebemilton Gomes do. **“Piriguetes e Putões”**: representações de gênero nas letras do pagode baiano. Seminário Internacional Fazendo Gênero 8 – Corpo, Violência e Poder. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Simpósio Temático (ST 55) – Música 134 popular brasileira & relações de gênero. Disponível em: <[http://www.fazendogenero8.ufsc.br/sts/ST55/Clebemilton\\_Gomes\\_do\\_Nascimento\\_55.pdf](http://www.fazendogenero8.ufsc.br/sts/ST55/Clebemilton_Gomes_do_Nascimento_55.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

ZANETI, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu**: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em 18 dez. 2014.

ZANETI, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direitos difusos e coletivos. 3<sup>a</sup> ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: editora JusPodivm, 2012



## FEMINICÍDIO E SUAS ALTERAÇÕES À LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

### RESUMO

O propósito deste trabalho é apresentar a figura do Femicídio como a nova qualificadora do crime de homicídio, adicionada pela Lei 13.104/2015 e suas consequentes alterações ao Código Penal Brasileiro e à Lei 8.072/1990. Desta forma, exploraremos com precisão o assunto, esclarecendo os benefícios que a novel Lei trará ao combate dos assassinatos praticados contra a mulher pela misoginia ou violência doméstica e familiar, fortalecendo a Lei Maria da Penha e tratando a conduta criminosa de forma mais rígida, visando prevenir sua prática.

Palavras-chave: Femicídio. Homicídio. Violência de Gênero. Violência Doméstica e Familiar.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to present the figure of Femicide as the new qualifier of the crime of murder, added by Law 13.104/2015 and its consequential amendments to the Brazilian Penal Code and the Law 8.072/1990. In this way, we will explore precisely the subject, explaining the benefits that will bring new law to combat the murders committed against women by misogyny or domestic violence, strengthening the Maria da Penha Law and treating the criminal conduct more tightly, aiming prevent their practice.

Keywords: Femicide. Homicide. Gender Violence. Domestic and Family Violence.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa está voltada para a análise da Lei 13.104/2015, que entrou em vigor em 09 (nove) de março de 2015, tratando sobre o Femicídio como nova qualificadora para o crime de homicídio, bem como as alterações que esta trouxe ao Código Penal Brasileiro (Decreto Lei 2.848/1940) e à Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

A relevância jurídica do tema está não só para as vítimas do crime e suas famílias, mas para toda a sociedade brasileira, uma vez que a referida lei veio reforçar aquilo que é tutelado pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), tratando com mais rigor o homicídio praticado contra a mulher que ocorre em detrimento de ódio ao gênero (menosprezo ou discriminação à condição mulher) ou mediante violência doméstica e familiar.

A escolha do tema deu-se devido recente criação da Lei e da mistificação que esta possui, considerando que poucos sabem à fundo o seu real objetivo e o quem vem a ser o feminicídio.

Destarte, o presente Artigo Científico se propõe a buscar compreender a realidade dos homicídios praticados contra a mulher no Brasil e quais os benefícios que a lei ora estudada traz ao seu combate, prevenindo-o e punindo sua prática de forma mais severa.

Com efeito, pretende-se trazer no primeiro capítulo deste trabalho acadêmico as considerações acerca da palavra “Femicídio”, explanando seu conceito, origem e espécies.

Feitas as considerações acerca do significado e espécies de Femicídio, e adentrando-se profundamente ao cerne do tema ora escolhido, o segundo capítulo traz as alterações que a Lei 13.104/2015 fez ao Código Penal, comentando cada inciso e parágrafo acrescentados a este.

Outrossim, trar-se-á à baila, já no terceiro capítulo o Femicídio como Crime Hediondo, considerando que sua inclusão no rol de homicídios qualificados prevê, conseqüentemente, sua hediondez.

Toda a pesquisa será desenvolvida através dos métodos descritivo, quantitativo, qualitativo, exploratório e análise de dados, por meio de pesquisas técnicas e bibliográficas, que se darão por livros e sítios da internet. Além de julgados proferidos pelos Tribunais Superiores e da própria legislação brasileira.

## 2. FEMINICÍDIO: CONSIDERAÇÕES GERAIS, CONCEITO E ESPÉCIES

A ótica diferenciada quanto à proteção da mulher, devido à vulnerabilidade feminina, despontou no Brasil com a promulgação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto 1.973/1996), tendo ganhado força com o advento da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (GRECO, 2015).

Mesmo com leis que versam especificamente sobre a violência contra a mulher, visando coibi-la, de acordo com dados obtidos através do site do Senado Federal, acessado em 03 de abril do corrente ano, a cada duas horas uma mulher é morta no Brasil. Ainda no mesmo sítio, segundo o secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Flávio Croce Caetano, esse número, que é alarmante, vem crescendo a cada ano, e menos de 10% dos homicídios em geral são investigados no Brasil, sendo essa porcentagem ainda menor quando as vítimas são mulheres.

Além dos dados trazidos pelo Senado Federal, em pesquisas mais recentes, a Secretaria de Políticas para as Mulheres do Governo Federal constatou que nas 30.625 denúncias que o Disque 180 recebeu ao longo do primeiro semestre do ano de 2014, em 94,02% dos casos, a vítima tinha ou relação familiar ou afetiva com o agressor.

Maria Berenice Dias também evidencia as estatísticas da violência contra a mulher no Brasil:

Os resultados são perversos. Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, 30% das mulheres foram forçadas nas primeiras experiências sexuais; 52% são alvo de assédio sexual; 69% já foram agredidas ou violadas. Isso tudo, sem contar o número de homicídios praticados pelo marido ou companheiro sob a alegação de legítima defesa da honra. (DIAS, 2007).

Tendo como objetivo fortalecer ainda mais o combate à violência contra a mulher, a Lei 13.104/2015 acrescentou à Legislação Penal Pátria, o Feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio, quando este é praticado em desfavor de vítima do sexo feminino, e for motivado pela questão gênero (menosprezo ou discriminação à condição mulher) ou mediante violência doméstica e familiar.

Com o fito de dar início à compreensão da nova qualificadora implementada à Legislação Penal Brasileira, torna-se impositiva a imersão, ainda que de forma sucinta, no histórico da palavra Femicídio, adentrando-se em seu conceito, origem e espécies.

## 2.1 Conceito e Surgimento da Palavra Femicídio

A palavra femicídio, no Brasil, é uma terminologia recente, não possuindo registro em dicionários de língua portuguesa. Contudo, o femicídio pode ser facilmente associado ao termo misoginia, que significa, segundo o Dicionário Michaelis de língua portuguesa: antipatia, aversão mórbida às mulheres. Há ainda quem compare o femicídio com o genocídio, que significa: o assassinato indiscriminado de pessoas, por condições étnicas, raciais, nacionais ou religiosas.

Embora extremamente semelhantes, as terminologias Femicídio e Femicídio tem significados diferentes. A expressão *Femicídio* quer dizer “morte de mulher”, já o termo *Femicídio* significa “morte de mulher provocada por violência de gênero” (BIANCHINI e GOMES, 2015). Neste último caso, a morte das mulheres ocorrem em decorrência da supracitada misoginia.

Segundo a socióloga e pesquisadora Wânia Pasinato, em seu artigo científico “Femicídio”: e a Morte das Mulheres no Brasil”, a expressão “femicídio” (em inglês, femicide) surgiu em 1976, quando Diana Russel a pronunciou em um depoimento prestado ao Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, que posteriormente tornou-se tema de um livro em parceria com Jill Radford.

Para Russel e Radford

Femicídio está no ponto mais extremo do contínuo de terror anti-feminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso e extra-familiar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao



criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam feminicídios. (WANIA PASINATO, apud RUSSEL e CAPUTTI, 1992).

O feminicídio, hoje, pode ser definido como uma qualificadora (também crime hediondo) do crime de homicídio, quando este é motivado pelo ódio contra a mulher, pelo desprezo à pessoa do sexo feminino, ou quando a morte resulta de violência doméstica e familiar.

Outrossim, é compreendido pela típica violência de gênero, podendo ser cometido, exclusivamente, em desfavor de pessoas do sexo feminino. Desta forma, faz-se pertinente o aprofundamento quanto ao conceito jurídico de “sexo feminino”.

Existem muitas opiniões doutrinárias divergentes acerca do conceito de “sexo feminino”. Rogério Greco, ao tecer comentários acerca da questão, conceitua:

Com todo respeito às posições em contrário, entendemos que o único critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério que podemos denominar de *jurídico*. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio (GRECO, 2015).

Segundo o renomado doutrinador, a pessoa que tenha nascido com o sexo masculino, pode tornar-se do sexo feminino, desde que a mudança de sexo seja reconhecida por decisão judicial e que tal fato conste de forma expressa em sua certidão de nascimento.

Todavia, sua prática pode se dar de homem para mulher, ou de mulher para mulher (relação mãe e filha ou homossexual) como admite a jurisprudência, por analogia:

É possível a incidência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas relações entre mãe e filha. Isso porque, de acordo com o art.

5º, III, da Lei 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Da análise do dispositivo citado, infere-se que o objeto de tutela da Lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor. Nessa mesma linha, entende a jurisprudência do STJ que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão. Precedentes citados: HC 175.816-RS, Quinta Turma, DJe 28/6/2013; e HC 250.435-RJ, Quinta Turma, DJe 27/9/2013. **HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/11/2014.** (Grifo nosso)”.

De acordo com o entendimento jurisprudencial, configura-se violência doméstica e familiar quando a morte, lesão ou demais danos são praticados por pessoas com a qual a ofendida tenha convívio, independentemente de coabitação. Assim, compreende-se que não importa o sexo do agressor, mas apenas as circunstâncias em que as agressões são praticadas.

## 2.2 A Aplicação da Lei 13.104/2015 aos Transexuais

Como visto anteriormente, o transexual, que passa do sexo masculino para o feminino, se obtiver sentença judicial que reconheça sua condição de mulher, estando devidamente expressa em seu registro de civil, pertence ao gênero feminino (GRECO, 2015).

Assim, considerando a divergência doutrinária sobre o supra mencionado conceito, há também divergência quanto à aplicação da qualificadora de feminicídio na morte de transexuais em decorrência de violência de gênero ou doméstica e familiar.

Outrossim, em que pese não haja nenhum julgado ou mesmo decisão reconhecendo a qualificadora de feminicídio no aludido caso, tendo

vista sua recente instituição como diploma legal, o ilustre penalista Jefferson Botelho Pereira entende pertinente a incidência da qualificadora ora estudada nos crimes de homicídio praticados contra transexuais, quando preenchidos os requisitos legais.

A aplicação da qualificadora, no caso dos transexuais, deve ser feita em analogia à aplicação da Lei Maria da Penha, que tem sido admitida, em recentes decisões, em especial a do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (PEREIRA, 2015).

Vejamos, então, um trecho da decisão proferida pela juíza da 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis/GO

“EX POSITIS, em face de tudo quanto resta declinado supra e após análise pormenorizada do caso vertente, de outra alternativa não disponho **senão converter a segregação em flagrante do indiciado Carlos Eduardo Leão em prisão preventiva**, para assegurar a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução processual e a aplicação da lei penal, tudo em conformidade com as normas esculpadas nos artigos 311 usque 313 do ordenamento jurídico processual penal brasileiro (com a nova redação outorgada pela Lei nº 12.403/2011), c/c o artigo 1º da Resolução nº 87/09 do Conselho Nacional de Justiça, determinando que seja expedido o competente Mandado de Prisão, ficando desde já autorizada a expedição das cartas precatórias que se fizerem necessárias (...) Cientifique-se a dila representante do Parquet e **intime-se ALEXANDRE ROBERTO KLEY acerca da outorga das medidas protetivas a que faz jus**. (Grifo nosso)”

Ademais, a citada decisão, proferida pela Juíza Ana Cláudia Velloso Magalhães, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos autos de nº 201103873908, concedeu medidas protetivas em favor do transexual Alexandre Roberto Kley, convertendo em preventiva a prisão em flagrante de seu agressor, considerando, assim, cabível a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso em tela.

## 2.3 Espécies de Femicídio

O Femicídio compreende três espécies: íntimo, não íntimo e por conexão (GRECO, 2015):

- a) Femicídio íntimo: ocorre em meio a relação íntima, familiar ou de convivência.
- b) Femicídio não íntimo: ocorre em meio a um relação não íntima, familiar ou de convivência.
- c) Femicídio por conexão: ocorre sempre que a vítima, ao tentar impedir a prática da violência contra outrem, acaba por sofrer as consequências do crime.

Destarte, ressalte-se que todas as espécies de feminicídio devem ocorrer apenas pela misoginia ou pela violência doméstica ou familiar, não respondendo pelo crime aqueles que matam uma mulher em decorrência de outros motivos, por exemplo: crimes contra o patrimônio com resultado morte da vítima, homicídios culposos, etc.

## 3. A LEI 13.104/2015 E SUAS ALTERAÇÕES AO CÓDIGO PENAL (DECRETO-LEI 2.848/1940)

No dia 04 de março de 2015, o Projeto de Lei do Senado Federal de n. 292 de 2013 (PL 8305/2014) foi encaminhado para sanção presidencial. O referido decreto, sancionado e publicado em 09 de março de 2015 pela então presidenta da república, Dilma Rousseff, alterou o Código Penal Brasileiro introduzindo o Femicídio como uma qualificadora do crime de homicídio.

A qualificação de um homicídio ocorre sempre que o legislador prevê circunstâncias que tornem o cometimento do crime “mais grave do que o normal”, seja pela forma ou meios de execução (qualificadoras de ordem objetiva), seja pelo motivo (qualificadoras de ordem subjetiva) do crime.

O Código Penal Brasileiro previa como qualificados, em seu artigo 121, incisos I, II, III, IV e V, cinco modalidades de homicídios. Vejamos o artigo 121, §2º, do Código Penal, *in verbis*, antes da publicação da Lei 13.104/2015:

**Homicídio simples**

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

**Homicídio qualificado**

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Com o advento da Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio), o artigo 121 do Código Penal sofreu alterações. Nele foram acrescentados o §2º, inciso VI, o § 2º-A e o § 7º, passando o Feminicídio a ser a sexta modalidade de homicídio qualificado, com pena de reclusão de 12 à 30 anos, majorados nas hipóteses do §7º.

Em que pese as afirmações de que a qualificadora de feminicídio traz o retrocesso na busca pela igualdade (YAROCHEWSKY, 2014), é importante reconhecer, que a Lei 13.104/2015 representa um avanço ao combate à violência contra a mulher no Brasil.

Reconhecer a hipossuficiência da mulher vítima de violência doméstica e familiar, não significa anular sua capacidade de dirigir sua própria vida e dirimir seus conflitos. Essa condição de hipossuficiência visa apenas a intervenção positiva do Estado para garantir sua proteção (HERMANN, 2007).

### 3.1 O Femicídio como Qualificadora (art. 121 §2º, inciso VI, do CP)

Como visto no capítulo anterior, o Femicídio é compreendido pela morte de mulher em razão da condição do sexo feminino ou violência doméstica e familiar, podendo ser praticado de homem para mulher ou de mulher para mulher.

Artigo 121, do Código Penal, com a inclusão da qualificadora Femicídio:

(...)

#### **Femicídio**

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º- A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

(...)

Com efeito, observando o parágrafo 2º-A, incisos I e II, do artigo 121, do Código Penal, conclui-se que para a incidência da qualificadora de femicídio, não basta que o homicídio tenha sido praticado contra vítima do sexo feminino, sendo necessário que o crime evolva: I- violência doméstica e familiar; II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Na hipótese do inciso I, configura-se violência doméstica e familiar contra a mulher, quando o crime for cometido nos termos do artigo 5º e incisos, da Lei 11.340/2015:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no

gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Estando presentes no homicídio qualquer das condições acima elencadas, a qualificadora de Feminicídio poderá ser reconhecida (GRECO, 2015).

Já na hipótese do inciso II, para que seja reconhecida a incidência da qualificadora de Feminicídio, é necessário que esteja provado que o agente ativo praticou o crime imbuído de ódio, desprezo pela vítima, única e exclusivamente por esta pertencer ao sexo feminino.

### 3.2 Causas de Aumento da Pena no Feminicídio (art. 121 §7º, do CP)

De acordo com o artigo 121, §7º, do Código penal, há aumento de pena quando:

(...)

#### **Aumento de pena**

(...)

A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

(...)

a) I- Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto:

O inciso I do artigo supratranscrito, aduz que há o aumento da pena de 1/3 até a metade, quando o crime homicídio qualificado pelo feminicídio for praticado durante o período gestacional ou nos três primeiros meses após o nascimento da criança.

b) II- Contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência:

No inciso II, considerando sua semelhança com o §4º do mesmo artigo, que prevê o aumento de 1/3 da pena se o crime for praticado contra menor de 14 (quatorze) anos e maior de 60 (sessenta) anos, o julgador, ao analisar o caso, deve aplicar o Princípio da Especialidade. Por este princípio a norma que traz característica especial, afasta a norma geral. Logo, caso o crime em tela seja o Feminicídio, aplicar-se-á o §7º (com o aumento de pena de 1/3 até a metade) ao invés do §4º, para majorar a pena, se a vítima for menor de 14 (quatorze) anos e maior de 60 (sessenta) anos (GRECO, 2015).

No que tange à pessoa com deficiência prevista na parte final do inciso II, é necessário esclarecer o conceito de deficiência, apresentados pelos artigos 3º e 4º do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, in verbis (CUNHA, 2015):

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e



III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;

- e) saúde e segurança;
  - f) habilidades acadêmicas;
  - g) lazer; e
  - h) trabalho;
- V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

C) III - Na presença de descendente ou de ascendente da vítima:

Para que haja o aumento da pena por este inciso, não é necessário que o ascendentes ou descende esteja presente fisicamente no local do fato, basta que este esteja ouvindo ou assistindo a ação criminosa, podendo ser por telefone, internet, ou outros meio de comunicação (CUNHA,2015).

### 3.3 Do Femicídio Privilegiado

No crime de homicídio, há diminuição de pena de 1/6 a 1/3, quando o agente o pratica impellido por motivo de relevante valor social ou moral, sob o domínio de violenta emoção e logo após a injusta provocação da vítima, como dispõe o artigo 121, §1º, do Código Penal. Esta diminuição é denominada de privilégio.

É pacífico o entendimento de que é admissível a aplicação do privilégio ao homicídio qualificado, mesmo constituindo crime hediondo, sendo este denominado homicídio privilegiado-qualificado, figura híbrida do homicídio. Contudo, este privilégio pode incidir apenas nas qualificadoras de ordem objetiva, que estão previstas nos incisos III (quanto ao modo de execução) e IV (quanto aos meios empregados na execução), do Código Penal, não se aplicando o referido privilégio às qualificadoras dos incisos I, II, V e VI (motivos da execução), do Código Penal, umas vez que as qualificadoras previstas nesses incisos, não preenchem os requisitos do artigo 121, §1º, do Código Penal (CAPEZ, 2012).

Desta forma, considerando que o Femicídio é uma qualificadora, nitidamente, de ordem subjetiva, ponderando os motivos que impelem o agente a pratica-lo, esta não admite a incidência de privilégio (BIANCHINI e GOMES, 2015).

#### 4. O FEMINICÍDIO COMO CRIME HEDIONDO

Os crimes hediondos são considerados crimes de extrema gravidade, repugnantes, motivo pelo qual o legislador lhes deu tratamento mais rígido e diferenciado. Tais crimes são insuscetíveis de graça, anistia ou indulto, e estão previstos no artigo 1º da Lei 8.072/1990.

Para Fernando Capez:

De acordo com o sistema legal, somente a lei pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. O juiz não pode deixar de considerar hediondo um delito que conste da relação legal, do mesmo modo que nenhum delito que não esteja enumerado pode receber essa classificação. Assim, ao juiz não resta nenhuma avaliação discricionária. (CAPEZ, 2012).

Para autor, somente a lei pode indicar o rol taxativo dos crimes hediondos, cabendo aos juiz, quando a lei assim dispuser, aplicar ao caso concreto a devida hediondez ao crime praticado.

O rol taxativo do artigo 1º da Lei 8.072/1990 traz como hediondos: o homicídio, quando praticado em atividade de grupo de extermínio, ainda que por um só agente, e homicídio qualificado; o latrocínio; a extorsão qualificada pela morte; a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; o estupro; o estupro de vulnerável; a epidemia com resultado morte; a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; e o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Além dos assemelhados à hediondos previstos no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, que são: a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo; o genocídio, previsto na Lei 2.889/1956.

Por fim, a Lei 13.104/2015, incluiu o Feminicídio ao rol taxativo do artigo 1º da Lei 8.072/1990, e este passou a ser considerado, assim como as demais modalidades de homicídio qualificado, crime hediondo. Possuindo inclusive todas as desvantagens e especialidades que estes possuem (PEREIRA, 2015).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.104/2015, que tem por finalidade resguardar e fortalecer os direitos da mulher, auxiliando no combate a violência contra esta, introduziu ao Código Penal a qualificadora de Femicídio, ao crime de homicídio.

É cediço que com o desenvolvimento da sociedade brasileira, a mulher galgou seu espaço perante a sociedade. Contudo, ainda sofre discriminações em virtude do sexo e, são muitas vezes, vítimas de violência doméstica e familiar, que frequentemente ocasionam mortes brutais. Desta forma, percebe-se que a violência praticada contra a mulher em virtude da misoginia ou violência doméstica e familiar que ocasionam sua morte, não pode ser atacada de uma forma genérica, merecendo atenção especial.

Tendo em vista os números alarmantes de mortes violentas de mulheres no Brasil, o Femicídio enquanto qualificadora, objetiva punir com mais severidade àqueles que matam pessoas do sexo feminino por ódio à condição mulher ou valendo-se da intimidade “intra lar” e familiar. Este tipo de homicídio qualificado, assim como os demais os qualificados, levando-se em consideração sua extrema gravidade, também foi incluído ao rol taxativo do artigo 1º, Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), obedecendo suas peculiaridades.

Não obstante as opiniões contrárias, que acreditam que a novel lei trará o retrocesso na busca pela igualdade e no combate à discriminação, a nova qualificadora inserta ao tipo penal homicídio, veio para reforçar a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que protege a integridade feminina (seja ela física, moral, patrimonial, psicológica, etc.), considerando que mesmo sendo este um bem já tutelado por lei específica, o número de mortes violentas de mulheres no Brasil vem aumentando a cada ano.

Por fim, conclui-se que objetivando o alcance da mais lidima justiça, a recém-instituída qualificadora que foi implementada à legislação penal pátria, representa um avanço no combate à violência contra a mulher, devendo ser devidamente aplicada pelos operadores do direito, respeitando as peculiaridades de cada caso concreto.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luís Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <[http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015?ref=topic\\_feed](http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015?ref=topic_feed)>. Acesso em: 04 de abril de 2017.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro (Decreto nº 2.828)**: Promulgado em 07 de Dezembro de 1940. Título I: Dos Crimes Contra a Pessoa, Capítulo I: Dos Crimes Contra a Vida.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Título II.

BRASIL. **Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm)>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios**. Habeas Corpus nº 277.561-Al. Disponível em: <<http://www.mpdf.mp.br/portal/index.php/conhecampdf-menu/nucleos-menu/nucleo-de-genero-pro-mulher-menu/209-nucleos/nucleo-de-genero/640-jurisprudencia-e-legislacao>>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Legislação Penal Especial 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Feminicídio**: Breves comentários. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-brevs-comentarios>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça**, São Paulo: Editora revista dos Tribunais LTDA, 2007.

GRECO, Rogério. **Feminicídio** - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome de mulher. Campinas: Servanda, 2007.

IPEA. **Violência Contra a Mulher**: Feminicídios no Brasil. Disponível em: >[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925\\_sum\\_estudo\\_feminicidio\\_leilagarcaia.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcaia.pdf)>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

MICHAELIS. **Dicionário de Língua Portuguesa Online**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=misoginia>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. **Femicídio**: uma nova modalidade de homicídio qualificado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3965, 10 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27546>>. Acesso em: 4 abril de 2017.

PASINATO, Wania. **“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008>. Acesso em 04 de abril de 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-femicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

**Denúncias de Violência Contra a Mulher no 1º Semestre de 2014**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/violencia-contramulher.html>>. Acesso em: 29 de abril de 2017.

SENADO FEDERAL. **A Cada Duas Horas uma Mulher é Morta no Brasil**: diz Secretário do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/11/19/a-cada-duas-horas-uma-mulher-e-morta-no-brasil-diz-secretario-do-ministerio-da-justica>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Decisão**. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460>>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Feminicídio é Retrocesso na Busca pela Igualdade e no Combate à Discriminação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-26/leonardo-yarochewsky-femicidio-retrocesso-busca-igualdade#top>>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

## CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo de estudo o assédio sexual topografado no título VI da sessão dos crimes contra a dignidade sexual, no capítulo I, que trata mais precisamente dos crimes contra a liberdade sexual. O tipo penal engloba a conduta daquele que com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual constrange alguém se valendo de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Tal conduta, além de ser tipificado como crime, viola irrefutavelmente a intimidade, dignidade da pessoa humana, entre outras garantias constitucionais individuais assegurados pela nossa Carta Magna. No decorrer deste trabalho serão abordados os elementos caracterizadores do tipo penal, conceitos, denominações e as espécies de assédio sexual.

Palavras-chave: assédio sexual. Liberdade sexual. Intimidade. Dignidade da pessoa humana.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to study sexual harassment, which is topographed in Title VI of the section entitled “Crimes against sexual dignity” in Chapter I, which deals specifically with crimes against sexual freedom. The criminal type encompasses the conduct of one who, in order to gain advantage or sexual favor, embarrasses someone, using his status as superior or inherent in the exercise of employment, position or function. Such conduct, in addition to being criminalized, irrefutably violates the privacy, dignity of the human person, and other individual constitutional guarantees guaranteed by our Constitution. In the course of this work, the characterizing elements of the criminal type, concepts, denominations and the types of sexual harassment will be approached.

Keywords: sexual harassment. Sexual freedom. Intimacy. Dignity of human person.

## 1. ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual incide em cantadas explícitas ou alusões reiteradas de cunho sensual ou sexual, sem que a vítima as deseje, ou seja, é romper a barreira da razoabilidade, liberdade, intimidade, é forçar a barra para conseguir favores sexuais.

Tais condutas podem ser de maneira direta ou indireta, pode ser falada ou, apenas insinuada, também pode ser praticada por meio de gestos, bilhetes escritos, ou até mesmo em forma de coação.

Contundente se faz a observação de Lippman:

Destarte que a mera paquera, ou seja, tentativa de aproximação para relacionamento amoroso não constitui o assédio sexual, haja vista que existem três elementos que distinguem a paquera do assédio sexual, este é definido pela chatice, a insistência e o uso do poder como forma de coerção, sendo assim a simples intenção sexual, o intuito de sedução do companheiro de trabalho, seja ele de poder hierárquico superior ou inferior não constitui o assédio, como é o caso de um inofensivo galanteio, de um elogio, ou mesmo namoro entre colegas de serviço. (LIPPMANN, 2001, p. 18).

Conforme destacou Lippman, é preciso saber separar uma simples paquera de um assédio sexual, claro que se a paquera acabar sendo insistente, constrangedora, intimidadora, ela pode deixar de ser uma simples relação amorosa, para configurar o crime de assédio sexual.

Assim também é o entendimento do Professor Carlos Robortella:

A simples intenção sexual, o intuito de sedução do companheiro de trabalho, superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio sexual. Necessária será sempre a intenção de traficar, de valer-se do posto funcional como um atrativo, ou como instrumento de extorsão de privilégio, ou de vantagens indevidas”. (ROBORTELLA, 1997, p. 158).

É bom frisar que o sexo forçado em qualquer ocasião, mediante violência ou grave ameaça, configura o crime de estupro ou outro tipo penal a depender da situação fática vivenciada.



O crime de estupro, assim como o de assédio sexual, está endereçado no capítulo I, dos crimes contra a liberdade sexual, crime muito mais grave que o assédio sexual, cuja conduta consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar qualquer outro ato libidinoso, cuja pena é de reclusão de seis a dez anos de prisão.

No crime de assédio sexual, uma vez condenado pela prática do crime o superior hierárquico ou o ascendente inerente ao exercício do emprego, cargo ou função podem vir a ser condenado no civil, mediante uma reparação indenizatória diante da violação da honra e da dignidade da vítima de assédio sexual.

Veja o que diz o escólio do TRT da 4ª Região, no que tange ao assédio sexual, que assim aduz:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. Assédio sexual pode ser conceituado como o ato do empregador, de um superior hierárquico ou de outra pessoa que, abusando da autoridade que lhe conferem suas funções, dá ordens, exerce pressão de qualquer natureza sobre um empregado ou empregada, com o fim de obter favores de índole sexual, para si mesmo ou para uma terceira pessoa. A vítima de assédio sexual faz jus a indenização prevista no art. 186 e 927, do Código Civil, sem prejuízo da indenização prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Entendimento consubstanciado na súmula nº. 37 do STJ. Testemunhas ouvidas que não presenciaram a agressão noticiada na petição inicial e que teria ocorrido na cozinha, embora a afirmação da autora seja de que o comportamento insidioso se deu em horários distintos e em diferentes situações, inclusive, na presença dos colegas de trabalho. Representação policial nada contém sobre a prática reiterada de atos atentatórios a dignidade da trabalhadora, limitando-se a narrar o fato isolado, que não prescinde de prova robusta, não produzida nos autos. Inexistência, sequer, de indícios a amparar o acolhimento do pleito. Provimento negado. “TRT 4ª região, 1º T., Acórdão nº. 96.029334-5, 01.0498, Rel. (Juiz Pedro Luiz Serafini).

Depreende-se do julgado do TRT da 4ª região, que a vítima do crime de assédio sexual faz jus a uma indenização pelo constrangimento sofrido.

do. E outro ponto do julgado que merece atenção é quanto a configuração do crime de assédio sexual, que para que haja adequação típica do fato a norma é necessário que haja a prática reiterada de atos atentatórios a dignidade da vítima.

Não se pode confundir a aproximação das pessoas que laboram no mesmo ambiente de trabalho, que de maneira saudável tenta se aproximar de outra pessoa para construir uma afeição amorosa, com aquela conduta reiterada, persistente, atentatória e constrangedora que configura o assédio sexual.

Em síntese, atos isolados não é prova robusta para que se possa tipificar a conduta do agente como crime de assédio sexual.

O assédio sexual fere a liberdade do indivíduo, viola o princípio de livre disposição do próprio corpo, dignidade da pessoa humana, gera direito a indenização pelo constrangimento vivenciado.

A seguir veremos alguns conceitos de abuso sexual sob o ponto de vista dos estudiosos do direito.

## 2. CONCEITO

A lei nº. 10.224, de 15.05.2001 prevê a única forma de assédio sexual criminalizada no Brasil, decorrente nas relações de trabalho subordinado, pois insurgiu no código penal o seguinte tipo de assédio sexual que assim aduz:

Art. 216-A. constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

O tipo penal protege a liberdade de exercício de trabalho e o direito de não ser discriminado.

Quando o crime for cometido em face de uma pessoa menor de 18 anos a pena do crime é aumentada em um terço.

A conduta penal referida apenas admite a forma dolosa, e o dolo consiste na vontade e consciência do agente de querer praticar a conduta aliado a uma finalidade específica que é o da obtenção de uma vantagem, qual seja, o favorecimento sexual.

Certas atitudes como piscadas, olhares insinuantes, ou qualquer outra que gere ambiguidade na interpretação não chega a sujeitar alguém a um processo penal, não se encaixa no referido tipo penal já que não há o crime na modalidade culposa.

Dando continuidade ao conceito de assédio sexual, calha aqui a lição de Rodolfo Pamplona Filho:

Assédio sexual é toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando a liberdade sexual. Por se constituir em uma violação do princípio de livre disposição do próprio corpo, esta conduta estabelece uma situação de profundo constrangimento e, quando praticada no âmbito das relações do trabalho, pode gerar consequências ainda mais danosas. (PAMPLONA FILHO, 2001, p. 35).

Para José Wilson Ferreira Sobrinho:

Assédio sexual é o comportamento consistente na explicitação de intenção sexual que não encontra a receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa. (FERREIRA, 1996, p. 62/59).

Na concepção de Carlos Amorim Robortella:

Qualquer conceituação deve partir do pressuposto da relação direta ou indireta entre a prática sexual e atividade profissional por conta alheia. Essa relação por sua vez, há que estar revelada na concretização de determinada vantagem ou desvantagem, ganho ou perda, patrimonial ou não patrimonial, para um dos protagonistas do fato. (ROBORTELLA, 1997, p. 35).

Diante do exposto, podemos então conceituar o assédio sexual como um ato pelo qual o sujeito detém uma superioridade hierárquica sobre o assediado, e que através de condutas reprováveis tenta obter favores sexuais sob pena de ameaças e coações, nas quais poderiam prejudicar a atividade laboral da vítima.

No tocante a denominação Rodolfo Pamplona Filho:

Hoje ela corresponde ao termo inglês “*sexual harassment*”, que também traz em si a ideia de cerco/insistências, reiteração nas propostas, “convites” para a prática de atos com conotação sexual, ainda que haja resistência expressa dela. (PAMPLONA FILHO, 2001, p.36).

Saindo da ceara do campo da definição do conceito de assédio sexual, adentraremos agora em seus elementos caracterizadores.

### 3. ELEMENTOS

O que assinala o crime de assédio sexual são os pedidos de favores sexuais posto pelo superior hierárquico mediante promessas de tratamento diferenciado em casos de aceitação, ou de represálias, como em casos de recusa em que o assediante tenta constranger a vítima mediante decisões que implique na perda do emprego, perda de benefício, perseguições, discriminações, transferência imotivada, dentre outros.

Para que se possa falar em assédio sexual é necessário que haja de um lado o agente assediador e de outro o assediado.

Destarte, “regra geral” é que o assediador seja do sexo masculino, e o assediado do sexo feminino, mas, o oposto também configura o assédio sexual, assim como é possível entre pessoas do mesmo sexo, portanto, para configurar o assédio sexual, não necessariamente tem que ser o homem assediando a mulher.

Ocorre que o ingresso avassalador das mulheres no mercado de trabalho em um período de pós revolução industrial, muitas mulheres buscando a sua independência financeira começaram a ingressar no mercado de trabalho de uma forma avassaladora, muitas destas trabalhando como recepcionistas, secretárias, as quais, geralmente tem um homem como seu superior hierárquico, em razão disto, estas acabam sendo o alvo principal dos assediadores.

O que caracteriza o assédio é a conduta de natureza sexual com o intuito do agente em obter a satisfação do seu desejo sexual, portanto, utiliza-se da ameaça ou faz falsas promessas nas quais já se sabe de antemão que não será cumprida.

Segundo Ernesto Lipmann:

O que caracteriza o assédio sexual é o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, com promessas de tratamento diferenciado em caso de aceitação ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a perda do emprego, ou de benefícios. É necessário que haja uma ameaça concreta de demissão do emprego, ou da perda de promoções, ou de outros prejuízos, como transferência indevida. É caracterizada pela insistência e inoportunidade. (LIPPMANN, 2001, p.16)

Para tanto, é necessário que fique caracterizado a superioridade hierárquica do assediante sobre o assediado, já que aquele tem poderes para influenciar na carreira deste e que essa conduta seja não aceita pelo assediado.

Pamplona assim define os elementos caracterizadores:

Podemos vislumbrar como elementos caracterizadores básico do assédio sexual: sujeitos (assediador) e destinatário (assediado); conduta de natureza sexual; rejeição à conduta do agente e a reiteração da conduta. Quanto aos sujeitos, exige pelo menos a presença de dois indivíduos, não descartando a possibilidade de ser praticado por pessoas do mesmo sexo, como também pode ocorrer entre colegas de serviço, empregado e cliente da empresa. (PAMPLONA FILHO, 2001, p. 39).

Para Aloysio Santos, conduta de natureza sexual seria:

Um comportamento agressivo ou desviado dos objetivos de gerar a vida e satisfazer a libido, que advém de uma necessidade fisiológica natural, é uma violência física (por que fere magoa) e ao mesmo tempo, uma violência moral (considerando que, dentre outros males, desestrutura a psique, cria medos e gera angustia), causando, portanto, uma série de danos à vítima dessa agressão, especialmente a mulher. (SANTOS, 1999, p. 21).

Pamplona assim define o terceiro elemento que caracteriza o assédio, *in verbis*:

O terceiro elemento que caracteriza o assédio é a rejeição a conduta do agente, que embora não seja essencial para sua caracterização, é importante que as pessoas que acreditem estar sendo objeto de assédio sexual cientifiquem ao presumido assediador de que seu comportamento não é desejado. (PAMPLONA FILHO, 2001. p. 44).

Tem que haver a reiteração da conduta, já que para a doutrina um ato isolado geralmente não tem força para caracterizar o assédio sexual.

Destarte, propositura feita sem persistência e sem ameaça não configura o assédio sexual, como o mero elogio, tentativa de sedução, paquera, a tentativa de um relacionamento amoroso.

É o entendimento do TRT da 3ª região, verbis:

DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CARACTERIZAÇÃO. A caracterização do assédio sexual no âmbito das relações de trabalho passa pela verificação de comportamento do empregador ou de prepostos que, abusando da autoridade inerente à função ou condição, pressiona o empregado com fins de obtenção ilícita de favores. Mas galanteios ou simples comentários de admiração, ainda que impróprios, se exercidos sem qualquer tipo de pressão, promessas ou vantagens, não configuram o assédio para efeitos de sancionamento civil. (01427-2001-021-03-00-9 RO)

Diante da síntese jurisprudencial, convém destacar que para configurar o assédio nas relações de trabalho é imprescindível o comportamento do empregador ou prepostos de forma abusiva e isso se dá pela posição que estes assumem na empresa, inerente a sua função, ameaçando o empregado ou empregada para o fim de obtenção de favores sexuais.

#### 4. ESPÉCIES DE ABUSO SEXUAL

A doutrina classifica o assédio sexual em duas espécies, a saber: a primeira delas é o assédio sexual por intimidação, enquanto a segunda é o assédio sexual por chantagem.

Pamplona Filho assim define o assédio sexual por intimidação:

Sendo assim, o assédio sexual por intimidação, também conhecido como assédio sexual ambiental, se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais, ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente é que é intentado. (PAMPLONA FILHO, 2001, p. 47).

Nesta espécie de assédio o elemento “poder”, ou seja, a superioridade hierárquica é irrelevante, sendo casos típicos de assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos numa mesma posição hierárquica.

O aspecto fundamental no assédio sexual por intimidação não é a ameaça, mas sim a violação ao direito de dizer não, através da submissão a avanços repetidos ou gestos sexistas.

Essa modalidade de assédio sexual no nosso ordenamento jurídico não é tipificado como crime, embora seja evidente a sua ilicitude, devendo ser combatida e reparada na esfera civil e trabalhista.

A segunda espécie de assédio sexual para a doutrina é denominada de assédio sexual por chantagem, esta é a única a ser tratada de forma expressa no nosso Direito para efeito de tipificação penal, ainda que, limitada às relações do trabalho.

O agente (homem ou mulher) exige da vítima que ela ceda a prática de uma conduta de natureza sexual não desejada, o agente se vale de seu “poder” para submeter a vítima a favorecimentos pessoais próprios ou de terceiros, e em contrapartida oferece um aumento salarial, um cargo mais almejado na empresa e outros benefícios que a vítima somente alcançará se ceder aos anseios do empregador ou empregadora.

Para uma melhor compreensão das espécies de assédio sexual supracitadas, aqui vai o escólio do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região que trata do assunto, *verbis*:

**EMENTA. ASSÉDIO SEXUAL. CARACTERIZAÇÃO.** A doutrina destaca dois conceitos básicos do assédio sexual. O primeiro deles, chamado de *assédio sexual por chantagem, ocorre quando o agressor vale-se da sua posição hierárquica superior e comete*

***verdadeiro abuso de autoridade ao exigir favor sexual sob ameaça de perda de benefícios. Quando esse tipo de assédio é praticado na relação de emprego, a coação resulta da possibilidade da vítima perder o emprego.*** A segunda hipótese de assédio sexual, ***chamada assédio por intimidação, ocorre quando se verifica a prática de incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou qualquer manifestação dessa mesma índole, verbal ou física, cujo efeito é prejudicar a atuação da vítima, por criar uma situação que lhe é hostil.*** A casuística dessa modalidade de assédio sexual é ampla e abrange abuso verbal, comentários sexistas sobre a aparência física do empregado; frases ofensivas ou de duplo sentido; alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas; perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador; além de insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas. O empregador que dirige à uma empregada insistentes manifestações de afeto, acompanhadas da oferta de bens materiais, vinculadas à aceitação de suas propostas amorosas, pratica assédio sexual nessa segunda modalidade, de molde a autorizar o rompimento indireto do contrato de trabalho. (01161-2006-081-03-00-2 RO).

Segundo uma pesquisa realizada no site da Globo.com, em 15/11/2017:

Mais de 51% das mulheres que atuam na indústria da publicidade dizem já ter sofrido assédio sexual no trabalho. Entre os homens, 9% relatam o problema. Ainda de acordo com a pesquisa, entre as mulheres que sofrem o assédio sexual, 39% relatam que houve contato físico. A pesquisa ainda informa que os assediadores são principalmente do sexo masculino: 72% dos homens assediados disseram ter sido vítima de outros homens. (g1.globo.com).

## 5. DA PROVA

O juiz decide com base nas provas e não de acordo com o seu bom senso, portanto, apresentá-las consistentes e bem produzidas é meio caminho andado para poder atribuir a autoria e materialidade ao responsável pela prática do delito.



Quanto ao meio de prova, calha aqui a lição de Lippmann:

Assim aquele que se sente assediado deve fazer um registro dos incidentes, com data, local e horário, e o nome dos que presenciaram a cena, ou de outros colegas que também tenha sido assediados. Deve também procurar registrar seu protesto perante o assediante de maneira clara, sempre que possível por meio de uma carta, ou e-mail, que deve ser impresso e guardado. A recusa deve ser educada, porém absolutamente clara, mostrando que a vítima não deseja nenhum relacionamento de natureza não profissional com o assediante. (LIPPMANN, 2001, p. 34).

Esses meios de obtenção de prova se torna mais complicado quando o ato é praticado de portas fechadas sem a presença de testemunhas, onde apenas vai restar a palavra da vítima contra a do ofensor.

Mas geralmente como assediador pratica o ato de forma reiterada e insistente, tal prova pode ser obtida de maneira mais eficaz, como gravando as conversas ou telefonemas e até mesmo guardando o conteúdo das mensagens enviadas via whatsapp, este que veio para revolucionar os meios de comunicação, mas que diante de seu armazenamento, é um grande meio de obtenção de prova.

Crucial ainda que o assediado informe o fato as autoridades competentes de imediato, seja no departamento de recursos humanos da empresa, ou diretamente a autoridade policial.

## 6. METÓDOS DE PREVENÇÃO

De fato o assédio sexual é uma doença social muito antiga e são vários os litígios envolvendo à temática do assédio sexual, por não ser mais possível retornas as coisas ao estado anterior, mister se faz que haja uma política, seja ela pública ou privada de caráter preventivo para combater o delito.

Segundo Pamplona filho:

Portanto, a finalidade preventiva é lançar programa de política gerencial acordada com os sindicatos ou representantes

trabalhistas, para que assegurem garantias em caso de denúncia de assédio sexual. Diante deste procedimento se faz uma tentativa de uma solução informal diante de uma terceira pessoa para dar assistência, devendo esses atos respeitar o direito de ambas as partes, assim como também manter a privacidade das atividades desenvolvidas. Acatando a denúncia pode a vítima escolher entre a permanência no local onde exerce a sua atividade habitual ou pedir transferência, aplicando-se ainda no que couber ao assediador uma determinada sanção. (PAMPLONA FILHO, 2001, p. 93/94).

Não só cabe as empresas fazerem o seu papel editando normas de conscientização sobre o assédio sexual procurando combatê-las através de palestras, normas coletivas, mas também ao assediado em fazer a sua parte denunciado o assediador seja de forma mais delicada, conversando com o próprio para que o ato não volte mais a se repetir como até mesmo denunciar a delegacia da mulher caso o incidente volte a ocorrer.

Por fim, é importante que tanto os órgãos públicos como os órgãos privados organizem campanhas esclarecedoras sobre o assédio sexual, de forma a elucidar e informar que certos comportamentos não são tolerados no ambiente de trabalho, e com isso evitar que em determinados casos o assediador venha alegar que desconhecia essas restrições de natureza sexual adotada.

## 7. CONCLUSÃO

A lei 10.224 implantou o art. 216-A no Código Penal, como uma maneira de punir o assediador pelo ato praticado, muito embora essa não seja a única forma de punição, haja vista que ainda pode recair para o assediador uma despedida por justa causa, como também uma obrigação de indenizar a vítima diante da violação da honra e da dignidade da reclamante.

Portanto, a empresa tem que desempenhar um papel importante no pacto laboral, desenvolvendo políticas de prevenção sobre o assédio sexual pois, a mesma tem o dever de fiscalizar o ambiente e de mantê-lo sempre sadio para manter um bom e regular desenvolvimento da produção do obreiro.

Assim, espera-se que este trabalho possa contribuir de alguma forma para que se crie um ambiente de trabalho íntegro e livre de assédio sexual, tendo em vista os danos que ele traz a todos os envolvidos

## REFERÊNCIAS

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas Relações de Trabalho**: danos morais e materiais nos Tribunais após a Lei nº 10.224. São Paulo: LTr, 2001.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Assédio Sexual e Dano Moral nas Relações de Trabalho. **III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho**. Editora IBCB, 1997.

PLAMPLONA Filho, Rodolfo. **O Assédio Sexual na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

FERREIRA Sobrinho, José Wilson. Assédio Sexual e Justa Causa. **Repertório IOB de Jurisprudência** – 2ª quinzena de Fevereiro de 1996 – nº 4/96, pags. 62/59.

G1.globo.com. **Dica de leitura**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/metade-das-publicitarias-ja-sofreu-assedio-sexual-no-trabalho-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 07 dez.2017.



## A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL

### RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de demonstrar como a influência da mídia consegue adentrar na esfera criminal. Procura explicar o papel da mídia na formação da opinião pública na pressão exercida sobre o legislador na modificação do ordenamento jurídico, no fortalecimento do Direito Penal simbólico, sob a égide do movimento que apregoa o endurecimento das leis e o aumento da punição. Apresenta a influência das opiniões dos meios de comunicação social sobre a formação do juízo de valor do juiz penal e os seus efeitos na prática processual penal. Aborda também a amplitude da liberdade de expressão, a publicidade do processo penal e sua divulgação pela imprensa, bem como os efeitos e restrições dessa interação em face dos direitos fundamentais constitucionais dos envolvidos no processo criminal, procurando demonstrar como o 'juízo' pela mídia consegue penetrar facilmente na órbita processual, seja por meio do juiz influenciado, o qual acaba por influenciar no resultado final da lide penal; seja por mudanças significativas na lei criminal.

Palavras-chave: Mídia; Processo Penal; Publicidade; Direitos Fundamentais; Liberdade de Imprensa.

### ABSTRACT

The present study aims to demonstrate how the influence of the media can penetrate the criminal sphere. It tries to explain the role of the media in the formation of public opinion in the pressure exerted on the legislator in the modification of the legal system, in the strengthening of the symbolic Penal Law, under the aegis of the movement that proclaims the hardening of the laws and the increase of the punishment. It presents the influence of the opinions of the media on the formation of the value judgment of the criminal court and its effects on criminal procedural practice. It also addresses the breadth of freedom of expression, the publicity of the criminal process and its dissemination in the press, as well as the effects and restrictions of this interaction on constitutional fundamental rights of those involved in the criminal process, trying to demonstrate how media 'judgment' easily penetrate the procedural orbit, either through the influence of the judge, which ultimately influences the final result of the criminal action; or by significant changes in criminal law.

Keyword: Media; Criminal Procedure; Advertising; Fundamental Rights; Free Press.

Técnico do Ministério Público de Sergipe. Pós-Graduando em Direito Processual Penal.

## 1. INTRODUÇÃO

A mídia<sup>1</sup> e o Poder Judiciário são instituições imprescindíveis ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, teoricamente sua relação deveria ter como intuito a satisfação do interesse social. Entretanto, esta atribuição fica relegada a planos secundários em detrimento de outros interesses (econômicos, por exemplo).

É notória a crescente influência que a mídia exerce sobre a sociedade, englobando a compreensão que a própria sociedade tem de si e das instituições que a cercam, evidenciando sua relação de dependência. A mídia ao transmitir as notícias que envolvem os crimes, principalmente os crimes dolosos contra a vida de competência do Tribunal do Júri, traz a disseminação dos acontecimentos de forma rápida e sem a precisão que deveria chegar, atendendo ao clamor social e ao espírito de vingança popular que estes crimes trazem perante a sociedade.

Na medida em que a influência distorcida e a ingerência da notícia criminal se estendem ao órgão jurisdicional competente para o julgamento de causas penais, atingindo o livre convencimento, se constata intoleráveis deturpações ocorridas durante o trâmite do processo penal, mais especificamente nas decisões do juiz penal e nas decisões do Tribunal do Júri.

A veiculação de notícias de episódios criminais com a divulgação de gravações clandestinas, provas ilícitas, imagens, faz com que a mídia julgue paralelamente o acusado sobre a égide do clamor social, não oferecendo ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa, ferindo também a presunção de inocência e o direito de ter um julgamento justo. Com o intuito de aumentar os indícios de audiência, trata o suspeito como culpado e pressiona a justiça para obter decisões rápidas e por vezes injustas, devido à falha na maturação do processo.

Para elaboração do presente estudo foi necessária a utilização do método hipotético-dedutivo, que permite a construção de conjecturas

---

1 Mídia são os meios de comunicação: tv, rádio, internet, jornal e outdoor. O veículo de comunicação é a razão social do meio (empresa ou instituição) são emissoras e títulos: Rádio Jovem Pan, revista Carta Capital, Rede Globo, Portal Terra; são empresas que investem num determinado meio (ou vários tipos de meios) e elaboram conteúdos diversos a serem veiculados, juntas formam a mídia. Disponível em <http://www.infoescola.com/comunicacao/midia/>. Acesso em 20 nov 2013.

que podem ser submetidas a testes, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade e ao confronto com os fatos. Como forma de pesquisa foi utilizada a pesquisa bibliográfica, pois a mesma oferece meios que auxiliam na definição e interpretação dos problemas já conhecidos, como também permite explorar novas áreas onde os mesmos ainda não se cristalizaram suficientemente.

Através da revisão bibliográfica foi possível contornar problemas relacionados a tempo e recursos financeiros, uma vez que um estudo dessa natureza necessariamente envolveria muito tempo para a coleta e análise de dados, mais característicos a um estudo de caso. Este é o método de observar, analisar e atuar perante o Direito segundo orientações cujos pressupostos são provados de forma cognitiva ou são levantados por experiências reais geradas por casos concretos ocorridos anteriormente.

Esta pesquisa é justificada pela sua atual relevância temática, com vistas a analisar parte do problema da influência midiática no âmbito criminal, ressaltando sua interdisciplinaridade e complexidade, com enfoque teórico devidamente fundamentado, como forma de explicar o desenvolvimento deste fenômeno social e com o intuito de trazer uma clara e objetiva noção da problemática de como minorar a influência da mídia no âmbito criminal, fenômeno que permeia o tecido social e cotidiano.

## **2. PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL PARA ASSEGURAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

É de suma importância a análise sobre o conjunto de princípios que formam o devido processo legal, pois estes princípios representam os postulados fundamentais da política penal e processual penal do Estado. A importância de se debruçar de forma analítica sobre os princípios penais constitucionais está intrinsecamente ligada à preocupação de, sendo o Direito Penal considerado importante ramo do Direito Público e, estando fundamentado em princípios basilares jurídicos essenciais, busca-se compreender como esses princípios estão sendo aplicados na prática em face do poder punitivo do Estado.

A aceção do termo garantismo penal, enquanto um modelo normativo de Direito, fundado por Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão”, requer o entendimento do “Estado de direito” como aquele que se sub-

mete a uma legalidade em sentido estrito (ou validade substancial) - o que Ferrajoli chama de “estrita legalidade”, por entender que este princípio exige da lei que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais.

Por este prisma, Ferrajoli<sup>2</sup> explica que:

[...] o garantismo no ordenamento jurídico moderno tem por conseqüências, na unidade do sistema, a sua formalização em diversos princípios garantistas que asseguram o respeito, concebe direitos e realiza com o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo a limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade Estatal.

Conforme explicitado, a teoria do garantismo penal nasce como resposta a uma das questões centrais da Filosofia do Direito na atualidade, no que se refere ao debate acerca da imensa disparidade entre teoria e prática em sede de direitos fundamentais do homem. Interferindo, inclusive, na aplicação do devido processo legal.

## 2.1 O devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa

O Devido Processo Legal, só foi surgir expressamente no Brasil, na Constituição Federal de 1988, apesar de estar implícito nas Constituições anteriores. Está disposto no art. 5º, inciso LIV da nossa Lei Maior:

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: LIV \_ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

---

2 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.



O devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais aclamadas, pois dele decorrem todos os outros princípios e garantias constitucionais. Este postulado é a base legal e o alicerce para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito processual, inclusive no âmbito do direito material ou administrativo.

Desta forma, o devido processo legal garante inúmeros outros postulados como os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, integrando-se totalmente os incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Tais princípios ajudam a garantir a tutela dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.

O princípio do contraditório é o direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos, ou seja, é o exercício da dialética processual, marcado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes, ao contrário do sistema inquisitório.

O devido processo legal possibilita o maior e mais amplo controle dos atos jurídico-estatais, nos quais se incluem os atos administrativos, gerando uma ampla eficácia do princípio do Estado Democrático de Direito, no qual a população não só está sujeita a imposição de decisões como participa ativamente delas.

Complementando a malha principiológica em que está inserido o devido processo legal, Marco Aurélio Ferreira<sup>3</sup> complementa e explica que o vínculo do devido processo legal se dá nas seguintes garantias: de acesso à justiça penal, juiz natural, em matéria penal, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, plenitude de defesa do indiciado, réu, ou condenado, publicidade dos atos processuais, motivação dos atos decisórios penais, fixação de prazo razoável de duração de processo e legalidade da execução penal.

Dessa forma, o devido processo legal faz conexão com o sistema acusatório<sup>4</sup> em sua principiologia básica e, ainda, com o Estado Democrático de Direito. Sem essa base imprescindível de princípios, não se pode vislumbrar um Estado Democrático de Direito efetivo, mitigado em relação ao cidadão, em relação à pessoa humana.

3 FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **Devido processo legal**: um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60, 61.

4 No sistema processual brasileiro vigora o modelo acusatório, em que o papel do juiz é essencialmente a de um árbitro imparcial entre a acusação e a defesa, diferente do sistema inquisitorial em que o tribunal ou parte do tribunal está ativamente envolvido na investigação dos fatos do caso.

A aplicação efetiva do *due process of law* necessita de um aparato de princípios que possam assegurar sua eficácia, tendo como princípio primordial e norteador o da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção aos direitos da personalidade, da presunção de inocência e da liberdade de informação.

## 2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O constituinte originário, no momento da construção da Constituição de 1988, mais precisamente ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, insculpiu o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio norteador dos direitos fundamentais, uma vez que, inserido no Título I (Dos Princípios Fundamentais), artigo 1º, inciso III, estabelece que: “A República Federativa do Brasil, (...), constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana. Desta forma, todo o ordenamento e arcabouço jurídico pátrio está voltado para a proteção do indivíduo como pessoa, estabelecendo o dever e a obrigação do Estado de proteger os indivíduos dos excessos do próprio Estado, da coletividade e de abusos oriundos do exercício de outros direitos. O autor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>5</sup> conceitua dignidade da pessoa humana como sendo:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por ser atributo inerente a toda pessoa humana, a dignidade não comporta graduações, de forma que uma pessoa não tem mais ou menos

---

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

dignidade do que outra, não há hierarquia quanto à dignidade. Pela simples condição de “ser humano”, a pessoa merece o respeito à sua dignidade, seja qual for sua raça, cor, condição social, opção sexual, idade.

Com efeito, vale ressaltar que a forma como a mídia se reporta aos indivíduos que cometeram algum fato delituoso não é apropriada e acaba por influenciar no conceito e caracterização que a sociedade constrói sobre o criminoso, em que pese ser um sujeito de direitos, deve ter sua dignidade garantida e protegida. Por vezes é possível notar opiniões do meio social de extrema hostilidade e, em muitos casos, de crueldade no tocante ao infrator penal. Neste contexto, o discurso jurídico que pretende a legitimação do Sistema Penal apoia-se na retribuição e ressocialização, como bem observam Zaffaroni e Pierangeli<sup>6</sup> “por um lado buscaria a ‘ressocialização’ do apenado e, por outro, advertiria aos demais sobre a inconveniência de imitar o delinquente”.

### 2.3 Da proteção aos direitos da personalidade

A proteção ao direito da personalidade proporciona ao indivíduo o direito irrenunciável e intransmissível de controlar o uso do seu nome, corpo, imagem e aparência ou quaisquer aspectos constitutivos de sua identidade.

O direito à liberdade de informação não é ilimitado, este deve ser exercido de maneira a respeitar os direitos da personalidade, e estas liberdades devem ser relativizadas quando houver a necessidade de preservar direitos de igual relevância. As restrições ao exercício da atividade de imprensa estão dispostas no art. 5º, incisos IV, V, X, da Constituição Federal:

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;

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; (Grifos nossos)

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

O Superior Tribunal de Justiça ampliou o rol dos responsáveis pela violação dos direitos da personalidade por meio da súmula 221: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de comunicação.”

O desrespeito e o descuido na observância dos direitos da personalidade do indivíduo, pela forma como a imprensa atua em alguns casos que são alvos da mídia, fazem com que o sensacionalismo enraizado na notícia, fuja da pretensa neutralidade informativa, lesando o direito alheio. Nesta perspectiva o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

detectado que a par de se originar a notícia veiculada em jornal de fonte oficial do Ministério Público, o cunho sensacionalista pelo empregado de expressão chula dado aos fatos causou ofensa à ordem moral, devida a indenização reparadora que deve, todavia, ser fixada sem excessos, a fim de evitar enriquecimento sem causa. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, Ac. Unân. 4ª T., REsp. 448.604/RJ, Relator: Min. Aldir Passarinho Jr., j.6.11.03, DJU 25.2.04, p. 180).

As proporções imprevistas, advindas da violação dos direitos da personalidade, trazem consigo uma gravidade exorbitante, vez que, mesmo a Lei Maior prevendo a possibilidade de indenização para eventuais abusos do exercício da liberdade de imprensa, o dano causado ao indivíduo foge da mera satisfação pela indenização, visto que em alguns casos a lesão à honra pode ser irreparável e, por vezes, irreversível.

## **2.4 O princípio da presunção de inocência e a liberdade de informação**

Não há que se falar em devido processo penal sem falar no princípio da presunção de inocência. Tal princípio encontra-se positivado em nossa norma fundamental no artigo 5º, inciso LVII. Dentro da instrumentalidade garantista, um dos princípios derivados e conexos ao do devido processo legal é o da presunção de inocência. Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado.

Alexandre de Moraes<sup>7</sup> informa que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retroceder ao estado de total arbítrio estatal. Complementando, o mesmo autor esclarece que o fato de lançar o nome dos acusados no rol dos culpados já viola o citado princípio constitucional.

O princípio em questão não afirma o fato de o culpado pela prática de um ilícito penal ser inocente e não poder sofrer o julgamento através da justiça. Este dispositivo constitucional apenas expressa o fato de que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em outras palavras, depois de ser julgado através de um devido processo legal, sendo asseguradas todas as garantias constitucionais, o indivíduo pode ser considerado culpado. O aludido princípio é um remédio contra o arbítrio do Estado e a aplicação injusta da justiça.

Através do princípio da publicidade e da liberdade de informação, a mídia assume relevante importância quando exerce o papel de traduzir a linguagem técnico-jurídica de um fato criminoso, não compreendido por boa parte da população. O problema é quando a mídia assume um juízo de valor, seja negativo ou positivo, quanto aquele ato criminoso.

A divulgação de notícias imprecisas, de provas ilícitas, de “sentenças” antecipadas, causam efeitos trágicos para a defesa do suspeito ou acusado, visto que o clamor social da população, em sua maioria leiga, e através das experiências empíricas características do senso comum, condenam antecipadamente o acusado, para o arrepio das garantias constitucionalmente asseguradas.

Cabe ressaltar sobre a distinção entre liberdade de expressão e direito à informação, visto que a primeira abarca ideias, fundamentos e opiniões e a segunda engloba a faculdade de comunicar e receber livremente informações sobre os fatos noticiáveis, tal distinção revela-se de grande importância para a mensuração do âmbito de proteção, bem como para a demarcação dos limites e responsabilidades decorrentes do exercício desses direitos fundamentais. Como exemplo, enquanto os fatos são susceptíveis

---

7 MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional** – 17ª edição – Editora Atlas, 2005, p. 117.

de prova da verdade, as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação. Disso temos o resultado de que a liberdade de expressão, esta relacionada com o juízo de valor, tem o âmbito de proteção mais vasto do que o direito à informação, vez que aquela não está sujeita, no seu exercício, ao limite interno da veracidade, aplicável a este último direito, ligado diretamente aos fatos. Desta forma, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como um elemento condicionador e delineador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais assegurados.

## 2.5 O devido processo legal x o devido processo midiático

A sociedade atual reclama por uma justiça rápida e rígida que na realidade transforma-se em um contraponto entre garantismo penal e celeridade processual. Isto acontece devido à necessidade que emerge do condicionamento de receber as notícias com maior velocidade, acrescida do estado de pânico e da sensação de insegurança.

Não é raro ver na mídia, reportagens que chegam a mudar os rumos da instrução criminal, quando apresentam fatos que, até então, não eram do conhecimento do judiciário. Necessário se faz a distinção entre a verdade real e a verdade processual, que, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>8</sup>, a verdade real diz respeito à realidade do já ocorrido e a realidade processual é aquela em que a decisão do juiz será proferida com a verdade dos autos, e não daquele que ocorreu no passado, sendo que é a única que pode ser alcançada é a processual. Quando estas reportagens mudam o rumo da instrução criminal aí é que se entra num terreno perigoso, propenso a distorções, que podem trazer prejuízos incalculáveis para as partes.

Segundo Santos<sup>9</sup> e Zaffaroni<sup>10</sup>, o sistema penal cumpre, na atualidade, uma função meramente simbólica. Demonstrando, desta forma,

---

8 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009, p. 294.

9 SANTOS, J. C. dos. **Política criminal**: realidades e ilusões do discurso penal. Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n.12, p. 53-57, julho-dezembro 2002, p. 56.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 128.

que ele existiria somente para a função política de criar uma ilusão de segurança, quando na verdade, não é efetivo. O objetivo do uso simbólico do direito penal seria, segundo Santos, “produzir uma dupla legitimação.”

O sistema penal sob o prisma simbólico utiliza-se como instrumento o medo e da sensação de insegurança da população. Ao invés de criar normas que efetivamente protejam os bens jurídicos considerados essenciais para a vida em sociedade, o legislador preocupa-se tão somente em criar uma falsa atmosfera de tranquilidade, gerando a sensação de que a criminalidade encontra-se controlada.

E como tal fenômeno se manifesta? Através da criação desenfreada de figuras penais desnecessárias, aumento injustificado de penas e restrição de direitos, mesmo que esta conduta não seja a mais indicada para a diminuição da criminalidade.

É sabido que existe a contribuição contundente, para o Direito Penal simbólico, de uma fatia da mídia tida como sensacionalista. Ela (mídia) bombardeia a população com notícias de fatos criminosos e critica duramente as normas penais vigentes, sem qualquer base científica para tanto, contribuindo para o aumento da sensação de insegurança e sentimento de desespero.

No meio jornalístico não se discute todas as questões que envolvem o crime, as razões do criminoso, o contexto em que se desenvolveu o crime, pois isto não vende jornal e não proporciona altos índices de audiência na televisão.

Como se vê, nos casos das prisões provisórias, o juiz tem de demonstrar com absoluta coerência de necessidade a ocorrência do *fumus commissi delicti* que é a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria e do *periculum libertatis* que se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal. É justamente por isso que a culpa só ocorre com o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na conjuntura atual da sociedade brasileira, Direito Penal e Mídia possuem uma relação muito próxima. As pessoas sentem uma atração por informações que dizem respeito à burla das normas penais.

O professor Eduardo Viana Portela Neves<sup>11</sup> assevera, sob esta perspectiva, que “é perfeitamente possível afirmar que ela (mídia) deixa de transmitir a realidade e passa a ser produtora da realidade.”

É possível constatar, pois, que a opinião pública reflete, na verdade, uma opinião *publicada* pela mídia. Esse fenômeno se faz sentir, de modo especial, nas entranhas do sistema penal, onde a opinião pública representa um poder determinante na definição e elaboração da política criminal.

A opinião pública, ou opinião publicada, finca as balizas de uma realidade virtual, que acorrenta o exercício do Judiciário Criminal. A estereotipagem de criminosos rotula os supostos infratores da lei penal do modo mais conveniente aos diretores do conglomerado midiático, propositalmente ignorando, por exemplo, delinquentes de colarinho branco. Todavia, vale ressaltar que o garantismo penal foi pensado por Ferrajoli primordialmente como uma ferramenta de auxílio às classes menos privilegiadas contra os arbítrios do Estado.

Nesse aspecto, a influência perniciosa exercida pela mídia manifesta-se precipuamente pelos fatos que estes deixam de enunciar - isto é, pelo “*não-dito*” - do que pelos acontecimentos efetivamente expostos. O silêncio midiático obsta a reação do espectador e consagra o olhar unilateral do problema noticiado, impondo ao acusado a pena do silêncio.

Outrossim, o lineamento da imagem de suspeitos pela mídia e o seu balizamento insere na população, de forma precipitada, uma cólera punitiva que exige a imediata condenação com fundamento no preceito da vingança popular. Em meio a esse ambiente sinuoso, o magistrado deve buscar manter a serenidade diante de discursos reacionários a cobrarem julgamentos açodados, condenações severas e por vezes injustas, sem qualquer compromisso com o respeito às garantias do devido processo legal.

O fenômeno é descrito pela Promotora de Justiça Ana Lúcia Menezes Vieira<sup>12</sup>:

---

11 NEVES, Eduardo Viana Portela. **Bases Críticas para um Direito Penal racional**. Trabalho inédito. Vitória da Conquista, 2006, p. 35.

12 VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.



A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional.

Os programas sensacionalistas exploram as misérias do cotidiano na busca frenética por maiores índices de audiência, abusando da linguagem espetacular e, desta forma, promovem a banalização do crime.

Danilo Angrimani<sup>13</sup> traça o perfil do veículo de comunicação sensacionalista:

O meio de comunicação sensacionalista se assemelha a um neurótico obsessivo, um ego que deseja dar vazão a múltiplas ações transgressoras que busca satisfação no fetichismo, voyeurismo, sadomasoquismo, coprofilia, incesto, pedofilia, necrofilia – ao mesmo tempo em que é reprimido por um superego cruel e implacável. É nesse pêndulo (transgressão-punição) que o sensacionalismo se apoia. A mensagem sensacionalista é, ao mesmo tempo, imoral-moralista e não limita com rigor o domínio da realidade e da representação.

Este perfil do veículo de comunicação tem presença garantida nos meios jornalísticos da atualidade, (de) formando a opinião pública e trazendo problemas crônicos para a sociedade e para o Direito.

---

13 ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. **Espreme que sai sangue**: um estudo do sensacionalismo na imprensa. São Paulo: Summus, 1995, p. 17.

Em qualquer Estado Democrático de Direito, liberdade e responsabilidade são valores indissociáveis. Uma imprensa verdadeiramente democrática deve ter não apenas a mais ampla liberdade de informar, como também a mais ampla responsabilidade no exercício dessa liberdade.

Com efeito, o Judiciário é, naturalmente, um campo fértil para a dramatização e o espetáculo visado pela mídia. Considerando que na esfera penal estão em confronto à liberdade individual e o poder punitivo do estado eivado de toda a carga de espetacularização e dramatização sob um viés cênico que circunda os trâmites processuais, criando a sensação de insegurança e alimentando o pânico social, além de intensificar a dimensão das desgraças que acometem terceiros, os cidadãos são compelidos pela densa carga emocional inserida na notícia, revivendo o fato como se fossem os próprios personagens.

### **3. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E A INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL: LIBERDADE DE IMPRENSA X GARANTISMO PENAL**

A liberdade de imprensa é apresentada como um instrumento de defesa contra a arbitrariedade estatal, tendo em vista que descortina a atuação governamental e, como consequência, franqueia à sociedade os instrumentos necessários ao revide contra os desmandos da Administração Pública.

Por outro lado, não se pode olvidar a existência de limites internos à liberdade de imprensa, traduzidos no dever de divulgar fatos verdadeiros como pressupostos para o cumprimento da função social da mídia e da outorga de uma conotação material à liberdade em estudo.

Nesse contexto, o Garantismo Penal, cujo marco histórico fundamental é a obra “Direito e Razão” de Luigi Ferrajoli, tendo como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais, estabelecidos precipuamente na Constituição da República, tem como características, dentre as principais, atuar como poder mínimo protegendo direitos fundamentais do cidadão, mesmo que contra a maioria, evita também as arbitrariedades dos castigos, das proibições e dos processos do Estado que não estão em consonância com o devido processo legal, mediante a imposição de regras iguais para todos e em respeito à dig-

nidade da pessoa humana. Por essa razão não pode ser influenciado pela insuflação e desejo popular, sobretudo ao de “fazer justiça com as próprias mãos”. Outro aspecto importante é o ideal de racionalidade e de certeza do Garantismo, dele resultam, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e a analogia *in bonam partem*. Já a presunção de inocência, como fora abordado anteriormente, nada mais é que uma garantia constitucional, pois, através dela, o acusado tem a prerrogativa de não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado, evitando qualquer consequência ou resultado que a lei prevê como sanção punitiva antes da decisão final. Outro resultado é o *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu), externando que “sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, pois a dúvida em relação à existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado”<sup>14</sup>.

Por final tem-se a analogia *in bonam partem*, que é a utilização de leis congêneres para beneficiar o réu e estas não entram em conflito.

Pode-se dizer que boa parte da legislação penal brasileira é obsoleta, tornando o público moralmente indignado, o que acaba por atenuar suas emoções em vinganças localizadas. Na elaboração e formulação da notícia do crime ou do fato criminoso e do que motivou o criminoso, não seria a imprensa como um todo e a mídia mais precisamente, representantes de um poder que na verdade não mostra suas “garras” e oculta sua real imagem, alegando sempre a “liberdade de imprensa”.

### 3.1 Liberdade de imprensa x garantismo penal

Cumprir trazer a lume um conjunto de garantias processuais que, integradas com a ideia de Estado Democrático Social de Direitos, funda a Teoria do Garantismo Penal, tal como idealizada por Luigi Ferrajoli, explicitado anteriormente, que poderão proteger o indivíduo do abuso estatal. Tais Garantias nada mais são que direitos e dispositivos que a Constituição de um determinado país permite e, essas garantias, encontram-se num dilema: o limite do estado e indivíduo. Sobre essa perspectiva é que parte a Teoria do Garantismo Penal, esta visão garantista engloba desde a

14 SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003, p. 155.

criação da lei penal, abarcando a escolha dos bens jurídicos tutelados, a validade das normas e princípios do direito material e processual penal, o respeito pelas regras e garantias inerentes à atividade jurisdicional, a regular função dos sujeitos processuais e até mesmo as particularidades da execução penal, entre outros temas.

No contexto brasileiro, em que pese à persistência do Poder Executivo na implementação de políticas públicas mediatistas e paliativas, incapazes de aplacar situações de vulnerabilidade e risco social enraizados na coletividade, bem como do Poder Legislativo na produção de uma legiferação penal que subjuga as garantias aos anseios escusos de clamor social e da opinião pública. Assim, cumpre ao juiz, como elemento último e depurador da cadeia, refrear a violência dirigida aos direitos e garantias fundamentais, adequando suas decisões aos preceitos constitucionais estabelecidos.

A diferença do poder exercido pela mídia sobre a sociedade diverge do poder exercido pelo Estado pela coerção, mas o poder persuasivo assemelha-se ao coercitivo, não pela intimidação e sim pela estratégia de indução, de influência a qual faz com que os telespectadores entendam que chegaram a determinada conclusão de maneira livre, por eles mesmos, sendo ainda exercido com elevada significância pela sua capacidade de transmissão massiva de informações.

De fato a influência que a mídia exerce na sociedade contemporânea é tão expressiva e contundente que alguns doutrinadores e sociólogos a consideram um “Quarto Poder” da República. Sobre esta análise, Sérgio Cavalieri Filho<sup>15</sup> explana que:

(...) Costuma-se dizer que existem três formas de poder efetivo: o poder de punir, o poder de premiar e o poder de condicionar. Punindo, que é a tarefa própria do Poder Judiciário, pode-se fazer com que alguém faça o que deve ser feito; premiando, também podemos levar as pessoas a fazer o que queremos; condicionando, podemos não somente fazer que os outros façam o que queremos, mas também que eles pensem como pensamos. E ainda convencidos de estarem pensando por si próprios. Pois esse é o poder da mídia.

---

15 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178.

Poder que penetra nas casas, no seio das famílias; que alcança palacetes e favelas, cultos e ignorantes, ricos e pobres, até os mais longínquos pontos do país pro meio de uma linguagem emocional, colorida, cativante, persuasiva, sem constatação.

Intitulado de “quarto poder” por Cavalieri, a mídia se utiliza de sua avassaladora máquina comunicativa para promover valores e condenar pessoas, assumindo, assim, um papel político, quando não investigatório, e ultrapassa sua primordial área de atuação, exercendo a função de polícia. A forma como a notícia é veiculada pode distorcer e influenciar o entendimento e a opinião das pessoas com relação aos fatos.

No tocante ao aspecto processual penal, torna-se importante frisar que a prisão cautelar, principalmente nos casos em que a mídia dá exacerbado destaque, é exceção, ideal seria a necessária compreensão geral deste instituto, mas infelizmente, esta medida, excepcional, segundo Ana Lúcia Menezes Vieira, está sendo banalizada, decretada em qualquer situação, sem qualquer critério, com viés, em casos que envolvam a ordem financeira, de obrigatoriedade. Tudo isso para que alguns interessados recebam os aplausos da população, ávida por sangue.

Ressalvam-se as consequências sérias e indelévels que podem ser causadas à honra e a imagem das pessoas através da veiculação de notícias, por empresas que muitas vezes agem motivadas pelos altos lucros propiciados, estigmatizando, frequentemente a vida e a reputação das pessoas envolvidas e que na maioria das vezes, a reparação dos danos causados às pessoas envolvidas é praticamente impossível.

#### 4. CONCLUSÃO

Torna-se pertinente ratificar a análise feita no que diz respeito à presunção de inocência aplicado ao direito penal, que estabelece o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal. Está previsto expressamente pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que preceitua que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Isso significa dizer que somente após um processo concluído (aquele de cuja decisão condenatória não mais caiba recurso) em que se demonstre a culpabilidade

do réu é que o Estado poderá aplicar uma pena ou sanção ao indivíduo condenado. Proclamado por Beccaria<sup>16</sup>:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do Juiz (...) se o delito é certo, não lhe convém outra pena que não a estabelecida pelas leis (...) se é incerto, não se deve atormentar um inocente, pois é inocente, segundo as leis, um homem cujos delitos não estejam provados.

Sobre o aspecto midiático acontece o inverso, o acusado terá que provar que é inocente, diferentemente do que preceitua a Constituição Brasileira, pela qual os acusadores deverão provar que ele (réu) é culpado, isso acontece devido ao bombardeio de acusações, sendo o indivíduo “condenado” e estigmatizado pela mídia muito antes da conclusiva “condenação definitiva” transitada em julgado.

Os conflitos que se expõem não se solucionam com a criação e aplicação de leis mais severas, sem observar a evolução histórica, política, econômica, cultural, religiosa, social deste estado de comoção que vai além da questão criminal. Devendo ir de mão com a possibilidade de elaborar uma política de justiça penal que seja legítima, que possa nascer da interação da maior quantidade possível de setores. Trata-se de socializar as políticas criminais e não criminalizar as políticas sociais.

Observa-se que devido à complexidade do fenômeno, objeto deste estudo, existe como “solução proposta” a necessidade de incrementar uma formação dos operadores da informação específica para o jornalismo criminal, auxiliando desta forma ao cumprimento da lei e do respeito a efetivação dos direitos e garantias fundamentais no que tange ao aspecto criminal. Para tanto é necessário aplicar a interdisciplinaridade dos cursos de Jornalismo, Radialismo, Comunicação Social com disciplinas oriundas do curso de Graduação em Direito, permitindo corroborar para o desenvolvimento de um jornalismo mais responsável, mais sério e menos sensacionalista e acusador. Bem como, reforçar pelos modos legítimos e de verdadeira efetividade a integração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com a observância nos preceitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais no que concerne, sobretudo, ao aspecto

---

16 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1996.

criminal, com o intuito de realizar a justiça de forma correta, visando o bem coletivo e individual.

## REFERÊNCIAS

ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. **Espreme que sai sangue**: um estudo do sensacionismo na imprensa. São Paulo: Summus, 1995.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **Devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional** – 17ª edição – Editora Atlas, 2005.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **Bases Críticas para um Direito Penal racional**. Trabalho inédito. Vitória da Conquista, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11º Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.

**Revista Consulex**. Ano II, n. 32, Outubro de 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/162/oprincipio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infra-constitucional#ixzz1yQyClJ8Q>, acessado em 01 nov. 2013.

SANTOS, J. C. dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n.12, p. 53-57, julho-dezembro 2002. p. 56.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: RT, 2002.

**SITES CONSULTADOS:**

<http://jus.com.br/revista/texto/162/oprincipio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional#ixzz1yQyClJ8Q>

<http://www.infoescola.com/jornalismo/sensacionalismo>



# RESQUÍCIOS INQUISITÓRIOS NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO NO CURSO DA AÇÃO PENAL

## RESUMO

O objetivo desse trabalho é desenvolver uma análise crítica e didática sobre os resquícios inquisitivos dos poderes que os magistrados possuem mais especificamente a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício no curso da ação penal. Será realizado um breve apanhado histórico sobre os sistemas processuais penais, e o motivo pelo qual o Brasil ainda possui traços do sistema inquisitório. Verificar-se-ão o posicionamento da doutrina acerca dos poderes do magistrado no curso da ação penal, como também os seus reflexos no princípio do devido processo legal e na necessária imparcialidade do juiz. Analisar-se-á de que forma a aplicação da prisão preventiva de ofício transmuta a posição do julgador para a do acusador, cujo papel pertence única e exclusivamente ao Ministério Público, subvertendo por completo todo o sistema.

## ABSTRACT

The objective of this job is develop a critical and didatic analysis about the inquisitive remnants of power that the magistrates have, more specifically, the possibility of ordering pre-trial detention in the course of criminal proceedings. In order to do so, a brief historical survey will be carried out on the criminal procedural systems, and the reason why Brazil still has traces of the inquisitorial system. The position of the doctrine on the magistrate's powers in the course of the criminal action will be verified, as well as its reflections on the principle of due process of law and on the necessary impartiality of the judge. It will be analyzed how the application of pre-trial detention transmutes the position of the judge to that of the accuser, whose role belongs only and exclusively to the Public Ministry, completely subverting the entire ordered system.

## 1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de decretação da prisão cautelar preventiva de ofício pelo magistrado no curso da ação penal denota os resquícios inquisitoriais presentes no sistema processual penal brasileiro.

A prisão preventiva, medida extrema, somente pode ser decretada mediante fundamentação inequívoca, presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, servindo para resguardar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, dentre outras possibilidades existentes em leis esparsas, não podendo servir como antecipação da pena, sob pena de subverter o curso da ação penal.

Ao Ministério Público, cujo papel extraído da Constituição Federal é o de promover a ação penal pública, tem a justa possibilidade de requisitar a prisão preventiva do Acusado. Ao julgador caberia, em um sistema perfeito, somente a apreciação dos pedidos, mantendo-se equidistante das partes.

Porém, em nossa legislação, mais precisamente no art. 311 do CPP, é permitido ao Julgador, no curso da ação penal, obviamente presentes os requisitos autorizadores, a decretação da prisão preventiva de ofício, mesmo sem a requisição do Ministério Público.

Diante deste fato, surge a indagação: Poderia o Julgador ordenar uma prisão sem o pedido do órgão responsável por promover a acusação? Fatos como estes não são as únicas arbitrariedades em nossas leis. Temos diversos outros exemplos, como a possibilidade da produção de prova de ofício ou a condenação sem pedido do *parquet*.

As Casas Legislativas Federais caminham a passos lentos para uma análise de cunho humanista destes resquícios inquisitoriais. É preciso que se analise o tema com vistas à Constituição Federal, e aos princípios dela decorrentes, principalmente os da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e do limite do poder punitivo estatal.

## 2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

### 2.1 Sistema Processual Inquisitório

O sistema é fruto das monarquias europeias absolutistas, tendo se aperfeiçoado no Direito Canônico nos tribunais de inquisição. Substituiu o sistema acusatório, no qual um representante do povo, que geralmente se encontrava ou na vítima ou nos familiares dela, fazia o papel de acusador.

Diz Renato Brasileiro de Lima que “tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor”. (LIMA, 2016, p.12)

Conforme Aury Lopes Jr (2016, p. 61), o processo inquisitório não é, de fato, um processo, e sim apenas um rito necessário que sempre levará à condenação:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação. (LOPES, 2011, p.57).

Nessa toada, o acusado é apenas um objeto da acusação, não importando o modo pelo qual as provas eram obtidas. As torturas para a confissão eram frequentemente permitidas, não restando ao réu outra alternativa, infligindo pela dor, senão a confissão, prova esta tarifada como a mais valiosa de todas, independentemente do modo pelo qual se obtinha.

Ao Julgador, existia a possibilidade da produção de provas, independentemente de requerimento, fato este que merece ser lembrado posteriormente, pois ainda persiste em nosso Código de Processo Penal.

Desse modo, aduz Renato Brasileiro:

Com a concentração de poderes nas mãos do juiz, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável.” (2016, p.12)

Isto é visível na possibilidade de produção probatória do Julgador. Nas palavras do mesmo Autor:

No processo inquisitório, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse. (BRASILEIRO, 2016, p.12).

Alguns tipos de provas valiam mais do que outras. José Laurindo de Souza Netto diz que as provas eram “tarifadas” de acordo com a condição pessoal, ou pelos fatos:

Especificamente com relação às provas, é importante ressaltar que elas eram tarifadas por lei (sistemas de prova legal), ou seja, cada prova possuía um valor probatório diverso, e a confissão era denominada a ‘rainha das provas’, suplantando qualquer outra, mesmo que obtida mediante tortura. Quanto as provas documentais e testemunhais, havia uma tarifação, que observava, principalmente, a condição da testemunha (sexo, parentesco com a vítima etc.). Havia até mesmo uma graduação para a comprovação de determinados fatos – por exemplo, um roubo se provava com número específico de testemunhas masculinas, ou, então, femininas, sendo que um homicídio tinha sua autoria comprovada por um número diverso. (2003, p.41)

O contraditório era um sonho distante. Não existia uma estrutura consistente e pré-definida, em que os passos eram de conhecimentos das partes antes mesmo da acusação. A condenação não era uma questão de como, e sim quando viria à tona.

Conforme se verá, o Brasil adotou, de certo modo, o sistema inquisitório. Exemplos deste resto do Século XII é o poder da produção de provas e o poder de decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado.

A presença de um julgador equidistante das partes garante a imparcialidade, posto que fato contrário resultaria em evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais.

## **2.2 Sistema Processual Acusatório**

O Sistema Acusatório é aquele que convive em harmonia com os direitos fundamentais do acusado, evitando, portanto, os arbítrios estatais. Surgiu na Grécia, quando um representante do povo assumia o papel de acusador, ficando o julgamento a um tribunal popular.

O Acusador era representado por voluntários do povo, escolhidos pelo Estado, exercendo um papel próximo ao do atual Ministério Público, e não raras às vezes era alguém próximo à vítima.

A essência desse modelo é o respeito e a divisão entre aquele que acusa, julga e defende. Diferentemente do Inquisitório, este Sistema, conforme afirma Paulo Rangel, tem uma divisão de poderes nítida:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial da aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim

no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (2008, p. 48.)

Ferrajoli afirma que o sistema é bem delineado:

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução. (2006, p. 518)

As características básicas são diametralmente opostas ao do sistema inquisitivo: fim do sigilo, separação das funções, o exercício pleno do contraditório e ampla defesa, Julgador deixa de produzir provas, a possibilidade de ver suas decisões serem analisadas por instâncias superiores, e finalmente o réu figura como um sujeito de direitos, e não mais como um mero objeto destinado à condenação.

Quanto à iniciativa probatória, explica Renato Brasileiro Lima:

O juiz não era dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes. (2016, p.14)

Deste modo, depende exclusivamente das partes o sucesso na acusação ou da defesa, pesando, portanto, às partes a árdua tarefa de sempre buscar a excelência no curso da persecução penal, em virtude da proibição do Julgador em intervir para beneficiar alguma das partes.

O sistema acusatório fora acolhido pela Constituição Federal de 1988, posto que em seu art. 129, I, restou ao Ministério Público a função

privativa de promover a ação penal pública, de modo que o processo penal somente tem início mediante a provocação do órgão legitimado pela Carta da República em fazer valer a pretensão punitiva (*ne procedat judex ex officio*).

Assim, ainda que não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, obsta o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes.

Deve o magistrado, portanto, manter-se equidistante das partes, abstendo-se dos atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

O Professor Paulo Rangel explica sinteticamente:

Não pode-se imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas que a não levará em consideração na hora de dar a sentença. Impossível esse total desligamento do juiz, como se fosse um computador que deletará a informação de seu arquivo para sempre. Ademais, a atuação do juiz no sistema acusatório deve se dar de maneira imparcial, pois, segundo a doutrina majoritária, deve ser o juiz garantidor das liberdades, e portanto, deve manter-se o mais distante possível da produção probatória. (2008, p. 953)

A doutrina majoritária e constitucionalista entende pela impossibilidade de produção de provas *ex officio* pelo magistrado, por violar o sistema insculpido na Carta da República, posto que foge da inércia e assume o papel de acusador.

## 2.3 Sistema Processual Misto

Segundo Aury Lopes Jr.:

As ideias filosóficas da Revolução Francesa de 1789 influenciaram no sistema processual penal da época, pois com o fracasso do modelo inquisitório e a gradual volta do acusatório, houve uma modificação substancial no tipo processual penal. Ocorre que o Estado não podia devolver a função da persecução criminal em

mãos de particulares, então decidiu dividir o processo penal em fases e atribuir a tarefa de acusar e julgar a órgão e pessoas distintas, nascendo daí o Ministério Público. Assim, a acusação continua com o monopólio estatal, no entanto, realizada por um terceiro distinto do magistrado. (2008, p.66)

Este sistema é o que mais se aproxima ao brasileiro, cuja fase preliminar (correspondente ao inquérito policial) é realizada pela Polícia Judiciária, cabendo ao Julgador a análise de eventuais requerimentos que invadam suas prerrogativas constitucionais.

Ao Ministério Público repousa a responsabilidade pela denúncia formal, ou seja, pela acusação. O sistema misto, assim, é dividido em duas fases: a primeira, consistente na instrução preliminar, realizada pela Polícia, nitidamente inquisitiva; e a segunda, judicial, sendo a acusação feita por órgão distinto do que irá realizar o julgamento.

Aury Lopes Jr. aponta como principal defeito a inevitável contaminação na fase preliminar:

[...] a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (2008, p. 130).

A crítica do referido Autor merece reflexão. As provas colhidas na primeira fase, sem o devido contraditório, são levadas à ação penal e cotejadas de forma substancial, sob argumentos vazios do chamado “imunização da prova”.

Ora, um Julgador que tem acesso as provas naquela primeira fase não pode se negar ao fato de que já está contaminado, a partir do momento em que tem acesso àquelas provas sem a oitiva da parte contrária.



Esta primeira fase é realizada nos exatos termos do sistema inquisitivo do Século XII, vez que é sigilosa, escrita e sem o exercício do contraditório. Já a segunda é oral, pública, com todos os atos praticados em audiência, garantidos ao acusado os direitos de contraditório e ampla defesa.

Ocorre que pelo simples fato de haver uma fase inquisitorial, toda a acusação é maculada. Esclarece Renato Brasileiro:

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988. (2016, p.16)

A problemática da incompatibilidade entre a junção entre os dois sistemas, inquisitório e acusatório, se dá pelo fato da acumulação indevida de funções, posto que seu convencimento estará contaminado.

É que sua atuação futura provavelmente buscará chancelar aquilo que foi visto enquanto não houve o contraditório, tornando a ação penal mera formalidade obrigatória. Isto porque a sua opinião já estará formada previamente, e todos os atos praticados na instrução será, até que de modo inconsciente, direcionado à condenação.

### **3. A PRISÃO PREVENTIVA ANTES DA LEI 12.403/11: POSSIBILIDADES DO JULGADOR E FALTA DE MEDIDAS CAUTELARES**

Anteriormente à Lei nº 12.403/11, a sistemática das possibilidades do Julgador no tocante à prisão preventiva era desta forma regulada, ao teor do art. 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício,

a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Entre o início da persecução penal e o seu término, haviam situações em que era necessário o uso de medidas cautelares com o intuito de preservar o bom andamento da marcha processual.

Dentre estas medidas cautelares, há as de caráter real e pessoal. Aquelas se relacionam à constrição de bens do investigado, tais como sequestro, busca e apreensão, entre outras, enquanto as de caráter pessoal tinham como escopo a limitação da liberdade pessoal, cujo exemplo clássico é a prisão preventiva.

Antes da edição da Lei 12.403/2011, as únicas medidas cautelares que existiam eram as de restritivas de direito, previstas em lei esparsas, como exemplo na Lei Maria da Penha.

Diante da omissão do Legislativo em proceder a edição de leis que regulassem estas medidas cautelares, o Judiciário tomou a frente, criando as “Medidas Cautelares Inonimadas”, gerando enorme incerteza jurídica, e, de certo modo, violando o princípio da legalidade.

Nesta toada, há dois pressupostos inerentes à prisão preventiva: o *fumus comissi delicti* (algo próximo ao *fumus boni iuris*) e o *periculum libertatis*. O primeiro diz respeito à “aparência do cometimento de um crime com autoria e materialidade certas”, enquanto o segundo se refere ao perigo na situação de liberdade do agente delituoso.

Além disto, também é necessário preencher as situações autorizadas. A primeira delas é a prisão para garantia da ordem pública, situação em que há possibilidade de o agente continuar com sua carreira criminosa.

Já a garantia da ordem econômica é especialmente voltada à repressão aos crimes de colarinho branco, quando as liberdades do suposto autor ponham em risco o sistema financeiro.

A conveniência da instrução criminal é aplicável nas situações em que o agente delituoso possa intimidar testemunhas ou destruir provas. A aplicação da lei penal é utilizada para afastar a possibilidade de fuga do autor da infração, garantido sua punição.

Do mesmo modo, também ocorre a prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, garantindo a aplicação das medidas protetivas de urgência.

Ressaltando que, por força do art. 93, XI da Carta da República, todas as decisões judiciais, principalmente estas que custodiam cidadãos sem culpa formada, devem ser extensamente fundamentas.

O ponto mais controvertido seria o art. 311 do CPP, segundo o qual a preventiva poderia ser decretada a requerimento do Ministério Público, do querelante, por representação da autoridade policial, ou de ofício pelo magistrado, tanto na fase do inquérito policial como na instrução criminal.

Para Souza Nucci, a possibilidade de decretação de ofício não se coaduna com a obrigação do Julgador de manter-se equidistante das partes. Isto porque transfere ao Julgador poderes excessivos de intervenção na persecução penal, fugindo do seu papel primitivo de exercer apenas o papel de julgar:

A previsão da decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado provoque, é mais uma amostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. Insistimos, pois, que o nosso sistema de processo é misto, ou, como bem definiu Tornaghi, inquisitivo garantista. (2010, p. 604).

Seguindo com seu raciocínio, o Habeas Corpus nº **70016461592**, **ementado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, é exemplo do clássico da rejeição dessa possibilidade por força da Constituição Federal, ainda em 2006:

**Ementa:** HABEAS CORPUS. (...) ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DE OFÍCIO. 2. Após ter sido instado a explicar na tribuna sobre sua condenação, manifestou indignação, alegando ser inocente. **Foi-lhe decretada a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública.** 3. Além de a segregação cautelar ter ferido frontalmente o sistema acusatório, pois a decretação foi de ofício, prática rejeitada pela Constituição de 1988... (Habeas Corpus Nº 70016461592, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 31/08/2006).

No teor do voto condutor, restou a seguinte clara explicação acerca da inequívoca confusão entre Julgador e Acusador:

Mesmo diante da ausência de requerimento, o julgador a quo decretou a segregação cautelar de ofício. Após o advento da Constituição de 1988, a qual adotou o sistema acusatório, caracterizado, essencialmente, pela distinção entre as atividades de acusar e julgar; imparcialidade do juiz; contraditório e ampla defesa, motivação das decisões judiciais; livre convencimento motivado, entre tantas outras, totalmente descabida qualquer decretação ex officio. A acusação, nos termos do art. 129 da Constituição, está totalmente a cargo do Ministério Público, constituindo-se em ilegalidade a decretação de prisão de ofício. (BRASIL, 2006)

O voto é muito claro em expor as contradições do Julgador em decretar a prisão preventiva de ofício. Como bem exposto, a Constituição Federal de 1988 distribuiu as funções de acusador e julgador de forma explícita, sendo inviável qualquer ato de ofício.

As posições dos Autores acima supracitados se coadunam com a essência da Carta da República. Delegar a função de promover a ação penal, e, por conseguinte, o requerimento das medidas cautelares, no curso do processo, ao Ministério Público, é, de igual modo, homenagear o sistema acusatório. A faculdade do magistrado de decretar medidas de ofício de certo modo invade a competência exclusiva do *parquet*.

#### 4. A LEI 12.403/11 E A NOVA SISTEMÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Até a edição da Lei, por falta de medidas cautelares diversas da prisão, a constrição cautelar era a medida cautelar prisional mais empregada para tutelar a persecução penal.

Na atual sistemática o julgador não fica limitado à decretação da prisão preventiva, pois a nova lei adicionou ao ordenamento jurídico diversas outras possibilidades de medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal:

Além disso, o art. 282, §6º do CPP impõe a prisão cautelar somente quando não houver outra medida possível.

Com a Lei n. 12.403/2011, o legislador ampliou o leque das medidas cautelares no processo penal, não mais subsistindo a prisão como principal medida cautelar pessoal, tornando a constrição cautelar a *ultima ratio* em termos de medida cautelar.

A nova Lei também inovou o art. 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Pois bem, a nova lei trouxe atualizações nas hipóteses de prisão preventiva, porém falha de forma grave em não exterminar resquícios inquisitórios, isto porque se antes era possível a prisão de ofício durante toda a persecução penal, remanesce a possibilidade no curso da ação penal.

Segundo Gustavo Badaró, a atualização da lei não foi suficiente para afastar a sombra inquisitiva:

No que toca ao juiz, a Lei nº 12.403/2011 restringiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio*, o que somente poderá ocorrer no curso da ação penal (CPP, art. 311, c/c art. 282, §2º), isto é, depois de oferecida a denúncia ou queixa. Em contrapartida, no curso do inquérito policial ou de qualquer outra forma de investigação preliminar, não será possível a decretação da prisão pelo juiz, de ofício. Em tal hipótese, somente mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. (2015, p.973)

O avanço foi mínimo, de modo que as críticas a esta sistemática são constantes. Aury Lopes Jr confirma seu posicionamento em desfavor medidas que firam o sistema acusatório:

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional

e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que “no curso da ação penal. (2013, p. 831).

Renato Brasileiro também converge na ideia de que medidas cautelares feitas de ofício não se coadunam com o sistema proposto pela Constituição Federal de 1988:

Decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício durante as investigações: na fase investigatória, é vedada a decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante provocação da pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*). Destarte, antes do início do processo, deve o juiz se abster de promover atos de ofício. (2016, p. 762)

O Código de Processo Penal indubitavelmente viola a Constituição Federal, pois ignora a divisão inculpada no sistema acusatório, delegando ao Ministério Público o papel de ator principal na ação penal, deixando o Juiz como coadjuvante, cuja obrigação é de permanecer inerte, manifestando somente quando instado a tal.

Nesta toada, Aury Lopes Jr. explica que é imperioso lembrar também que o Juiz é considerado imparcial durante todo o processo, devendo apenas analisar o que lhe é requerido, e não agir por impulso, pois, segundo suas palavras:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. (2013, p. 102)

Nos dizeres de Nucci,

jamais deveria o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. Trata-se de medida drástica de cerceamento da liberdade, razão pela qual deve haver um expresse pedido, do *Parquet*, como exemplo. (2014, p. 86)

É notório a contradição entre o poder conferido ao Julgador e a incidência do sistema acusatório. Admitir que a parte cuja obrigação é manter-se equidistante das partes tenha o poder de adentrar no papel do Acusador (ora, quem prende, acusa) contamina todo o sistema.

O doutrinador Mauro Fonseca Andrade também discorda desta hipótese. Segundo o autor, “a celeuma da questão se relaciona ao fato de que o juiz possa agir de ofício, violando a inércia.” (2011, p. 390). É mais uma hipótese clara da confusão entre os sujeitos do processo, evidenciando o resquício inquisitivo que persiste em nosso ordenamento jurídico.

Para Aury Lopes Jr também é claro que o agir de ofício é perigoso ao sistema, pois quebra a imparcialidade. Ele diz que

a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. (2013, p.824)

Para Mauro Fonseca Andrade, é impossível não acreditar no fato de que o juiz que age ofício não está levado a agir contra o acusado, ferindo a imparcialidade:

No que diz respeito à tentativa de transformar em inquisidor o juiz que, de ofício, determina a prisão preventiva do réu, não há como negar que está ela diretamente ligada à crença de que todo juiz do sistema inquisitivo atuaria sempre contra os interesses do acusado, apesar da omissão ou contrariedade do órgão acusador. (2011, p. 395).

Tourinho Filho também critica a possibilidade oferecida ao Julgador no art. 311 do código de processo penal, vez que fere a imparcialidade conferida ao “árbitro” do processo penal:

[...] É profundamente lamentável conceder o Juiz, que é árbitro da pugna *jus puniendi* “versus” *jus libertatus*, o poder de decretar de ofício a prisão preventiva. A nosso ver o pedido deve provir do Estado Administração, representado pela Autoridade Policial e pelo Ministério Público. (2010, 671).

A partir da nova Lei, a prisão poderá ser decretada durante as investigações preliminares somente com o pedido da parte legítima que realiza as investigações: a Autoridade Policial.

Esta nova lógica se coaduna aos preceitos do sistema acusatório, pois permite à parte legítima requerer a prisão, cabendo ao Julgador apenas o papel de análise do pedido. Este sistema ainda está longe de ser o mais correto, pois o Acusado fica em uma posição delicada, podendo ser levado à cadeia por provas careadas sem a ampla defesa, não tendo a oportunidade de defender.

É óbvio que, uma vez constatado que aqueles motivos ensejadores da prisão preventiva são ilegítimos, é cabível a impetração do remédio heroico. Todavia, o simples requerimento de prisão já se configura um vexame e constrangimento insuperável ao cidadão.

Dito isto, é mister reconhecer os avanços trazidos por esta Lei, porém também é necessário esclarecer que ela ainda não se coaduna de forma plena ao sistema acusatório, fundamento imperativo em um Estado de Direito (*rule of law*).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, percebemos que as inconsistências trazidas pelo legislador brasileiro põem em xeque o real sistema processual penal imposto pela Constituição Federal.

Com o objetivo de garantir o agente supostamente criminoso como sujeito de direitos e respeitar a Carta da República, além de impor limites aos atos arbitrários perpetrados por magistrados, principalmente as possibilidades facultadas ao magistrado para atos de ofício, é imperiosa a edição de um novo código de processo penal, abandonando o caráter fascista do momento em que o atual códex fora elaborado.

Apesar das reformas feitas no atual código com o intuito de adequá-lo à nossa Carta Magna, são diversos os resquícios inquisitoriais, sendo



necessário, diante da omissão legislativa, interpretar os mandamentos infraconstitucionais em acordo com os princípios constitucionais, sope-sando os seus reais objetivos e os limites impostos pela Carta Maior.

É uníssono na doutrina pátria que, pelo fato do sistema vigente possuir uma fase inquisitorial, o sistema é por completo contaminado, possuindo, ao final das contas, um caráter fascista, contrário ao sistema acusatório.

Isto entra em desacordo com aquilo que a Constituição Federal impõe, seja através da estruturação dos órgãos estatais, sejam pelos seus princípios, como o direito ao contraditório, ampla defesa, separação plena dos poderes de acusar e defender, consubstanciando, em sua excelência, o devido processo legal.

O objetivo dessa urgente reforma ou da adequação do atual código de processo penal à essência do sistema acusatório é garantir que o juiz natural da ação penal se mantenha inerte e equidistante das partes, homenejando a imparcialidade.

Todavia, a legislação ordinária peca em diversos pontos, oferecendo ao Juiz poderes exorbitantes e inquisitoriais, como a produção de provas de ofício, e, especificamente a possibilidade de decretação de prisão preventiva no curso da ação penal.

Em algum ponto no futuro próximo, todo o nosso sistema de persecução penal deverá ser reformulado, alinhando-se às garantias constitucionais, excluindo os privilégios e colocando todos os cidadãos no mesmo patamar.

## REFÊRENCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BADARÓ, Gustavo Badaró. **Processual Penal**. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)> Acesso em 10/05/2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 10/05/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus N° 70016461592**. Impetração suscitando nulidade da decretação da prisão preventiva de ofício. **Sétima Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 31/08/2006**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/62589139/djpa-05-12-2013-pg-43>> Acesso em 10/05/2017

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. Rev., atual. E ampl.. São paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão de Liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TORINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

# UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A UTILIZAÇÃO DE CARTAS PSICOGRAFADAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo estudar a admissibilidade de cartas psicografadas no processo penal. Iniciando com um estudo do conceito de processo penal e um dos seus princípios norteadores, o da verdade real. Além de esclarecer o conceito de psicografia e sua utilização no processo criminal. A metodologia de pesquisa é de cunho doutrinário, e embasada na legislação pertinente ao assunto. Algumas cartas psicografadas já foram analisadas para inocentar réus acusados de homicídio, o que não é regra, pois a legislação penal não permite e nem proíbe esse meio probatório, sendo inerte quanto isso. Verifica-se que, a aceitação das cartas psicografadas como meio de prova depende mais de convicções religiosas do julgador. Esta é uma questão polêmica, controversa e caberá aos juristas e aos legisladores, decidir sobre a aceitação de tal prova, levando-se em conta a insegurança jurídica que isso trará para o futuro.

## ABSTRACT

This article aims to study the admissibility of psychographed letters in criminal proceedings. Starting with a brief study of the concept of criminal procedure and one of its American principles, that of the real truth. In addition to clarifying the concept of psychography and its use of the criminal process. A methodology of research and doctrine, and based on legislation relevant to the subject. This is not a rule, since criminal law does not allow or prohibit this evidential medium, being inert as such. It turns out that an acceptance of psychographed letters as a means of proof depends on more of the religious convictions of the judge. This is a controversial issue, controversial and will be up to jurists and legislators, deciding on the acceptance of proof, taking into account the legal uncertainty that will bring to the future.

Técnica do Ministério Público de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (2011). Pós Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia (2014). [Jessica\\_tavares88@hotmail.com](mailto:Jessica_tavares88@hotmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa orientar e esclarecer sobre a possibilidade do uso de cartas psicografadas no processo penal brasileiro. Embora tentássemos não nos aprofundar em doutrinas religiosas, faz-se necessário o auxílio da doutrina espírita, já que o dito meio de prova é instituto desta crença.

Defendemos a ideia de o direito não ser estático, devendo evoluir constantemente, de acordo com o crescimento e desenvolvimento da sociedade. No entanto, essa mudança deve respeitar os princípios que regem o processo penal e a jurisdição brasileira.

Em nosso ordenamento jurídico não há proibição ou permissão expressa do uso de cartas psicografadas em juízo, ficando a cargo do magistrado esta decisão. Trata-se mais de uma questão de crença do que propriamente de validade da prova.

Outra questão que deve ser levantada é sobre a autenticidade dos documentos, pois veremos que a perícia não assegura a veracidade dos fatos alegados nas cartas.

Embora já se tenha admitido esse meio de prova em nosso país, não se deve tomar como base essas decisões, sob pena de abrirmos precedentes que trarão prejuízos imensuráveis para segurança jurídica e o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo devemos ter cuidado para evitar provas ilícitas.

Portanto, não devemos utilizar todos os meios de prova indiscriminadamente em busca da verdade real, pois no processo penal os fins não justificam os meios.

## 2. O PROCESSO PENAL E A BUSCA DA VERDADE REAL.

*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* - “Não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” é nessa máxima latina, alicerçada na nossa Constituição Federal e no nosso Código Penal, nos artigos 5º, inciso XXXIX e artigo 1º, respectivamente, que se fundamenta o poder punitivo do Estado.

Cometida uma infração penal, o Estado é o titular do poder-dever de punir, ele tem a exclusividade do *jus puniendi*, sendo o Ministério Públi-

co o titular exclusivo da ação penal pública, mesmo que em alguns casos o Estado delegue ao particular a legitimidade de iniciar o processo penal, como acontece nos crimes de ação penal exclusivamente privada. “O Estado, que tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir determinada pessoa.” (CAPEZ, 2009, p.2)

Segundo Fernando Capez (2009, p.2-3)

A finalidade do processo é propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado- Administração e o infrator, através de uma sequência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção de provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide.

Dentre os princípios relevantes para a abordagem do nosso tema, destaca-se o princípio da verdade real, também denominado princípio da livre investigação das provas, segundo o qual, o juiz não fica limitado às provas trazidas pelo Ministério Público e defesa aos autos, podendo e devendo buscar a verdade dos fatos.

Ainda acerca do princípio da Verdade Real, Mirabete (2008, p.25) nos apresenta um ensinamento valioso:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites da sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.

Buscando respaldo neste sentido, citamos Nucci (2008, p.107):

Além disso, a realidade nos demonstra que o juiz, exercendo suas atividades em Vara Cível, tem nitidamente menor preocupação em produzir provas de ofício, especialmente quando cuida de interesses patrimoniais, aguardando a atitude positiva das partes nesse sentido. Por outro lado, na esfera criminal, ainda que o réu admita o teor da acusação, o juiz determinará a produção de provas, havendo um cuidado maior para não levar ao cárcere um inocente, visto que estão em jogo, sempre, interesses indisponíveis.

Assim, verifica-se que no processo, ou até mesmo fora dele, a certeza dificilmente é encontrada. A busca da verdade não quer dizer a ilimitada possibilidade de produção de provas. O que se deve prevalecer é que esta busca no processo seja ética, constitucional e processualmente válida.

Entretanto essa liberdade da prova encontra limites. Para melhor entendermos dispõe Mirabete (p.253):

[...]. Entretanto essa ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no artigo 155 do CPP e em outros dispositivos da lei processual. Segundo a doutrina, são também inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. **Lembra-se também da proibição de provas de invocação ao sobrenatural.**  
***Grifo nosso.***

Por esses motivos, não se admitem as provas obtidas mediante tortura, as que foram objeto de captação clandestina de conversação telefônica, o diário, etc.; pois tais provas violam a integridade física, a vida íntima da pessoa, resguardada por nossa Lei Maior. Não esquecendo o ilustre doutrinador de citar as obtidas por meios sobrenaturais, como é o caso do nosso tema em questão.

Com advento da nossa Carta Magna no seu artigo 5º, LVI, que dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, reforçado pela Lei nº 11.690/2008 que alterou a redação do artigo 157 do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Logo, é majoritário o entendimento que não há distinção entre as provas, sendo prova ilícita tanto aquela que desrespeite disposições processuais como materiais.

Essas normas tutelam direitos e garantias individuais, bem como a qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

### 3. A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA JUDICIAL

No decorrer do processo criminal o magistrado decidirá se o réu será absolvido ou condenado, baseando seu convencimento nas provas obtidas nos autos, sempre aspirando à verdade real como já discutimos no presente trabalho, cabendo ao Ministério Público atuar como fiscal da lei.

Demonstrada à prova da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, o indivíduo deverá ser condenado pelo cometimento do ilícito. Por sua vez, a defesa deve buscar provas que demonstrem a inocência do seu cliente, garantindo a ampla defesa, surgindo assim eventualmente uma carta psicografada nos autos.

Daí onde emerge um dos temas mais polêmicos no direito processual penal, eis que o nosso tema em questão, a admissão das cartas psicografadas no âmbito criminal.

Cumprе advertir, que no nosso ordenamento jurídico não há proibição ou permissão expressa desse meio de prova, cabendo ao juiz decidir se acata ou não a prova, criando assim uma instabilidade jurídica, assim acreditamos.

O curioso é que no Brasil mesmo sem a autorização do uso desse tipo probatório, existem casos em que eles serviram de base para inocentar réus, tanto no juiz singular como no tribunal do júri. Ressaltando não se tratar de regra o uso destas.

#### 3.1 A Psicografia

Inicialmente se faz de fundamental importância conceituar o objeto do nosso estudo, qual seja, a psicografia. No conceito trazido pelo dicionário, psicografia é a escrita dos espíritos pela mão do médium.

O mais importante doutrinador, e também propulsor da doutrina espírita no mundo adotava como pseudônimo, Allan Kardec, e em um dos seus livros ele conceitua a psicografia como sendo: “A transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita pela mão do médium. No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou espírito nele encarnado é intermediário ou interprete do espírito estranho que se comunica”<sup>1</sup>.

---

1 KARDEC, Allan. *Livro de Introdução ao Estudo da Doutrina Espírita*, v.2. São Paulo: Lúmen, 1996, p.36.)

O médium, todavia, seria a pessoa que serve de intermediário entre o homem e os espíritos, e esta condição independe de crença ou desenvolvimento intelectual. A psicografia sofre variações e Kardec observando isso definiu essas variedades de psicografias.

Muito embora a psicografia seja trazida pela religião espírita, diz-se se tratar de um fenômeno admitido também em outras religiões como a umbanda.

Ainda nesse sentido de conceituar o nosso tema, citamos mais uma vez Allan Kardec (O livro dos médiuns, p. 160):

De todas as formas de comunicação, a escrita manual é a mais simples, a mais cômoda e, sobretudo a mais completa. Todos os esforços devem ser feitos para o seu desenvolvimento, porque ela permite estabelecer relações tão permanentes e regulares com os Espíritos, como as que mantemos entre nós. Tanto mais devemos usá-la, quanto é por ela que os Espíritos revelam melhor a sua natureza e o grau de sua perfeição ou de sua inferioridade. Pela facilidade com que podem exprimir-se, dão-nos a conhecer os seus pensamentos íntimos e assim nos permitem apreciá-los e julgá-los em seu justo valor. Além disso, para o médium essa faculdade é a mais suscetível de se desenvolver pelo exercício.

A psicografia sofre variações e Kardec observando isso definiu essas variedades de psicografias. Dentre os médiuns escreventes ou psicógrafos destacamos inicialmente o psicógrafo mecânico, que é aquele que escreve recebendo um movimento involuntário na mão, e tem ausência de consciência do que escreve, ocorre de forma muito rara, ressalte-se.

Assim esclarece Allan Kardec (Livro dos médiuns, p.161):

Quando age diretamente sobre a mão, o Espírito lhe dá uma impulsão completamente independente da vontade do médium. Ela se move sem interrupção e sem domínio do médium, enquanto o Espírito tem alguma coisa para dizer, e pára assim que ele termina. O que caracteriza o fenômeno nessa circunstância é que o médium não tem a menor consciência do que escreve; essa inconsciência absoluta constitui o que chamamos de médiuns passivos ou



mecânicos. Essa faculdade é preciosa por não permitir nenhuma dúvida sobre a independência do pensamento daquele que escreve.

Na psicografia intuitiva, ao revés, o espírito repassa as suas ideias ao médium que as escreve por vontade própria. Embora mais comuns, estão sujeitos a erro, pois eles não podem muitas vezes discernir o quem advêm dos espíritos e o que é do consciente próprio.

Nesse sentido conceitua Kardec (Livro dos médiuns, p.161):

A transmissão do pensamento também pode se produzir por intermédio do Espírito do médium, ou melhor, de sua alma, uma vez que por esse nome designamos o Espírito quando está encarnado. O Espírito desencarnado, nesse caso, não age sobre a mão para fazê-la escrever, não a toma não a guia; ele age sobre a alma com a qual se identifica. A alma, sob esse impulso, dirige a mão, e a mão dirige o lápis. Notemos aqui uma coisa importante de saber: o Espírito desencarnado não substitui a alma, porque ele não pode substituí-la, tomar o seu lugar. Ele a domina e lhe imprime sua vontade. Em tal circunstância, o papel da alma não é absolutamente passivo, uma vez que ela recebe o pensamento do Espírito desencarnado e o transmite. Nessa situação, o médium tem consciência do que escreve, embora não seja seu pensamento; é o que se chama de médium intuitivo. Mas, sendo assim, dirão, nada prova que seja um Espírito desencarnado quem escreve, e não o do médium. Fazer essa distinção é, de fato, algumas vezes bastante difícil.

O tipo intermediário é o mais comum, trata-se da psicografia semi-mecânica, neste tipo o médium tem consciência do que escreve por impulso involuntário.

Nessa senda, citamos mais uma vez Kardec (p.162):

No médium puramente mecânico, o movimento da mão é independente de sua vontade. No médium intuitivo, o movimento é voluntário e facultativo. O médium semimecânico participa dos dois; ele sente um impulso dado à sua mão, independente de sua vontade,

mas ao mesmo tempo tem consciência do que escreve, à medida que as palavras se formam. No primeiro, o pensamento segue o ato da escrita; no segundo, ele o precede; no médium semimecânico, ele o acompanha. Esses médiuns são os mais numerosos.

Há também a psicografia por inspiração que pode ser realizada por qualquer pessoa, estando ela em estado normal ou não, seria uma variação da psicografia intuitiva, a diferença estaria na sutileza da intervenção do espírito, ficando ainda mais difícil distinguir o que é pensamento próprio do que lhe é sugerido.

Ainda sobre os tipos de psicografia defendidos por Kardec em suas obras, destacamos mais algumas de acordo com o resultado do seu trabalho. A exemplo dos polígrafos, que são aqueles cuja letra varia de acordo com cada espírito, podendo reproduzir a caligrafia que o espírito possuía em vida, ressalte-se que essa última característica é rara. Os políglotas que tem a faculdade de escrever em línguas variadas e desconhecidas. E os iletrados que escrevem como médium, sendo analfabetos no estado normal.

### 3.2. Aplicações Práticas da Psicografia no Direito Brasileiro.

O primeiro caso envolvendo cartas psicografadas na jurisdição brasileira não ocorreu no juízo penal, mas no cível. No ano de 1944, o famoso e respeitado médium Chico Xavier foi polo passivo, juntamente com a Federação Espírita Brasileira, de uma Ação declaratória movida pela viúva do escritor Humberto de Campos, dona Catarina Vergolino de Campos, e seus filhos.

Na esfera penal, houve casos tanto no juiz singular como no tribunal do júri, em que cartas psicografadas influenciaram nas decisões judiciais, sendo, todavia, exceções.

A Rede Globo de Televisão, em seu Programa Linha Direta Justiça exibiu em 04 de novembro de 2004 o episódio “*As cartas de Chico*”, sobre as cartas psicografadas pelo médium Chico Xavier que ajudaram na absolvição de acusados pelo crime de homicídio, de onde foram tiradas as informações seguintes.<sup>2</sup>

---

2 <Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=gsa1Gao-HV8>> Acesso em: 16/11/2010.

O primeiro caso ocorreu na cidade de Goiânia, estado de Goiás, em 1976. Depois de algumas bebidas e brincadeiras, a vítima morreu durante uma trágica brincadeira com um revólver. O caso foi registrado pela polícia como homicídio culposo e assim o Ministério Público propôs a ação, o juiz responsável pelo caso foi Doutor Orimar Bastos.

Após os tramites processuais, o juiz relata que estava em sua casa, preparando a sentença, do caso em questão, e quando estava na terceira lauda, foi acometido por uma espécie de transe, pelo qual não tinha a mínima consciência de si. Três horas depois, despertou e deparou-se com nove laudas de sentença prontas, lendo-as e percebendo que não havia um, se quer, erro ortográfico ou datilográfico. Assim decidiu, por este fato, absolver o réu. Este então fora absolvido, e a decisão se deu pela impronúncia por falta de dolo, por entender que se tratava de uma fatalidade, não chegando o réu a júri popular.

O segundo caso levou em consideração uma carta psicografada pelo respeitado médium Chico Xavier. No dia 05 de maio de 1976, também na cidade de Goiânia, José Divino Nunes é acusado de homicídio onde a vítima é seu amigo Mauricio Garcez. Em uma carta psicografada por Chico Xavier, Mauricio afirma que o amigo não teve culpa e a família deveria perdoo-lo. Outras cartas são obtidas e a família procura comparar a assinatura delas com outros documentos em busca da veracidade dos documentos. O réu vai a júri popular e essas cartas, são usadas pela defesa, e ao final José Divino é absolvido por seis votos a um. Houve recurso por parte do Ministério Público, mas o tribunal negou provimento e confirmou por unanimidade a decisão obtida pelo júri.

O terceiro caso aconteceu na cidade de Campo Grande, no estado do Mato Grosso do Sul, em março de 1980. A ex-miss Campo Grande é atingida por um disparo de arma de fogo proferida acidentalmente pelo seu marido José Francisco Marcondes de Deus. A vítima psicografou inocentando o marido, dizendo ter se tratado de um tiro acidental. Foi levado a julgamento pelo tribunal do júri e absolvido.

O quarto caso, também foi um crime de homicídio, ocorrido na localidade de Mandaguari, Paraná, no dia 21 de outubro de 1982. Todavia, tenha sido admitida como prova a mensagem psicografada por Chico Xavier, na qual o espírito da vítima inocentava o réu pelo tiro que deste recebera, o tribunal do júri, por cinco votos a dois, o considerou culpado,

tendo o magistrado Dr. Miguel Tomás Pessoa Filho, condenado o réu a oito anos e vinte dias de reclusão.

Em 2006 a imprensa noticiou na cidade de Viamão, no estado do Rio Grande do Sul, mais um caso em que as cartas psicografadas por médiuns influenciaram o resultado de julgamentos. Iara Marques Barcelos foi acusada de ser a mandante do homicídio do tabelião Ercy da Silva Cardoso. Foram usadas pela defesa duas cartas psicografadas pelo médium Jorge José Santa Maria e ditadas pela vítima. A ré foi levada a júri e absolvida por cinco votos a dois. Houve recurso do Ministério Público e a decisão do Tribunal se deu por maioria, dando provimento ao apelo do MP para declarar a nulidade do julgamento, com base no art.564, inciso II do CPP. Não se analisou, portanto, a validade da prova. O caso está em trâmite.

#### 4. A INADIMISSIBILIDADE DA PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA

Inicialmente esclarecemos que o Brasil é um Estado neutro em matéria religiosa, e que promove a separação do Estado das igrejas e comunidades religiosas, sendo assim considerado como um Estado laico, lembrando que a discussão não se trata do cunho religioso ou aceitação da doutrina espírita, mas sim de sua inserção na ciência criminal e civilista, analisando o tema de uma perspectiva curiosa.

Assim começaremos a analisar o tema em questão deste ponto, pois se a psicografia integra uma doutrina religiosa como demonstrada no capítulo anterior, a religião espírita, muito embora alguns afirmem que se trata de um fenômeno real; não poderia o sistema jurídico brasileiro permitir ou proibir o uso de cartas psicografadas como meio de prova.

Verificamos que todos os brasileiros são livres para adotar a religião que lhe agrada, mas não é justo que o Estado estabeleça regras dessa religião de forma geral, atingindo quem não tiver a mesma crença. Pois é salvaguardado pela CF/88 que todos são iguais perante a lei e esse direito fundamental deve ser preservado.

O Código Civil em seu artigo 6º estabelece que a existência da pessoa natural se extingue com a morte e, por conseguinte, não cogita a continuidade da pessoa física após a morte e praticando atos que gerem consequências jurídicas. Ainda que, um dia se prove, científica-

mente, a sobrevivência post-mortem, terá o legislador que decidir se os atos praticados pelo espírito tenham ou não repercussão no mundo jurídico

Muitos estudiosos sobre o assunto, afirmam que a psicografia pode ser utilizada como prova judicial, sem afrontar nenhum preceito constitucional ou processual, já que a admissibilidade desta espécie de prova ocorre conforme a garantia fundamental do direito a prova, ao contraditório e ampla defesa e aos princípios constitucionais que regem as provas em nosso ordenamento jurídico.

E como ficaria a segurança jurídica? Estaríamos fundamentando decisões em provas falhas e abrindo precedentes sem verificar suas consequências.

Ademais, que tipo de prova seria essa? Testemunhal, considerando-se a pessoa do médium que a escreveu, ou documental, levando-se em conta o teor escrito da carta? E se documental, deveria ser exposta a perícia própria, para verificação de autenticidade, mas e nos casos de não haver identidade de caligrafia, onde o próprio propulsor da doutrina espírita afirma se tratar de um caso raro, como se daria essa autenticidade?

E quanto à veracidade do escrito, quem poderia garantir que o escrito pelo médium seria no todo verdade? Podê-lo-ia ter se equivocado, como nos casos em que a psicografia é intuitiva, e o espírito repassa as suas idéias ao médium que as escreve por vontade própria. “Nada prova que seja um Espírito desencarnado quem escreve, e não o do médium. Fazer essa distinção é, de fato, algumas vezes bastante difícil.” (KARDEC, O livro dos médiuns).

Há que se ressaltar também o fato de que surgiriam inúmeros médiuns falsos, se esse tipo de prova fosse realmente admitida, uma hora surgiria uma absolvendo e posteriormente uma condenando, qual prevaleceria?

Outra situação absurda seria admitir o médium como testemunha, pois este nada viu e não poderia ser questionado acerca do crime cometido.

Há também quem alegue que psicografia nada tem a ver com religião, devendo ser analisada pelo juiz para formar seu convencimento, mas disso não se trata, pois seria uma carta emitida pela vítima com objetivo de inocentar o réu.

A utilização desse tipo de prova não abriria precedente apenas para situações em que psicografias seriam aceitas como provas em um tribunal de justiça, mas abre espaço também para defesas fundamentadas em outras crenças religiosas.

Roberto Serra da Silva Maia, assim nos esclarece:

Oportunamente, cabe lembrar que o ordenamento jurídico está voltado para o julgamento de homens segundo a lei criada para regular o relacionamento na sociedade terrena. Sendo assim, considerações filosóficas acerca da psicografia como meio de prova é questão que foge inteiramente à disciplina da legislação penal, esta sim a vigor *erga omnes* (em relação a todos), ao contrário de crenças que, embora livres neste País, longe estão de ter caráter cogente.

Paulo Rangel (2009) assim esclarece: “O direito à prova encontra limites tanto nas exigências das normas legais e principalmente nas garantias constitucionais. No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios.”

Mister se faz, expor o pensamento do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci sobre o tema (p.93):

O perigo na utilização da psicografia no processo penal é imenso. Fere-se o preceito constitucional de proteção à crença de cada brasileiro; lesa-se o princípio do contraditório; coloca-se em risco a credibilidade das provas produzidas; invade-se a seara da ilicitude das provas; pode-se, inclusive, romper o princípio da ampla defesa.

Nesse sentido Roberto da Silva Maia:

[...] não se admite a produção de prova com invocação do sobrenatural. Ainda que um dia se prove, cientificamente, a sobrevivência *post mortem* (depois da morte), terá o legislador que decidir se o ato praticado pelo “espírito” tem ou não repercussão no mundo jurídico. No aspecto legislativo, abrindo-se parênteses, a tendência legislativa processual penal moderna nada traz acerca da permissividade da prova psicografada.

Cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça até o presente momento não possuem entendimentos sobre o tema discutido.

## **5. CONCLUSÃO**

Embora já se tenha admitido cartas psicografadas como prova judicial no processo penal brasileiro, mesmo que de forma subsidiária, e em harmonia com outros meios de prova, a prova psicografada deverá encarar vários obstáculos antes de ser admitida em nosso ordenamento jurídico.

A busca da verdade real fundamentou a aceitação destas cartas no processo criminal brasileiro, e até então elas apenas foram admitidas nesse âmbito forense.

Como o direito brasileiro não as proíbe, e muito menos as permite, caberá ao magistrado de acordo com sua crença religiosa, aceitá-las ou não; e assim decidir a lide penal de acordo com a sua convicção motivada, ou no caso do júri, a sua íntima convicção.

No que se refere a uma futura regulamentação do tema, por parte dos nossos legisladores, cremos que esta só seria possível caso a psicografia tivesse comprovação científica, e não fosse apenas vinculada e fundamentada por uma religião. Visto que com a morte física se extingue a personalidade e os direitos a ela inerentes, e esta regulamentação geraria grande desaprovação social.

Por envolver o sobrenatural, resta claro serem estas provas questionáveis, e não há como aceitá-las sem ferir preceitos constitucionais, em nome da liberdade de credo.

Qualquer prova de teor religioso é controvertida e polêmica, cabendo como dito, a cada juiz dirimir esse conflito, o que acarreta na subjetividade da prova, subjetividade esta que acarreta insegurança jurídica, e a justiça não pode guiar para um terreno tão ininteligível, deve manter, portanto a lógica e a razoabilidade. É fato que o laicismo deve ser levado a sério.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Sebastião. **Chico Xavier: um doce olhar para o além**. São Paulo: Globo, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17/11/2010.

CAMPOS, Nadir. **Resumo doutrinário com perguntas e respostas**. São Paulo: Método, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. v. 12. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIMENTI, Francesco. **O Processo Penal e a Verdade Material- Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DENIS, Lauro. **A psicografia de Chico Xavier e os meios jurídicos**. Disponível em: <<http://espiritismoparatodos.blogspot.com/2009/08/psicografia-de-chico-xavier-e-os-meios.html>>. Acesso em: 03/09/2010.

ESTULANO, Ismar Garcia. **Psicografia como prova judicial. Revista Jurídica Consu-lex**. Brasília, Ano X, n.229, p. 24-25, julho.2006.

JUSTIÇA, Linha Direta. **Cartas de Chico**. Rede Globo. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=gsa1Gao-HV8>> . Acesso em: 16/11/2010.

KARDEC, Allan. **Livro de introdução ao estudo da doutrina espírita**. Disponível em: <[http://p.download.uol.com.br/cultvox/livros\\_gratis/doutrina\\_espirita.pdf](http://p.download.uol.com.br/cultvox/livros_gratis/doutrina_espirita.pdf)>. Acesso em 17/10/2010.

\_\_\_\_\_. **O livro dos médiuns**. Disponível em: <<http://www.espirito.org.br/portal/download/pdf/lm/o-livro-dos-mediuns.pdf>> Acesso em: 17/10/2010.

\_\_\_\_\_. **O livro dos espíritos**. Disponível em: <<http://www.espirito.org.br/portal/codificacao/le/>> Acesso em: 17/10/2010.

MAIA, Roberto Serra da Silva. **Psicografia como meio de prova no processo penal**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9381/a-psicografia-como-meio-de-prova-no-processo-penal>. Acesso em:12/08/2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. **A psicografia à luz da grafoscopia**. São Paulo: Fé, 1991.



## **TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR MEIO DE *HABEAS CORPUS* EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

### **RESUMO**

Após o estudo analítico das obrigações inerentes à autoridade policial, definição e explicação acerca do princípio da insignificância e reflexo sobre o *habeas corpus* como medida processual cabível ao trancamento do inquérito policial, restou evidente que é possível o trancamento do inquérito policial, ora pugnado em *habeas corpus*, com o fundamento da aplicação do princípio da insignificância que, por sua vez, afasta a tipicidade material da conduta, tendo em vista que o prosseguimento do inquérito e abertura da ação penal daria ensejo ao indiciamento injustificado e ocasionaria iminente risco a liberdade constitucional tutelada ao agente.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Atipicidade material. Aplicação do princípio. *Habeas corpus*. Inquérito policial.

### **ABSTRACT**

After the analytical study of the obligations inherent to the police authority, definition and explanation of the principle of insignificance and reflection on *habeas corpus* as a procedural measure applicable to the closure of the police investigation, it was evident that it is possible to close the police investigation, now disputed in *habeas corpus*, on the basis of the application of the principle of insignificance which, in turn, removes the material nature of the conduct, given that the continuation of the investigation and opening of the criminal action would give rise to unjustified indictment and would cause imminent risk the constitutional freedom protected to the agent.

Keywords: Principle of insignificance. Atipicidade material. Application of the principle. *Habeas corpus*. Police Inquiry.

Técnica do Ministério Público de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (2011). Pós Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia (2014). [jessica\\_tavares88@hotmail.com](mailto:jessica_tavares88@hotmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

Imperioso trazer à baila a dialética acerca do tema do trancamento do inquérito policial por meio de ordem de *habeas corpus* em decorrência do princípio da insignificância, que, após aplicação do princípio ora elucidado seria possível travar a investigação policial, impedindo sua continuidade.

Entrementes, ressalta-se que a pesquisa busca a interpretação extensiva da norma jurídica, inclusive dos princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, no sentido de fornecer, em análise do caso concreto, a possibilidade de trancamento da investigação criminal ante as circunstâncias que evidenciem a não punibilidade do agente infrator do ato delituoso, tendo em consideração a insignificância do vilipêndio ao bem jurídico tutelado, evitando dispendiosos gastos estatais com o prosseguimento do inquérito.

Entrevendo-se a extensão da norma jurídica, é de salutar importância tecer considerações em relação ao princípio da insignificância e às hipóteses de sua aplicabilidade determinante no trancamento do inquérito, evitando-se a acumulação de demandas irrelevantes no Judiciário brasileiro.

A presente pesquisa tem como problemática o seguinte questionamento: é cabível o trancamento do inquérito policial por meio de ordem de *habeas corpus* frente às evidências correlacionadas, adotando-se o princípio da insignificância? Este trabalho acadêmico busca um direcionamento a um meio termo entre os entendimentos extremistas e divergentes em relação ao questionamento apresentado, tendo como relevância demonstrar a possibilidade e necessidade de trancamento da investigação policial, evitando-se contorções do ideal ora apresentado.

Dessa forma, pode-se afirmar que, na prática forense, as autoridades policiais são impelidas a disporem dos recursos Estatais para instaurarem a investigação policial pelos delitos tipificados aos quais têm conhecimento, mesmo que tal conduta não seja punível a partir da verificação da insignificância, da atipicidade material da conduta.

Não obstante, destaca-se que a autoridade policial não tem esse poder decisivo, portanto, por si só, não poderia determinar o trancamento das investigações, cabendo, assim, que o seja impetrada ordem de *ha-*

*beas corpus* em favor do indiciado, requerendo, que por meio de uma decisão jurisdicional, seja determinado o trancamento das investigações policiais.

Posteriormente à análise meticulosa da situação por ora apresentada, germina-se a convicção do julgador para, em atento à principiologia basilar do Direito, conceda o pleito formulado em *habeas corpus*, para determinar o trancamento do inquérito policial, motivando e fundamentando sua decisão na aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que o vilipêndio ao bem jurídico seja ínfimo de tal forma, que não mereça guarida e amparo judicial.

Tal posicionamento tem como temática principal, reprimir o abarrotamento do Poder Judiciário com reles litígios. Comprometendo-se a celeridade e garantindo a aplicação e efeitos do princípio da econômica processual e duração razoável do processo, a considerar que as Autoridades Policiais e Judiciais poderiam direcionar os recursos financeiros e administrativos em atenção às demandas de maior relevância jurídica.

Destarte, sobreleva-se que o objetivo geral deste estudo acadêmico fora o de buscar e analisar o cabimento de *habeas corpus* como medida para o trancamento de inquérito policial, adotando-se o princípio da insignificância. Em consonância com os entendimentos escandidos, os objetivos específicos são:

- a) estudar as obrigações adstritas à autoridade policial, atentando-se ao princípio da legalidade;
- b) analisar a definição do princípio da Insignificância, tal como das questões guarnecidas pela aplicação desse princípio, e;
- c) refletir acerca da medida processual que proporciona o trancamento do inquérito policial.

Imprescindível notabilizar que este trabalho científico fora pautado em pesquisa bibliográfica, por meio da doutrina disponível em artigos científicos, revistas jurídicas e livros, traçando um liame entre os diversos posicionamentos com os fundamentos que serão delineados no transcorrer deste trabalho.

Outrossim, a partir da pesquisa documental, foi analisada a normatização da legislação pátria e da jurisprudência, bem como a possibilidade

de trancamento da investigação policial frente à aplicabilidade do princípio da insignificância.

## 2. INQUÉRITO POLICIAL

Reputa-se essencial deslindar, sem pormenores, sobre o conceito, a natureza jurídica, a procedimentabilidade e às demais características inerentes ao inquérito policial. Consoante o entendimento de Andrade (2009, p. 45), o inquérito policial surgiu por intermédio do Decreto Lei nº 4.824, publicado em 22 de novembro de 1871, ora versado no artigo 41 do supradito decreto.

A investigação policial delimita-se como um procedimento preambular administrativo, presidido por uma autoridade policial, de acordo com o artigo 144, §4º da atual Carta Magna do ano de 1988 (CF/88) combinado com o artigo 4º do Código Processual Penal (CPP), tem como escopo a averiguação, dentre outros, da existência de um fato, da tipicidade, do nexos causal e dos indícios de autoria, ensejadores da delimitação das condições da ação e da justa causa, por intermédio de seus elementos informativos (BRASIL, 1988, 1941).

O inquérito policial é o instrumento utilizado pelo Estado, constituído de diligências, que tem como escopo reunir elementos informativos com o fito de averiguar a existência de um delito, apurar a autoria, tal como instruir, quando necessário, o oferecimento da denúncia ou a apresentação da queixa crime.

Essa investigação criteriosa e inquisitiva será apresentada ao legitimado da ação penal, para que se ostente, por meio de seus elementos informativos, a existência de justa causa para o oferecimento da denúncia ou apresentação de queixa crime, garantindo, assim, o prosseguimento da ação penal, impossibilitando sua rejeição pelos termos do artigo 395, inciso III do CPP. (BRASIL, 1941).

Em sendo a ação penal pública incondicionada, o legitimado será o Ministério Público, podendo, excepcionalmente, de modo subsidiário, ser o ofendido (sendo menor – representante legal – ou, em caso de óbito – seu sucessor) legitimado, em caso de inércia do Ministério Público no prazo legal, nos termos do artigo 29 do CPP.

Já na ocasião da ação penal privada, o legitimado será o ofendido, ou

seu representante legal, ou sucessor legal. (BRASIL, 1941). A investigação policial tem como dogma a não aplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, guarnecidos pelo artigo 5<sup>a</sup>, inciso LV da CF/88, tendo em vista sua característica inquisitiva sobrepor à aplicação de tais princípios (BRASIL, 1988).

Em que pese o inquérito policial seja mister para o mundo jurídico, auxiliando à formação do *opinio delicti*, ele é dispensável, e as provas ora colhidas em sede da investigação, deverão ser revigoradas em juízo, sob pena de nulidade. A respeito da persecução penal, essa será elucidada nos termos em que faz alusão Leal (2005, p. 32):

É dever do Estado-Administração, através de seus órgãos competentes, com funções e atribuições previamente fixadas, elucidar o crime, apurando os fatos e autoria (I.P.) e, em juízo (M.P.), requerer, por meio de ação penal, a instauração de regular processo. A soma destas atividades do Estado chama-se persecução Penal.

Acrescenta ainda o autor que o Estado empreende a persecução penal em duas formas distintas:

- a) *persecutio criminis extra iudicio*: através da polícia judiciária, que tem por função precípua elaborar Autos de Inquérito Policial, para apurar o fato criminoso e respectiva autoria;
- b) *persecutiocriminis in iudicio*: através do Ministério Público, cuja função é mover a ação penal. Fica, entretanto, dispensada a elaboração do inquérito policial quando os fatos são apresentados diretamente ao Ministério Público e este, por entender que são suficientes para apresentar a denúncia, dispensa-o [...]. (LEAL, 2005, p.32).

A abertura do inquérito poderá ser elaborada das seguintes formas: a) *ex officio* (artigo 5º, inciso I do CPP); b) por requerimento da autoridade judiciária ou Ministério Público, ou por requerimento do ofendido ou seu representante legal (artigo 5º, inciso II do CPP). (BRASIL, 1941).

No momento em que a Autoridade Policial tomar conhecimento da prática de algum delito, seguirá uma procedimentabilidade determinada, que, segundo Rios (2001, p. 70 apud LOPES, 2008, p. 03), será:

A autoridade policial ao tomar conhecimento da prática de infração penal, deve instaurar inquérito. Mas é preciso que se observem certas peculiaridades: se o delito for de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá realizar as investigações se a vítima ou seu representante legal requerer (art. 5º, §5º, do CPP). Se for crime de ação penal pública, condicionada à representação, a autoridade policial, também somente poderá realizar as investigações se a vítima ou seu representante legal representar, nos termos do §4º do art. 5º do Código de Processo Penal. Mas, se o delito for de ação penal pública incondicionada, devesse a autoridade policial instaurar o inquérito policial, haja ou não manifestação da vontade da vítima ou de quem legalmente a represente.

O inquérito policial deverá obedecer rigorosamente ao princípio da legalidade, tendo uma peculiaridade em relação ao prazo exíguo para conclusão dessa investigação, pré-estabelecido no artigo 10 do CPP, que, via de regra, em se tratando de réu solto, menciona que o prazo será de 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período, dependendo da complexidade e exigibilidade que a questão requeira, para melhor esclarecer os fatos.

Noutro modo, em se tratando do réu custodiado por medida cautelar de prisão (flagrante ou preventiva), o referido artigo apresenta o prazo de dez dias, sendo contado da data do efetivo cumprimento do mandado de prisão (em sendo preventiva) e, frise-se, neste caso, o prazo será improrrogável (BRASIL, 1941).

Ademais, insta salientar que, excepcionalmente, o inquérito policial poderá ser “trancado” por determinação de um despacho judicial. O remédio processual cabível para se pleitear o trancamento do inquérito policial será a ação constitucional de *habeas corpus*, devendo-o ser impetrado em desfavor da autoridade coatora (*in casu*, autoridade policial) caso persista uma das situações delineadas nos artigos 647 e 648 do CPP.

### 3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A palavra bagatela tem como definição alguma “coisa sem importância”, que seja uma “ninharia” ou uma “frivolidade”, dentre outros con-

ceitos referidos à insignificância supra. (FERREIRA, 2017). É de salutar importância acentuar que, no âmbito do Direito, a bagatela se assimila com a insignificância. Tendo esse termo se originado no âmbito jurídico no Direito Romano Civilista, com fundamento no brocardo do *minimis non curat praetor* (o aplicador da lei não cuida de questões insignificantes). Ocasão a qual o predito princípio fora sustentado no ramo do Direito Penal em meados de 1964, no auge do golpe de Estado no Brasil, pelo jurista alemão Claus Roxin. (CAPEZ, 2011, p. 29).

Ante à conceituação dogmática a respeito do termo bagatela/insignificância, há de se acrescentar que o ordenamento jurídico abarca o princípio da insignificância com ampla aceitação na doutrina e jurisprudência, na forma em que será estudado.

De igual modo, avulta-se que dentre as legislações pátrias, somente o Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – conhecido como o Código Penal Militar (CPM) –, de forma excepcional, fez alusão ao princípio da insignificância expressamente, mais especificamente em seu artigo 209, §6 e artigo 240, §1, respectivamente:

### CAPÍTULO III

#### DA LESÃO CORPORAL E DA RIXA

##### Lesão leve

Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano. [...]

##### Lesão levíssima

§ 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar. [...]

### TÍTULO V

#### DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

##### CAPÍTULO I

##### DO FURTO

##### Furto simples

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

##### Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção,

diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país. (BRASIL, 1969, grifo do autor).

Neste diapasão, asseveram Neves e Streifinger (2012, p. 1302) que:

As lesões leves que devem ser aceitas como levíssimas são as mínimas e que não provocam qualquer alteração no cotidiano dos ofendidos, a exemplo dos eritemas, hematomas, equimoses, arranhões, todos de pequena área e mínima complexidade. Em suma, embora haja visão destoante, tem-se a compreensão de que aqui houve pela lei penal militar a positivação do princípio da insignificância, ainda que o legislador penal militar de 1969 não possuísse plena compreensão disso, reconhecendo-se o crime de bagatela.

Igualmente, acrescentam os doutrinadores supracitados, que o princípio da insignificância faz com que o magistrado, munido do corolário livre convencimento para julgamento, possa interpretar o fato, de forma a ponderar os efeitos da conduta, tornando-a objeto de descriminalização (deixar de ser crime), tendo em vista a frívola consequência.

Acrescenta-se aqui um trecho dos dizeres de Beccaria (1764, p.39), conduzindo a ideia da pena como um meio de vingança, elucidando, como se verá, acerca da ninharia (insignificância):

Outorga-se, em geral, aos magistrados encarregados de fazer as leis, um direito contrário ao fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender discricionariamente os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos, e, por conseguinte de deixar livres os que eles protegem, mau grado todos os indícios do delito.

Inobstante, da maneira em que se interpreta do trecho colacionado, infere que o Estado teria buscado, e ainda vem buscando, questões e pretextos insignificantes para punir o menos favorecidos, deixando de



observar e aplicar o princípio da intervenção mínima, em que delimita o Direito Penal como *ultima ratio*, e, em contrapartida, queda-se inerte no momento de punir àqueles que, de fato, mereceria total guarida e aplicação das punições resguardadas pela legislação penal.

Em congruência com os entendimentos esclarecidos por Gomes (2001, p.1-2), o princípio da insignificância, guardado pela jurisprudência pátria, preserva grande peculiaridade relacionada a sua similitude com o princípio da irrelevância penal do fato (artigo 59 do Código Penal), devendo, portando, ser distinguido da seguinte forma em que afirma o autor:

A diferença fundamental entre os dois princípios mencionados é a seguinte: uma linha jurisprudencial (a mais tradicional) reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível da lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo. Cuidando, ao contrário, de ataque intolerável, o fato é típico (e punível).

Acrescenta ainda o citado autor, que ambos os princípios ocupariam a mesma posição na conduta punível. Percebe-se, então, que o princípio da insignificância seria o motivo da exclusão da tipicidade material, ou seja, aparta o nexos causal da conduta praticada pelo agente da normatização penal. Sob outra perspectiva, o princípio da irrelevância penal do fato dispensaria a pena, devido a sua irrelevância quanto a situação concreta ponderada.

Sem embargo, o supracitado autor Gomes (2001, p. 2), colaciona breve comentário relacionado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), apresentando situações que, mesmo distintas, aparentam semelhanças em análise jurídica, em que ocorre a aplicabilidade em uma dessas situações do princípio da insignificância e, na outra, do princípio da irrelevância:

Na jurisprudência da nossa Corte Suprema (e limitando-se, neste momento, somente a ela) podemos notar a clara distinção (que vem sendo feita) entre as duas sub-espécies de infração bagatelar: em

06.12.88, num caso de lesão corporal culposa (acidente de trânsito), pela primeira vez, com o nome de princípio da insignificância, o STF (RHC 66.869-PR, relator Min. ALDIR PASSARINHO) o reconheceu e levou em conta exclusivamente o desvalor do resultado.<sup>4</sup> Num outro julgado (HC 70.747-RS, relator Min. FRANCISCO REZEK, RTJ 159/199 e ss.) o Colendo STF deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, porque o acusado não reunia condições para isso. O resultado jurídico foi insignificante mas o fato (globalmente considerado) não foi admitido como penalmente irrelevante, porque o réu era reincidente (já condenado antes por desacato e desobediência a policiais).<sup>5</sup> O entendimento do STF mereceu críticas de LUIZ LUISI.

À vista disso, restou compreendido que ambos os princípios dão ensejo ao trancamento do inquérito policial – o da insignificância, como sendo uma causa supralegal de atipicidade material –, e o da irrelevância penal, em decorrência da não punibilidade do agente infrator.

Nos dizeres de Cunha (2017, p. 80), o princípio da insignificância também poderá ser definido como a bagatela própria, que terá aplicação nos casos irrelevantes, enquanto o princípio da irrelevância penal, por sua vez, poderá ser definido como bagatela imprópria, sendo aplicado nas situações que, mesmo relevantes para proteção do direito, a pena aplicada, ante as circunstâncias do caso, não se faz necessária, ou seja, o fato é relevante, mas a pena será ínfima de tamanha forma que permite ao magistrado dispensá-la.

Ainda segundo o autor, a tipicidade subdivide-se em duas formas, quais sejam, a tipicidade formal (quando a conduta praticada não tiver nexos causal com a norma, ou seja, não há previsão legal, não se assemelha ao tipo penal) e a tipicidade material (que será quando a conduta praticada não cause lesão relevante ao bem jurídico tutelado, mesmo que tenha o nexos causal com a norma). A aplicação do princípio da insignificância relaciona-se com a exclusão da tipicidade material.

Em razão dessa irrelevância, exclui-se a tipicidade material, mesmo sendo a conduta seja formalmente típica, é o que leciona Cunha (2016, p.72):

[...] assim, sob o aspecto hermenêutica, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade.

O princípio da insignificância poderá ser aplicado em uma amplitude de delitos, desde que, em primeira análise, inexistam a violência e/ou grave ameaça. E, além dessa análise inicial, o STF apresentou outros requisitos, então consolidados pelas demais cortes e tribunais. Pela Corte Suprema, em julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.412 de 2004 – São Paulo, sob a Relatoria do Ministro Celso de Mello, foi consolidado que:

Tal postulação – **que considera necessária**, na aferição **do relevo material** da tipicidade penal, **a presença** de certos **vetores**, tais como **(a) a mínima** ofensividade da conduta do agente, **(b) a nenhuma** periculosidade social da ação, **(c) o reduzidíssimo** grau de reprovabilidade do comportamento e **(d) a inexpressividade** da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, **no reconhecimento** de que o **caráter subsidiário** do sistema penal **reclama e impõe**, em função dos próprios objetivos por ele visados, **a intervenção mínima** do Poder Público. (STF, 2004, grifo do autor).

Dessa forma, salienta-se que esse princípio não poderá ter sua aplicação indiscriminada. Devendo, portanto, ser identificados os vetores e requisitos apresentados ora delineados, para que seja possível a aplicação do princípio no caso concreto e, daí, afastar a tipicidade material, oportunizando, portanto, o trancamento do inquérito policial por meio de decisão judicial.

Ainda em sede de análise do recurso susodito, a Corte Suprema apontou o princípio da insignificância da seguinte forma:

O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.

**O princípio da insignificância** – que deve ser analisado **em conexão** com os postulados da fragmentariedade da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido **de excluir** ou **de afastar** a própria **tipicidade** penal, **examinada** na perspectiva **de seu caráter material. Doutrina.** (grifo do autor) (STF, 2004)

A partir dessa perspectiva que se evidencia a prevalência, também, do princípio da intervenção mínima do Estado, como já elucidado, o Direito Penal deverá, repita-se, ser considerado como a *ultima ratio*.

O artigo 397, inciso III, do CPP ilustra a hipótese em que o agente será absolvido sumariamente, tendo em consideração sua conduta não constituir crime, ante sua atipicidade material. (BRASIL, 1941).

Finalmente, restou mais do que evidente que o princípio da insignificância será perfeitamente aplicável naquelas circunstâncias que não exista violência ou grave ameaça e que esteja presente os vetores sugeridos pela jurisprudência, devendo-se analisar o caso concreto, o modo e a forma da prática do delito, que possa consubstanciar a irrelevância da conduta e mácula ao Direito Penal de tal forma que a torna atípica em seu aspecto material.

#### 4. AÇÃO MANDAMENTAL CONSTITUCIONAL CABÍVEL PARA TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

O remédio constitucional cabível para que se busque trancar o andamento do Inquérito Policial é o habeas corpus, que é definido como uma ação autônoma constitucional com previsão expressa no artigo 5º, inciso LXVIII da CF/88 e artigo 647 do CPP.

Conquanto, em que pese o Habeas Corpus (HC) ter previsão legal no CPP em capítulo próprio de recursos, essa discussão já fora vencida e sedimentou-se o entendimento na doutrina pátria que o HC, de fato, é uma ação autônoma de impugnação, com natureza jurídica de cognição, tendo em vista sua abrangência ultrapassar as hipóteses de cabimento de recurso (MOSSIN, MOSSIN; 2017, p. 203).

Essa ação é um remédio constitucional que tutela a liberdade do agente, qual seja, o direito de ir, vir, ficar ou sair. Protege e inibe a coação. O Artigo 648 traz algumas hipóteses de cabimento do HC, devendo

a coação ser contra *ius*, ou seja, contra o direito, contra a lei. O inciso primeiro do referido artigo faz alusão à coação ilegal, desde que, inexistente justa causa.

Constatada ocorrência de uma das hipóteses indicadas pelo artigo 648 do CPP, qualquer um do povo (inclui-se aqui, também, o próprio indiciado) poderá impetrar ordem de *habeas corpus*, tendo em vista não ser essa uma peça processual privativa de advogado, para pugnar o reconhecimento de questões suscetíveis ao cabimento da medida, tal como requerer a aplicação do princípio da insignificância e de suas singularidades, que caracterize a ausência de tipicidade material da conduta.

Urge ressaltar que, a justa causa, uma das hipóteses elucidadas pelo referido artigo, viabiliza o entendimento relacionado ao justo motivo. Torna-se possível pleitear o trancamento do inquérito policial, quando provar-se a inexistência de motivo justo para seu prosseguimento, tal como a conduta seja atípica em seu aspecto material.

Destaca-se, consoante entendimento de Lima (2016, p.1970), o HC será cabível, tão somente, quando da existência de privação ou iminência de privação de liberdade. Dessa forma, quando da condenação arbitrar, tão somente, a pena de multa, não será cabível o HC tendo em vista a pena pecuniária não poder ser revertida em privação de liberdade, entendimento esse, inclusive, sumulado pela Corte Suprema, súmula 693.

Melhor elucidada Nucci (2014, p.676) em relação à origem histórica do HC:

O termo *habeas corpus*, etimologicamente, significa “toma o corpo”, isto é, faz-se a apresentação de alguém, que esteja preso, em juízo, para que a ordem de constrição à liberdade seja justificada, podendo o magistrado mantê-la ou revogá-la. Embora atualmente não mais se tenha que fazer a apresentação do preso ao juiz, como regra, continua este analisando a legalidade do ato ameaçador ou constringente à liberdade de ir e vir do indivíduo.

Ainda assim, acrescenta o susodito autor que o HC vislumbra a proteção da liberdade contra qualquer restrição que sofra ou possa sofrer, mesmo que essa seja diversa da decretação de prisão, podendo, como elucidado neste trabalho acadêmico, ser impetrado HC requerendo o trancamento do inquérito, por ele dá ensejo à restrição de liberdade. Em

relação ao trancamento do inquérito por meio de HC, Nucci (2014, p. 676) melhor explica:

Note-se o que ocorre com a utilização do habeas corpus para trancar o inquérito policial ou a ação penal, quando inexistir justa causa para o seu trâmite, bem como quando se utiliza esse instrumento constitucional para impedir o indiciamento injustificado, entre outras medidas.

O HC poderá ser compreendido em duas espécies, quais sejam: 1<sup>a</sup>) àquela mais conhecida como salvo conduto, que previne que venha a ocorrer restrição da liberdade e 2<sup>a</sup>) a liberatória, que almeja a liberdade daquele que já a perdeu. Melhor esclarece Moraes (2014, p. 138) a respeito do *Habeas Corpus* preventivo, também conhecido como salvo conduto:

Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, bastará, pois, a ameaça de coação à liberdade de locomoção, para a obtenção de um salvo-conduto ao paciente, concedendo-lhe livre trânsito, de forma a impedir sua prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o habeas corpus. Pretende evitar o desrespeito à liberdade de locomoção.

Acrescenta ainda Moraes (2014, p. 138) a respeito da outra hipótese de *Habeas Corpus*, o repressivo, também conhecido como liberatório:

Habeas corpus liberatório ou repressivo quando alguém estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Pretende fazer cessar o desrespeito à liberdade de locomoção.

A justa causa delineada no artigo 648, inciso I do CPP, faz parte de um rol exemplificativo do código e, por si só, traz a possibilidade deste manejo processual por duas situações, uma, quando houver a ordem decretada de prisão sem justo motivo, hipótese de cabimento do HC liberatório, o outro quando não houve o justo motivo para prosseguimento da ação ou investigação, hipótese de HC preventivo.

Além disso, o HC deverá ser analisado em relação a competência para processá-lo e julgá-lo, devendo serem ponderados os critérios de competência territorial e do duplo grau de jurisdição.

Desta maneira, *in tela*, quando restar claro a existência de delito formalmente tipificado que enseje a aplicação do princípio da insignificância, poderá ser litigada o trancamento do inquérito policial, por meio de HC preventivo, apresentado ao juízo *primevo*, por ser esse competente para julgar e processar questões que visem coibir a coação advinda de uma autoridade policial.

## 5. CONCLUSÃO

O princípio da insignificância só poderá ser aplicado em alguns delitos os quais não se derive de violência e/ou grave ameaça, bem como persistam as hipóteses e critérios apresentados pela jurisprudência, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta perpetrada pelo agente delituoso, a inexistência de periculosidade social de tal ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O HC, como ação autônoma de impugnação cabível para tutelar ao direito constitucionalmente garantido da liberdade, *in casu*, em sua modalidade preventiva, será impetrada quando provada a ausência do justo motivo para a tramitação do inquérito policial, impedindo, assim, o indiciamento injustificado, prevenindo a coação à sua liberdade de locomoção.

Dessa forma, entende-se que, quando averiguada a aplicação do princípio da insignificância nos delitos em que se permita tal aplicação, obedecendo os vetores apresentados pela jurisprudência, deverá, sob o fundamento da atipicidade material, ser afastada a tipicidade em seu aspecto material da conduta.

Consoante delineado, a ação impugnatória de natureza cognitiva cabível para trancar o inquérito policial é o *habeas corpus preventivo*, que será direcionada ao juízo de primeiro grau, por ser ele competente para processar e julgar a ação supra, contra coação da autoridade policial, tendo em vista que o prosseguimento dessa investigação colocaria em risco a liberdade do agente.

A investigação policial tem como finalidade a colheita de elementos informativos para deliberar acerca do fato e indícios de autoria, robustecendo a denúncia ou queixa crime, sendo que tais elementos informativos deverão ser revigorados em juízo. Tal investigação já ocasiona, por si só, iminente perigo à liberdade do agente.

Após análise e possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, poderá ser impetrado HC para que, daí, se busque o trancamento do Inquérito Policial, impedindo, assim, a instauração e prosseguimento da ação penal, por inexistir justa causa.

Nesta esteira, impera destacar que a Autoridade Policial não possui poder decisivo para determinar o trancamento do Inquérito Policial, em razão disso, será necessário impetrar HC para que se busque o trancamento por meio de uma decisão judicial, garantindo, assim, o direito constitucional à liberdade do agente.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Pedro Ivo. Inquérito Policial. In: PADRO, Luiz Regis (Coord.). **Direito Processual Penal parte 1: processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-71.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Institui o Código Penal Militar. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 13 dez. 1968. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, RJ, 03 de outubro de 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 12 jun. de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 84.412-0/SP Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior, Paciente: Bill Cleiton Cristóvão. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 19 de outubro de 2004. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>> Acesso em: 12 jun. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 4 ed. Salvador: Jus-PODIVM, 2016.



FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/bagatela>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 mai. 2017.

LEAL, Adriano José. **Petições penais: doutrina, prática, legislação e jurisprudência**. 4. ed. Leme: JHMizuno, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: jusPOIVM, 2016.

LOPES, Carina Deolinda da Silva. Procedimentos e atribuições do delegado de polícia e das polícias judiciárias. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2008, n. 55, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3052](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3052)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORES, Ridendo Castigat (tradutor). BECCARIA, Cesare. (autor). **Dos delitos e das penas**. [S.l.], 1764. Disponível em: <[www.jahr.org](http://www.jahr.org)>. Acesso em: 09 maio 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Exame da OAB: 2ª fase penal**. 2. Ed. Leme: Jhmizuno, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal: Parte Geral**. V. 14. São Paulo: Saraiva.

SILVA, Alice Cunha da. **O princípio da insignificância na jurisprudência**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 116, set. 2013. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leituraartigo\\_id=13628](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=13628). Acesso em: 05 jun. 2017.



## **O LIMITE DAS EXCULPANTES PENAS E O POSTULADO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: UMA TESE DO PROFESSOR CARLOS ALBERTO MENEZES**

Carlos Alberto Menezes é um sergipano natural de Ribeirópolis, operador do direito muito conceituado e nacionalmente conhecido. Na juventude, foi um notável opositor dos primeiros governos militares que perduraram entre os anos de 1964 e 1985, militando na ala jovem do Movimento Democrático Brasileiro – MDB. Detido pelas forças golpistas, experimentou o que o regime tinha de mais bestial: a tortura física e psicológica. Era na época estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Reforçando as hostes da luta pela redemocratização, em meados dos anos 1980, atuava forte politicamente, discursava e buscava convencer as pessoas ao seu redor de que a democracia e as liberdades são bens pelos quais não se pode abrir mão. Do MDB, passou para o Partido Democrático Trabalhista – PDT e fundou o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB em Sergipe, onde está filiado até hoje.

Atualmente Carlos Alberto Menezes é mais ativo no campo do direito. É advogado com atuação mais destacada no direito penal, ocupa as cadeiras iniciais da disciplina Direito Penal na UFS e chegou a ser Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na seccional Sergipe. O Professor Carlos Alberto Menezes é Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, e a sua tese *O Limite das Exculpantes Penais: a Inexigibilidade de Conduta Diversa como Topos e Solução*<sup>1</sup> é o ob-

---

Aluno do Curso de Direito (Bacharelado) na Universidade Federal de Sergipe.

1 MENEZES, Carlos A. *O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução*. São Cristóvão: Editora UFS, 2014.

jeto brevemente estudado neste trabalho. Como anota o Professor Afonso Nascimento em um dos artigos da sua mais nova obra, *Ensaio sobre Política e Políticos* (Criação Editora, 2016), a tese foi apresentada na PUC/SP em 2008. Em 2014, a tese ganhou a sua edição em livro pela Editora UFS.

Como observação inicial, é importante notar que o livro conserva uma organização lógica pautada nos padrões acadêmicos, composta pelos elementos pré-textuais (agradecimentos e sumário), textuais (introdução, desenvolvimento e conclusão) e pós-textuais (as referências). Porém, como observou o jurista sergipano e Ministro aposentado do STF, Carlos Britto, na condição de membro da banca examinadora da tese, há nela um “sedutor estilo narrativo”. De fato, quem já assistiu às aulas do Professor Carlos Alberto é capaz de ter a impressão de o ouvir, em sua fala tranquila e pausada, ora em voz baixa ou alta, enquanto faz a leitura da obra, com um texto rebuscado e bem distribuído ao longo das páginas.

É válido advertir que este estudo visa apenas a transpor os principais pontos da tese para um padrão de texto mais enxuto, com bem menor rigor acadêmico e dialogado com a própria obra. A consulta a referências externas visa apenas à complementação de informações como anos de nascimento e morte dos autores citados e siglas.

O autor divide sua tese em duas partes principais: 1ª – O indivíduo como ponto de partida do direito penal moderno. A segurança como princípio fundador. 2ª – O malogro da promessa de segurança. Que fazer? Assim dispostos e subdivididos em capítulos, notam-se como conceitos e temas centrais o individualismo humano, o contratualismo, o crime e a criminologia, além dos sistemas do delito e especialmente as limitações do positivismo jurídico e da culpabilidade diante de casos-limite, capazes de colocar em xeque estes postulados típicos do direito penal.

O problema abordado na obra tem relação intrínseca com a insegurança jurídica provocada pelos vazios normativos, ou seja: o sistema do delito se depara com situações tão atípicas (“casos-limite”) que mesmo se verificando o ato humano como típico (previsto na legislação penal), ilícito (que em hipótese alguma possa ser entendido como exceção permitida nas leis) e culpável (onde o indivíduo tinha consciência de que tal ato era criminoso, mas deliberadamente por vontade própria o cometeu), a única solução plausível para se fazer justiça seria a via da absolvição.

Assim sendo, a inexigibilidade de conduta diversa é justamente a construção doutrinária capaz de trazer a lume esta solução.

Assim sendo, argumenta o professor que a dogmática penal “fechada”, que admite apenas as normas expressas no Código Penal, traz apenas cinco excludentes de culpabilidade em sua parte geral. São elas: a coação irresistível e a obediência hierárquica (art. 22), erro de tipo (art. 20) e sua discriminante putativa (§1º do art. 20) e erro de proibição (art. 21). Estas normas exculpantes se adequam, portanto, apenas para os “casos-padrão”, mas não para os “casos-limite”. Diante destes casos, para preencher as lacunas normativas até mesmo a analogia *in bonam partem*, que opera em benefício do réu, parece uma solução de alcance limitado. Daí o máximo de justiça que se alcança é a de natureza formal, que envolve os ritos do processo, deixando à margem a finalidade maior, de se alcançar também a justiça material.

A dogmática penal “aberta”, por sua vez, possibilita a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa diante de situações anormais. Este modelo doutrinário mais abrangente requereu do autor da tese uma abordagem interdisciplinar, onde a filosofia do direito, a sociologia jurídica, a história, a psicanálise e outros campos o ajudaram a resgatar as ideias e conceitos essenciais ao seu postulado.

Graças a tal abordagem, o professor Carlos Alberto busca os significados e valores dos principais conceitos nas ideias dos “antigos” e dos “modernos”. Analisando a história e a sociologia, o professor resgatou nas sociedades da antiguidade a ideia da individualização dentro das comunidades. Um exemplo ao qual o professor recorre é o da lógica que envolvia a relação entre os clãs, onde determinada ofensa a um dos membros era tomada por todo o grupo, que buscava a responsabilização de todo o clã do ofensor.

Foi na *Pólis* grega que se desenvolveu o indivíduo, sob a condição de cidadão responsável por suas escolhas. O problema, porém, é que apenas o cidadão da *pólis* gozava da liberdade em sua dimensão mais ampla: definir os rumos das Cidades-Estado e angariar posses, sendo estes bens, mulheres e escravos. Ou seja, o indivíduo era o homem grego, não a mulher grega, ou menos ainda o escravo.

Na antiguidade clássica, a mitologia ilustrava um importante problema enfrentado pelos filósofos: a necessidade (ou o destino inevitável

de todas as coisas) contra o livre arbítrio. Nas tragédias, muitos deuses e homens se entregavam às circunstâncias, postura que contrariava a atitude dos heróis, que acreditavam nas contingências da vida, oriundas das suas escolhas.

Na *Civitas* romana este quadro mudou pouco, pois a posição do cidadão ficou inalterada, embora os critérios de acesso à cidadania tenham se alterado na República, onde não só as relações de sangue dos patrícios valiam, mas também as riquezas alcançadas com as guerras e o comércio alçavam os plebeus à condição de cidadãos. Desta forma, dois acontecimentos demolem as diferenças entre patrícios e plebeus: a Lei das 12 Tábuas, que permitiu aos plebeus buscar a validade das leis escritas para todos; e a figura do tribuno da plebe, poderoso a ponto de representar os plebeus e possuir imunidade até mesmo diante de generais ou cônsules. No Império, com a expansão de Roma além fronteiras, a cidadania chegou até alguns outros povos conquistados, outrora bárbaros.

Nesta linha histórica, sobre o feudalismo vale apenas mencionar que o Rei era legitimado pelo Deus cristão e pelo Papa, e o vassalo se sujeitava ao Suserano, que detinha o poder local e um modelo de direito muitas vezes costumeiro e arbitrário, a exemplo do *Jus primae noctis*, ou seja, o direito de dispor da primeira noite com a noiva do vassalo, que como prestação alternativa poderia pagar um tributo ao seu senhor para que este não o fizesse. Um verdadeiro hiato nesta trajetória.

Com o advento da era moderna, é nos autores clássicos desta época que o professor encontra a gênese da teoria contratualista. Tais autores, buscando a razão pura como guia, ampliam a noção de consciência e inauguram uma nova forma de pensar a arte, a ciência, a religião e a política, sem desprezar a construção do conhecimento entre “os antigos”, resgatando e ressignificando alguns de seus valores. Deste momento da humanidade, destacam-se na tese Hobbes (1588-1679), Rousseau (1712-1788), Kant (1724-1804) e Beccaria (1738-1794) no que se refere à construção da teoria do Contrato Social.

A premissa básica do contratualismo consiste no sacrifício de uma parcela da liberdade de cada indivíduo em benefício do soberano, que deterá o monopólio da violência e garantirá a segurança e o bem-estar de toda a coletividade unida em torno deste pacto em determinada organização social, como bem explica Rousseau no seu *Do Contrato Social*.

Oposto e precedente a este contrato existe o estado de natureza, onde domina a liberdade absoluta conferida pelo uso da força, que determina quem pode ter tudo o que desejar ou quem não é apto a ter nada. Para Hobbes, este estado de natureza existiu de fato, e o contrato social se justificava como a via para se evitar a destruição dos homens numa luta de todos contra todos.

De forma diversa a Hobbes, Kant desconsidera o estado de natureza como fenômeno concreto, pois é dedutível *a priori*, presumível diante da ausência deste contrato. Rousseau, clara influência para Beccaria, como assinalado nas primeiras páginas *Dos Delitos e das Penas*, considera também como hipótese este estado de natureza. Portanto, desta construção se retira o fundamento para o direito de punir. Neste contexto, a autonomia ganha o sentido de aptidão individual para dirigir o próprio destino.

Outro conceito central trabalhado na tese é o de crime. Este tema é trabalhado na segunda parte da obra. Partindo do senso comum, que pode entender como crime o ato de matar alguém, ou de forma mais ampla, porém insuficiente, como a violação de determinada lei, o autor resgata ao longo da história humana a evolução deste termo. Neste contexto, o crime se configura como o ato humano que contraria a vontade de alguém que a impõe por força de lei.

Assim, nas sociedades antigas o crime poderia ser entendido como o desrespeito à vontade dos deuses, simbolizados como totens (objetos, animais, elementos da natureza, etc.) que impunham tabus aos seus protegidos, que por consequência poderiam ser punidos com catástrofes, doenças, mortes, dentre outras “sanções”, como explicou Freud. Legitimada pela vontade dos deuses, a vontade do soberano também não pode ser contrariada sem que seja considerada como crime.

Com o advento do contratualismo, o fenômeno do poder passa a emanar da ideia de soberania popular, e não da vontade divina. Assim, sobrepõe-se a tudo a vontade do legislador, os Estados se formam num arranjo tripartido de poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo, e o direito penal passa a se caracterizar por meio de três fundamentos: a separação entre direito natural e direito positivo; o papel do juiz como “a boca que reproduz a vontade da lei”, segundo Montesquieu, aplicando a lei ao caso concreto; e no princípio da legalidade, onde o crime e a pena não são aplicadas conforme o arbítrio, mas dentro da reserva legal.

Tendo-se a lei por referência, o crime conquista uma conceituação formal, pois está positivado e/ou codificado. Exemplifica-se na obra o artigo 2º, §1º do código criminal do Império do Brasil, de 1930, onde crime é “toda acção ou omissão voluntária contrária às leis penaes”. Daí são extraídos três elementos para se verificar o que é o crime: ação ou omissão punível pela lei; que seja ato voluntário; e que esta lei seja da seara penal.

Partindo para um conceito substancial, desloca-se o problema do crime da lei para a dimensão interna do criminoso. A partir do século XIX, ganha força a escola positivista da criminologia, descompromissada dos estudos da criminologia clássica inaugurada por Beccaria. A escola positivista, através da abordagem indutiva, passa a prezar pela investigação de determinações anatômicas, sociológicas e psicológicas que podem levar o indivíduo anômalo a cometer o crime, incapaz de exercer o livre-arbítrio.

É neste contexto que se analisa a figura do “homem delinquente”, termo trabalhado pelo médico italiano Cesare Lombroso (1835-1909), que empregou a antropometria para fundamentar a existência de um tipo humano propenso a cometer crimes. Na toada da teoria lombrosiana seguiu Enrico Ferri (1856-1929), que partindo da premissa da existência predeterminada de um tipo humano criminoso, um ser degenerado dotado de periculosidade, utilizou-se do método sociológico para colocar a figura do delinquente como ameaça à moralidade média e às condições de vida em sociedade, resultante de um ambiente social degenerado.

Há ainda um tipo psicológico do “homem delinquente”, descrito por Raffaele Garofalo (1851-1934), jurista desta escola que se preocupou mais em conceituar o delito que os dois anteriores. Para ele, o delito natural é qualquer ofensa ao senso moral atentatório contra os sentimentos de piedade ao próximo e probidade com aquilo que lhe é próprio ou alheio. Garofalo é o teórico que dá a solução mais radical para lidar com este tipo humano: a eliminação por morte ou deportação. Lombroso e Ferri apontavam como medida a prisão perpétua.

No atual momento, o crime encontra maior correspondência com o conceito analítico, que retoma a ideia de liberdade da ação humana como produto da consciência e da vontade do sujeito. Assim sendo, o delito se caracteriza pelo exame da ação ou omissão conforme os elementos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. É segundo este critério que o delito



se caracteriza como um sistema logicamente ordenado, garantidor da segurança que o Estado promete ao conjunto de indivíduos que o integram.

Voltando ao início da obra, o professor narra o fictício caso de “Seu Joãozinho”, dono de sítio no município de Areia Branca, aqui mesmo em Sergipe, de onde sempre tirou o sustento para si e seus filhos. Já com filhos criados e aos 63 anos, Seu Joãozinho vende a propriedade a engenheiro de Aracaju, recebendo 10% como sinal. Após nove meses de tentativas de obter os 90% do preço acordado, ele encontra o engenheiro na rua e o mata a facadas, é preso e vai a júri. A palavra não honrada após longa espera se constituiu como limite à resistência do Seu Joãozinho. Isto posto, fica evidente que à luz do dogmático direito penal brasileiro a solução justa aponta para a condenação do réu. Porém, observa o professor que através da inexigibilidade de conduta diversa, seria possível a absolvição de Seu Joãozinho.

Na doutrina, o autor remete ao jurista Luiz Jiménez de Asúa (1889-1970) para ilustrar duas situações em que os julgamentos resultaram em absolvição fundamentada conforme a inexigibilidade de conduta diversa. Constam na obra *Princípios do Direito Penal: a lei e o delito*, numa tradução livre.

O primeiro caso foi o de um cocheiro, a serviço do proprietário de um cavalo arisco. O dono do cavalo ordenou que o cocheiro fosse à cidade com este cavalo. O cocheiro colocou a ressalva de que era previsível que o cavalo desembestasse e causasse um acidente, mas se sentiu forçado a cumprir a ordem quando ameaçado de demissão. Dito e feito, o cavalo se soltou das rédeas e causou ferimentos a um transeunte na cidade. O Tribunal eximiu o cocheiro de culpa, ponderando que o mesmo obedeceu temendo perder o seu meio de sustento.

Um segundo caso é o de uma parteira, que num distrito alemão acompanhava a gestação de uma criança herdeira de um empreendedor do ramo de mineração. Este prometeu que caso a criança nascesse em qualquer dia de segunda a sábado, este dia seria de folga. Os trabalhadores das minas ameaçaram a destituir da função caso ela registrasse o nascimento da criança no domingo, dia da semana onde já não se trabalhava habitualmente. Pressionada, ela inseriu informações falsas no registro de nascimento em benefício dos mineiros. O Tribunal também a inocentou, mesmo a sua conduta tendo sido dolosa.

Em ambos os casos, o Tribunal alemão entendeu que era questão de justiça os absolver, porém não encontrava no código penal de 1871 uma norma correspondente e aplicável nos casos em sua totalidade. As normas do código que mais se aproximavam do caso eram os §52, coação; e §54, estado de necessidade. O período histórico alemão era o início do século XX, num contexto de crise econômica, onde o contexto social do desemprego passou a ser valorado dentro da razão penal.

É no alemão Reinhard Frank (1860-1934) que se encontra o desenvolvimento da ideia da culpabilidade como um juízo de reprovabilidade. Para Frank, o ato delituoso carrega consigo um perigo concomitante que se quer evitar. Partindo da premissa de Frank, Berthold Freudenthal (1872-1929) acreditava que se havia a possibilidade e o dever de se conduzir de forma diversa, a ação não delituosa ou menos danosa seria exigida e, por exclusão, caso isto não fosse possível, operaria a inexibibilidade de conduta diversa à criminosa.

Os legisladores mundo afora responderam acolhendo este postulado em alguns códigos penais, a exemplo do espanhol, onde é exculpante a ação impulsionada pelo domínio do medo; e no artigo 35 do código português. No Brasil, o professor Carlos Alberto lembra que este postulado ficou associado ao estado de necessidade exculpante no código penal - CP de 1969, no seu artigo 25, e que com a sua reforma em 1984, a inexigibilidade se dá em três situações: coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22, CP), favorecimento pessoal (art. 348, §2º); e ainda outra situação onde ajuda a constituir uma regra excludente de ilicitude, no atual artigo 24 do CP. Na jurisprudência, o STJ acolheu esta tese diante de um caso de homicídio doloso.

O Capítulo VII da segunda parte da obra discute a inexibibilidade de conduta diversa como solução. A certa altura, o professor Carlos Alberto afirma que diante da incompletude que impede a satisfatória aplicação das normas do direito penal aos casos-limite, encontra-se na Constituição Federal de 1988 o fundamento para a aplicabilidade deste princípio: este é o imperativo de justiça, tida já no preâmbulo da Carta de 1988 como um dos seus valores supremos, e reafirmada como tal no artigo 3º, I.

Outro elemento revelador da inexibibilidade no direito se dá por meio da tópica, ou o exercício da argumentação no campo do direito. As origens desta arte remontam aos ensinamentos de Aristóteles, e à própria

prática da condução da vida pública numa sociedade fortemente marcada pela transmissão do conhecimento mediante a tradição oral. É justamente o uso da tópica que surge como alternativa diante da busca pela justiça diante da solução de casos-limite, já que a lei não terá serventia, dadas as limitações próprias à experiência da codificação. Assim, tudo o que a tópica suprir diante de um caso-limite pode servir de paradigma para uma posterior positivação como norma codificada, como se viu nos exemplos citados na obra.



## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

As contribuições deverão ser enviadas à Comissão Editorial, por email (criacaoeditorame@gmail.com), com a indicação, no assunto, do periódico para o qual deverá ser submetido. No corpo do e-mail informar dados para contato.

Somente material inédito será analisado pela Comissão Editorial que, eventualmente, poderá devolver o trabalho ao autor com sugestões de adequações.

A publicação em nossa Revista implica na aceitação das condições da cessão de direitos autorais de colaboração autoral inédita e termo de responsabilidade, assim como, colaboração financeira do autor para a publicação.

Será analisado artigos, pareceres, resenhas que obedeçam as seguintes normas:

1. Formatação exigida para os artigos, resenhas e afins:
  - (a) Tamanho do arquivo: mínimo de 10 e máximo de 20 páginas, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
  - (b) Alinhamento: justificado;
  - (c) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações;
  - (d) Espaçamento entre linhas: 1,5;
  - (e) Destaques em itálico;
  - (f) Citações: entre aspas e sem recuo;
  - (g) Nome, mini currículo atualizado e endereço eletrônico do autor;
  - (h) Título e resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 10 linhas.
  - (i) Um autor por trabalho.

2. Formatação exigida para os comentários jurisprudenciais e legislativos:

(a) Tamanho do arquivo: mínimo de 8 e máximo de 15 páginas, incluindo notas de rodapé e bibliografia;

(b) Alinhamento: justificado;

(c) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho;

(d) Um autor por artigo.

O editor

Andre Lucas Pontes  
Anna karina Rolim cartaxo  
Bruna Barreto Nunes Menezes  
Bruna Karoline Alves Ribeiro  
Cleverton Costa Silva  
Débora da Silva Andrade  
Fabrício Emmanuel Lima Santos  
Gabriela Andrade  
George Victor Freire Duarte  
Heloisa Gama de Sales  
Irinaldo José dos Santos  
Jéssica Tavares dos Santos  
João Alberto Leonardo Clement Junior  
Jouberto Uchôa de Mendonça Neto  
Juliana Gomes Rezende Doria  
Katherine Takame Mine Almeida  
Marcelo Cardoso Andrade  
Márcio Silva Siqueira  
Marco Túlio Santos da Conceição  
Maria Aparecida Santos Rolino  
Mariana Melo Gois Lebre  
Marianne Matos Souza  
Pedro Felipe Cardoso Mota Fontes  
Rodolfo Galvão Costa  
Stanley Kleber Nogueira Santos