



**UNIUBE**  
Universidade de Uberaba



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS**

**REVISTA JURÍDICA**

# UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba MG	V.8	n. 9	Nov. 2005	p. 1-284
----------------	------------	-----	------	-----------	----------



**UNIJUS**

# **Universidade de Uberaba**

**Reitor**

Prof. Marcelo Palmério

**Vice-Reitora**

Prof. Elsie Barbosa

**Pró-Reitor de Ensino Superior**

Prof. Inara Barbosa Pena Elias

**Pró-Reitor de Pesquisa,  
Pós-Graduação e Extensão**

Prof. José Bento Alves

**Diretor do Curso de Direito**

Prof. Pérsio Henrique Barroso

## **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**

**Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba**

**Coordenadora:** Sandra Maria da Silva

**Promotora de Justiça**

### **REVISTA JURÍDICA UNIJUS**

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).

Editoração e publicação pela UNIUBE.

Periodicidade semestral.

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

**Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998-**

**v.**

**Semestral.**

**A partir do volume 8 a numeração dos fascículos passa a ser contínua.**

**ISSN 1518-8280**

**1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.**

**CDD: 340**

## **Conselho Editorial**

---

**Dirce Maris Nunes da Silva**  
**Eduardo Pimentel de Figueiredo**  
**Guido Luiz Mendonça Bilharinho**  
**João Delfino**  
**João Vicente Davina**  
**Lúcio Delfino**  
**Miralda Dias Dourado**  
**Newton Luís Mamede**  
**Patrícia de Oliveira Portela**  
**Wagner Guerreiro**

## **Coordenador Editorial**

---

**Jurandir Sebastião**

Os trabalhos podem ser enviados para:

**Universidade de Uberaba – UNIUBE - Curso de Direito**  
**Prof. Jurandir Sebastião - Coordenador Editorial da Revista**  
**Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário**  
**CEP 38.055-500 – Uberaba-MG**  
**Telefone: PABX (0xx34) 3319.8800 - FAX (0xx34) 3314.8910**  
***E-mail:* malthus@terra.com.br**

**Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais de Uberaba**  
**Coordenadora: Dra. Sandra Maria da Silva**  
**Rua Segismundo Mendes, n.º 175 - Centro**  
**CEP 38.010-140 – Uberaba-MG**  
**Telefone (0xx34) 3313.6423 - Fax (0xx34) 3333.8996**  
***E-mail:* sandras@netsite.com.br**

**ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.**





# SUMÁRIO

---

**EDITORIAL ..... P. 7**

**ARTIGOS:**

**A IMPRENSA, A FONTE ILÍCITA E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**

**Jurandir Sebastião ..... P. 13**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS FUMÍGENAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**Lúcio Delfino ..... P. 29**

**IPTU: O INQUILINO TEM LEGITIMIDADE PARA IMPUGNAR O LANÇAMENTO?**

**Yoshiaki Ichihara ..... P. 47**

**A POLÍTICA ECONÔMICA DE REGULAÇÃO DOS PREÇOS**

**Andréa Queiroz Fabri ..... P. 57**

**OS CONSELHOS DE DIREITOS DO IDOSO E O DESAFIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA**

**Éder Ferreira e**

**Mariana Furtado Arantes ..... P. 63**

**ATUAIS PROBLEMAS GEOPOLÍTICOS DA HUMANIDADE**

**André Del Negri ..... P. 69**

**ONOVO CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS HETEROTÓPICAS DE NATUREZA PROCESSUAL**

**Humberto Theodoro Júnior ..... P. 77**

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO**

**Hidemberg Alves da Frota ..... P. 95**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL: PUNIBILIDADE EXTINTA COM BASE EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA**

**Élcio Arruda ..... P. 125**

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS CÍVEIS E CRIMINAIS QUANTO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL**

**Ricardo Cavalcante Motta ..... P. 129**



**UNIUS**

# SUMÁRIO

---

**OS REFLEXOS DO TEMPO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**  
Fernando da Fonseca Gajardoni ..... P. 139

**O ARTIGO 21 DA LEI 10.826/03 E PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DO *PERICULUM LIBERTATIS***  
Cristiane Godinho Pires e  
Luciana Perpétuo Correa ..... P. 155

**AÇÃO POPULAR E IMPORTÂNCIA POLÍTICA**  
Lúcio Eduardo de Brito ..... P. 179

**ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO**  
Antonio Milton de Barros ..... P. 203

**ASPECTOS CRIMINAIS DO ABORTO**  
Cláudia Aparecida Salge ..... P. 219

**LIGEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A CONDUTA ETICA OU ABUSIVA DOS PARTICIPANTES DO PROCESSO CIVIL**  
Fabiano Rubinger de Queiroz ..... P. 245

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS GRANDES CENTROS URBANOS**  
Venício Antonio de Paula Salles ..... P. 267



# EDITORIAL

**A** Revista Jurídica UNIJUS, editada pela Universidade de Uberaba, em parceria, para produção intelectual, com o Ministério Público de Minas Gerais, via Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, prossegue em seu destino.

Nesta edição nº 9, permanece a preocupação com a diversidade dos assuntos e com o caráter didático e objetivo das análises dos temas, das teses defendidas e das idéias desenvolvidas, porque o público alvo é, concomitantemente, o universo *acadêmico* e o universo *profissional*. Este, composto por todos aqueles que militam na área do Direito. Aquele, integrado pelos docentes e discentes de todas as instituições de ensino, em graduação e em pós-graduação. Quando possível, a produção intelectual finda em conclusões objetivas para interpretação do texto legal enfocado ou com sugestões para o aperfeiçoamento da lei. Daí o motivo pelo qual, não obstante os artigos publicados terem feição acadêmica, o conteúdo é de natureza prática, sempre ancorado na Doutrina e na Jurisprudência pertinentes.

Pelo crivo do Conselho Editorial, para atendimento a esse perfil, passaram todos os artigos selecionados. Deles, pode-se dizer, em resumo telegráfico, introdutório:

a) – No artigo *A IMPRENSA, A FONTE ILÍCITA E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL* (p.13-28), de nossa autoria, são expostas as características da Lei de Imprensa, nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Dentre estas, o impacto que causou no momento histórico de sua edição, tanto de *apreensão*, relativo às liberdades, como de *inovação*, ao adotar regras para a fixação do *dano moral* puro – fato inédito, na época – e, ainda, a garantia do *sigilo* da fonte. Nesse trabalho, em relação à fonte, há capítulo próprio demonstrando a necessidade de relativização do princípio constitucional da proibição da *fonte ilícita*, como direito fundamental das garantias individuais, para harmonização com o princípio da *liberdade da imprensa*, como Instituição Social a preservar. Em síntese, é análise didática do tema. Sucinta, mas referendada por pesquisa doutrinária e, principalmente, jurisprudencial, destinada a auxiliar o discente na compreensão da responsabilidade civil e dos critérios de fixação do *quantum indenizatório* do dano *moral* puro, com incursões na esfera processual. Pode-se dizer que o artigo é espécie de manual para docentes e para os demais operadores do Direito.

b) – No artigo *RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS FUMÍGENAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR* (p.29-46), de Lúcio Delfino, o autor, advogado e professor universitário, procura demonstrar a responsabilização das indústrias de tabaco, com base no Código de Defesa do Consumidor, quando industrializam e comercializam seus produtos – sabidamente desastrosos para a saúde de cada qual dos seus consumidores diretos (e até dos indiretos, o denominado fumante *passivo*). Para o desenvolvimento do trabalho, o autor descreve as teses de defesa jurídicas utilizadas pelas indústrias fumígenas, em especial a de que houve opção e liberdade de consumo por parte do fumante, diante da advertência geral e dos riscos à saúde por todos sabidos. Para arremate, descreve o enfrentamento jurídico dado ao tema em outros países. É trabalho inédito no cenário da responsabilidade civil, relativo aos males generalizados do consumo de cigarros, enriquecido com as ementas dos poucos julgamentos judiciais ocorridos no território nacional.

c) – No artigo *IPU: O INQUILINO TEM LEGITIMIDADE PARA IMPUGNAR O LANÇAMENTO?* (p.47-56), de Yoshiaki Ichihara, o autor, Desembargador do TJSP e professor de Direito Tributário, demonstra a impossibilidade jurídica de o locatário aforar pedido dessa natureza, porque o Código Tributário Nacional não contempla a figura de “contribuinte de fato”, não obstante o inquilino, em caso de obrigação expressa em contrato de locação, pagar referido tributo em

nome do locador – legítimo contribuinte. Para essa conclusão, após análise da impropriedade das diversas medidas processuais utilizadas por inquilinos, o autor, com espeque no art. 121 do CTN, demonstra que os integrantes da obrigação tributária passiva são, apenas, o contribuinte e/ou o responsável. Para o autor não existe contribuinte “de fato”, uma vez que, em matéria tributária, esse conceito está sujeito ao princípio da estrita legalidade. O trabalho é enriquecido com doutrina e jurisprudência aplicáveis ao tema enfrentado.

d) – No artigo *A POLÍTICA ECONÔMICA DE REGULAÇÃO DOS PREÇOS* (p.57-62), de Andréa Queiroz Fabri, a autora, professora universitária, após descrever as formas de intervenção do Estado na fixação dos preços para consumo, de bens e de prestação de serviços, no âmbito nacional (por meio do CADE) e internacional (por meio do OMC e outros organismos), assim como dos abusos que ocorrem no exercício da liberdade de mercado (trust, dumping, acordos ilícitos informais, etc.), arremata, dizendo que *a atividade econômica é imprescindível para todos os setores sociais, pois ela impulsiona o trabalho e regula o nível dos salários, ao mesmo tempo em que esse fator reflete na capacidade de consumo e na liquidez da economia. Daí a importância do tema para o Direito, que merece maior atenção preventiva do que repressiva, através de políticas econômicas adequadas ao paradigma do Estado de Direito Democrático.*

e) – No artigo *OS CONSELHOS DE DIREITOS DO IDOSO E O DESAFIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA* (p.63-68), de Éder Ferreira e de Mariana Furtado Arantes, os autores (o primeiro, acadêmico de direito do último período, e a segunda, assistente social) procuram demonstrar a finalidade e o alcance sociopolítico dos Conselhos Gestores de *Política* dos Direitos do Idoso, e dos Conselhos *Tutelares* dos Direitos do Idoso, tanto para resguardo do princípio geral, constitucional, da dignidade da pessoa humana, como, principalmente, para implemento da Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Os autores demonstram que o tema *idoso*, focado no artigo, é, apenas, um dos meios de participação política direta na Administração Pública – característico do sistema democrático. Em arremate, escrevem: *A eficiência dos Conselhos do idoso possibilitará o controle social da administração pública, uma vez que deliberarão sobre os fundos, representarão instância supra-estatal no (re)direcionamento das políticas, possuindo natureza consultiva no que tange à definição e aplicação do orçamento. Eles são, pois, o principal canal participativo do Estado Democrático de Direito brasileiro, potencializando o exercício direto da democracia e viabilizando a construção da cidadania plena.*

f) – No artigo *ATUAIS PROBLEMAS GEOPOLÍTICOS DA HUMANIDADE* (p.69-76), de André Del Negri, o autor, professor universitário, analisa as mudanças que ocorrem no atual relacionamento internacional, quer por decorrência da tecnologia de comunicação e de transporte, quer, principalmente, pelas necessidades materiais que são decorrentes do aumento populacional progressivo, global e desordenado, a motivar, a cada dia, maior preocupação de ordem de Estado. As diferenças culturais e materiais que se acentuam tendem a gerar instabilidade internacional. Não há como viver isolado, e não há como homogeneizar as raças humanas e suas respectivas culturas. A educação de cada povo é imprescindível como primeiro enfrentamento. Para a harmonia global, a responsabilidade dos países ricos e desenvolvidos é maior. Os gastos de natureza e fins bélicos desses países, ao ver do autor, deveriam ser redirecionados para o bem estar dos povos mais pobres. Por essa visão, não sem razão é a crítica do autor: *Apenas se pode dizer que a conclusão para esses sobressaltos existentes no mundo, como a fome, por exemplo, jamais serão redimensionados tão-somente por meio de megafestivas exibidos por cantores e atores pelo fim da miséria no mundo.*



g) – No artigo *O NOVO CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS HETEROTÓPICAS DE NATUREZA PROCESSUAL* (p.77-94), de Humberto Theodoro Júnior, o autor – processualista renomado que é –, analisa, com profundidade, as normas de natureza dúplice contidas no novo Código Civil, disciplinando, concomitantemente, a relação material e a processual, às vezes, até, em conflito aparente com norma sedimentada no CPC. O estudo desenvolvido, alicerçado em farta doutrina pertinente, aponta rumo seguro para os casos de regras novas, assim como para os casos de conflito aparente de normas processuais, porque o norte há de ser buscado, sempre, em processo civil, como meio de dar efetividade à norma material. Com essa visão abrangente, e na lúcida compreensão do denominado *processo contemporâneo*, o autor ensina que o *devido processo legal*, ao ser trilhado, na sua amplitude, deixa de ser simples exaltação à *forma*, para ser a busca permanente do *processo justo*. Daí a natureza e a grandeza que se podem extrair das regras *heterotópicas de natureza processual* contidas no Código Civil de 2002, apontadas pelo autor.

h) – No artigo *O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO* (p.95-123), de Hidemberg Alves da Frota, o autor, advogado, após minudente cotejo do Direito pátrio com o Direito Positivo estrangeiro relacionado, demonstra que esse princípio, por envolver conceito aberto e, mais que aberto, elástico, nem sempre é respeitado, não obstante adotado, expressamente, por quase todos os povos civilizados. Daí que, como bem diz o autor, *Em defesa da dignidade, homens traídos assassinaram esposas adúlteras; meios de comunicação desconstruíram a imagem de pessoas físicas e jurídicas idôneas; agentes políticos imprudentes alvejaram a honra de seus pares; tribos praticaram antropofagia; exércitos realizaram pilhagem e endossaram a política da terra arrasada; dizimaram-se povos e se arruinaram nações; vicejou o sectarismo ideológico e o fanatismo religioso; regimes autoritários receberam aclamação pública; atrocidades e arbitrariedades auferiram o rótulo de “males necessários”*. O ponto alto desse estudo encontra-se no item 6, intitulado *Considerações críticas*, assim como na *conclusão*, apontando a responsabilidade maior do operador do direito (destes, sobreleva a figura do advogado) para o efetivo respeito e cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

i) – No artigo *O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL: PUNIBILIDADE EXTINTA COM BASE EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA* (p.125-128), de Elcio Arruda, o autor, Juiz Federal, demonstra a possibilidade legal de reabrir processo criminal, quando a punibilidade se encontre extinta com base em documento falso, a exemplo de certidão de óbito falsa, do acusado. É o que a doutrina denomina de *princípio da proporcionalidade*. Daí o autor escrever, depois de registrar vasta doutrina pátria e alienígena, que *entre nós, o Pretório Excelso já legitimou a retomada da persecução penal, na hipótese de decisão extintiva de punibilidade à base de falsa certidão de óbito. No caso, segundo a dicção pretoriana, forja-se coisa julgada apenas em sentido estrito e, mais, o fundamento é um fato juridicamente inexistente e, pois, inidôneo à produção de qualquer efeito. Houve a excepcional supressão dos efeitos da coisa julgada, em detrimento do réu e em prol da justiça*. E arremata: *O princípio da proporcionalidade, bem se vê, ostenta colossal relevância na solução dos problemas penais*.

j) – No artigo *PERSPECTIVAS JURÍDICAS CÍVEIS E CRIMINAIS QUANTO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL* (p.129-137), de Ricardo Cavalcante Motta, o autor, Juiz de Direito titular de vara penal, desenvolve análise sobre a questão social “racismo”, em suas várias nuances e, em especial, sua caracterização criminal distinta do delito de *injúria*, lastreada em farta jurisprudência específica à espécie. Aponta, o autor, que, quanto à questão do *racismo*, ao lado da cultura formal/profissional a ser estendida aos menos favorecidos, como meio de efetiva inclusão social, a legislação destinada à punição há de ser clara e incisiva, como forma de o Estado impor regras eficazes de banimento de racismo de quaisquer espécies, para cumprimento aos

princípios gerais, constitucionais, do respeito à dignidade da pessoa humana, e da redução das desigualdades sociais e regionais. Ao lado das questões sociais e penais, o autor desenvolve estudo sobre a reparação material, civil, por meio de pedido de indenização de natureza moral.

k) – No artigo *OS REFLEXOS DO TEMPO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL* (p.139-153), de Fernando da Fonseca Gajardoni, o autor, Juiz de Direito do Estado de São Paulo, analisa o fator *tempo* no processo como elemento essencial à razão de ser do próprio Poder Judiciário – órgão de composição e de solução de conflitos sociais que é. Já na introdução de seu trabalho, acentua que *o estudioso que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem importância científica não é só alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que o tempo do processo é fundamento dogmático de vários importantes temas do processo contemporâneo (tutela antecipada, ação monitoria, Juizados Especiais, entre outros)*. Após descrição de fatos processuais relacionados ao fator *tempo* no direito comparado, afirma o autor: *Não parece ser estranho a ninguém que a crise do Judiciário e do processo tem como um de seus fundamentos a já demonstrada lentidão dos processos. Como parece ser presente a todos, também, que, tanto no Brasil, quanto em vários outros sistemas, há previsão, explícita ou implícita, constitucional ou não, do direito a uma tutela jurisdicional tempestiva (célere). Contudo, até o presente momento não foi fixado, em nenhum dos ordenamentos jurídicos mencionados, um prazo razoável para a duração do processo, um lapso temporal que possa ser considerado ideal para que o procedimento transite, do começo ao fim, sem dilatações indevidas*. Para arremate de sua análise, escreve: [...] *necessário que a estrutura temporal do processo determine uma duração razoável, em função da tutela que em cada caso se pretende, ou seja, que os atos a serem praticados e os seus prazos sejam fixados em vista das circunstâncias do direito a ser protegido. Há classes de litígios que, em razão de sua especialidade, ou da prova pré-constituída de uma das partes, exigem uma tutela mais célere, enquanto outras classes, por ausentes esses atributos, admitem uma resposta em lapso temporal mais prolongado.* [...] *Apesar disso, acreditamos que a estrutura judiciária brasileira ainda não permite a fixação de prazos peremptórios para o órgão judicial, cujo descumprimento levaria a sanções de ordem civil e/ou administrativa. As razões são inúmeras: falta de estrutura material do Judiciário, diminuição do número de interessados aos cargos de juízes, entre outras.*

l) – No estudo *O ART. 21 DA LEI Nº 10.826/03: UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO* (p.155-178), de Cristiane Godinho Pires e Luciana Perpétuo Corrêa, as autoras, Técnicas do Ministério Público de Minas Gerais, analisam o alcance desse dispositivo legal que proíbe liberdade provisória nas hipóteses dos artigos nº 16 (*possuir, deter, portar, adquirir; [...], arma de fogo [...]* ...), nº 17 (*adquirir, alugar, receber, transportar; [...], arma de fogo [...]* ...), e nº 18 (*importar, exportar, favorecer a entrada ou saída [...], de arma de fogo, [...]* ...) e sua conformação aos princípios constitucionais de proteção da pessoa humana, relativamente à presunção de inocência, de igualdade e de individualização da pena e de sua execução. Para isso, após demonstrar a regularidade legislativa desse dispositivo enfocado, a razão do rigor de sua aplicação e a cautela teleológica que o informou, as autoras concluem que compete ao Judiciário, no exercício de sua prerrogativa, o dever e a oportunidade de análise caso-a-caso, para constatação da presença ou da ausência de periculosidade do réu e, portanto, da presença ou ausência do *periculum libertatis*, o que significa presunção *juris tantum* deste princípio a sua necessária harmonização com o princípio constitucional da presunção de inocência.

m) – No artigo *A AÇÃO POPULAR E SUA IMPORTÂNCIA POLÍTICA* (p.179-202), de Lúcio Eduardo de Brito, o autor, Juiz de Direito titular de vara cível, demonstra como o instituto da

ação popular pode e deve ser instrumento efetivo da cidadania, não para amparo de interesses individuais, mas, sim, para defesa do interesse público, de feição coletiva ou difusa, para resguardo da moralidade administrativa ou do Tesouro Público, do Patrimônio Histórico ou Ecológico, etc. Após registro da evolução do instituto no curso do tempo, e seu final agasalhamento como direito fundamental, na Constituição de 1988, o autor defende, por meio de modificação legal, a ampliação da legitimação processual ativa. Com os pés fincados na experiência do dia-a-dia, no exercício da Magistratura, assevera o autor, em arremate: *“Infelizmente, em face da acanhada cultura política reinante e a falta de consciência da coisa pública, a ação popular é por vezes desvirtuada, utilizada que é para a prática da famigerada politicagem, para ataques infundados e, o pior, usando o cidadão inculto e incauto como munição contra interesses do próprio povo. É imprescindível, portanto, que sejam criados mecanismos de efetiva punição para os chamados “autores populares laranjas”, que, a mando de terceiros interessados, ajuízam ação popular temerária para causar transtornos no dia-a-dia da administração pública. Defende-se, ainda, a própria responsabilização criminal, não só do autor popular fantoche, mas também, e principalmente, daquele que estiver por trás da ação, com intuito meramente demandista, dada a importância do instituto, que não pode ter sua finalidade desvirtuada por inescrupulosos”*.

n) – No artigo *ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO* (p.203-217), de Antonio Milton de Barros, o autor, Promotor de Justiça aposentado e professor de Direito Processual Penal, traça panorama histórico e crítico sobre a pena de prisão e, na atualidade, defende a necessidade da busca permanente de novas formas de imposição de pena e de seu cumprimento, já que, na prática, o isolamento carcerário, mas em comunidade com a massa de delinquentes de igual ou de natureza delitiva diversa, tem-se mostrado contraproducente. Daí, o incisivo arremate do autor: *O surgimento da pena privativa de liberdade, considerada a pena das sociedades modernas, decorreu de êxito obtido por um movimento abolicionista que buscava substitutivos aos castigos corporais da Idade Média, açoites, mutilações e, fundamentalmente, a pena de morte. [...] Nada obstante a certeza de que em tempo próximo não será possível abolir-se definitivamente a pena de prisão, devem ser implementadas as medidas alternativas existentes no ordenamento, reservando-se aquela pena aos casos efetivamente graves, pois há muito se afirma que a pena de prisão poderá ser considerada medida quase tão indesejável como são para os dias atuais os castigos corporais do passado.*

o) – No artigo *ASPECTOS CRIMINAIS DO ABORTO* (p.219-244), de Cláudia Aparecida Salge, a autora, Juíza Federal, analisa a tormentosa questão da interrupção da gravidez, apontando os valores éticos permanentes, a liberdade da gestante ou o seu dever para com o nascituro, as conveniências momentâneas de Estado, e a evolução da ciência médica e seus reflexos influenciando nesse conjunto de fatores. No momento em que se publica esse artigo, a descriminalização do aborto é tema de discussão legislativa no Congresso Nacional, por regular iniciativa parlamentar, mas sob forte pressão externa exercida por segmentos da sociedade organizada, de religiosos e de não religiosos, todos radicalizados a favor ou contra a extinção da figura penal. Após registro da doutrina pertinente ao tema, a autora arremata, transcrevendo CARRARA: *[...] o direito penal é, ao contrário, protetor da liberdade humana, tanto externa quanto interna. Da interna, porque confere ao homem uma força a mais para vencer o seu pior tirano, as próprias paixões; e, como bem dizia Daguesseau, jamais o homem é tão livre como ao subordinar as paixões à razão, e a razão à justiça. Da liberdade externa, por proteger, contra o forte, o fraco, no gozo de seus direitos, dentro dos limites do justo; e nisso consiste a verdadeira liberdade.*

p) – No artigo *LIGEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A CONDUTA ÉTICA OU ABUSIVA DOS PARTICIPANTES DO PROCESSO CIVIL* (p.245-266), de Fabiano Rubinger de Queiroz, o autor, Juiz de Direito titular de vara de família e de sucessões, com a atenção focada na conduta *ética* de seus atores, como regra geral, e na *efetividade* do processo, como meta de prestação de serviços, analisa a participação de cada qual dos que compõem o processo civil para o seu desenvolvimento. Para esse mister, demonstra como é imprescindível a observância da boa fé e da lealdade processual. Como contraponto, repudiam-se a litigância de má-fé, a deslealdade processual, os atos atentatórios à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição. Sob essa ótica, são analisadas as condutas das partes, de seus advogados, dos serventuários da justiça, dos peritos, das testemunhas, do ministério público e, também, do juiz da causa. Todos passam pelo crivo crítico do autor, relativamente aos seus deveres processuais, em cumprimento à ética, em sentido *lato*. O descumprimento desses deveres resulta em dano processual. Daí o acerto, dentre outros, do item VI, da conclusão: *“Os atos atentatórios à dignidade da Justiça, sejam eles por falta de lealdade, moralidade, proibidade, veracidade, etc., devem ser, de uma vez por todas, banidos do meio forense. Admitida por lei, o quanto antes, também há de ser adotada séria imposição de sanção criminal, como meio eficaz de punir e de coibir os ímpetos do improbus litigator”*.

q) – No artigo *REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS GRANDES CENTROS URBANOS* (p.267-282), de Venício Antônio de Paula Salles, o autor, Juiz de Direito titular de vara especializada em registro público da capital de São Paulo, com os olhos voltados para essa megalópole e seus problemas fundiários (realidade fática similar em todos os grandes centros urbanos), analisa a necessidade de regularizar a expansão urbana, quer para absorver o desordenado crescimento populacional (natural biológico ou por decorrência de êxodo de outras regiões), quer, principalmente, para regularizar a *titulação* legal de ocupação do solo, mormente na periferia geometricamente amorfa e, socialmente, insolúvel. Mesmo diante dessa realidade, mas otimista pelos objetivos buscados pelo Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/01, em cumprimento aos artigos 182 e 183 da CF/88 –, pela visão do autor, o Poder Judiciário deve participar dessa meta por meio da utilização de todos os permissivos legais e pela facilitação para manejo desses instrumentos, a exemplo da ação de usucapião. Daí, sua conclusão: *O grande desafio é não permitir que posturas e princípios registrares e procedimentais emperrem a regularização, que deve sempre ser pensada considerando a prioridade que atinge o interesse coletivo. Aos registradores e principalmente ao Judiciário compete processar os pedidos de retificação de registro e de usucapião, orientados pela prevalência desse interesse coletivo, para que os entraves e dificuldades sejam superados, conferindo à população mais carente o devido acesso ao sonhado direito de propriedade, para que, em um futuro próximo, possam engrossar a massa populacional economicamente ativa, tendo como lastro a PROPRIEDADE conquistada. A titulação, por si só, é capaz de alavancar vários benefícios para a cidade e para a população beneficiada, impulsionando uma certa urbanização espontânea e permitindo a essa população agraciada uma oportunidade de ascensão social*.

Feita a sucinta apresentação dos trabalhos, repetimos a conclusão dos editoriais anteriores: críticas, sejam quais forem, serão bem-vindas. Se produtivas, humildemente, a elas nos renderemos.

Uberaba, novembro de 2005.

Jurandir Sebastião

Coordenador Editorial



# A IMPRENSA, A FONTE ILÍCITA E A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Jurandir Sebastião\*

## Resumo:

Este artigo pretende mostrar as peculiaridades da Lei de Imprensa, sua interpretação evolutiva por meio da Jurisprudência afastando a *decadência* e a quantificação *tarifada*, assim como a controvérsia, ainda pendente, sobre a dispensa do *depósito* recursal, e o uso excepcional de fonte *ilícita* para divulgação de fato do *interesse público*, tudo relativamente à indenização por *dano moral puro* ou isolado.

**Palavras-chave:** sigilo na imprensa; fonte ilícita; dano moral; decadência e prescrição.

## SUMÁRIO

1. A imprensa livre e a lei que a regulamenta – 2. Limites e fundamentos da indenização moral – 3. A lei de imprensa e o dano moral – 4. Interpretação da lei de imprensa no curso do tempo – 5. Visão atual da lei de imprensa em relação ao dano moral – 6. Prescrição trienal em substituição à decadencial de 90 dias – 7. Depósito recursal – 8. Legitimidade passiva e denunciação da lide – 9. Possibilidade de fonte ilícita e o dever do sigilo – 10. Responsabilidade civil subjetiva – 11. Jurisprudência – 12. Conclusão – 13. *Abstract* – 14. Referências.

## 1. A IMPRENSA LIVRE E A LEI QUE A REGULAMENTA

É fato histórico assentado que a *Imprensa livre* é o complemento necessário e a garantia do regime político democrático. Por isso, mais que necessário, *Imprensa livre* é mesmo indispensável<sup>1</sup>. Por “*imprensa livre*”, como instituição social e para os efeitos da análise jurídica que se segue, no âmbito da Lei 5.250/67, há de compreender todas as formas de comunicação de massa, por escrito, falada e televisionada<sup>2</sup>. Por esse prisma, duas são as suas características principais: a *primeira*, de garantia constitucional para o exercício da livre informação<sup>3</sup>; <sup>4</sup>; a *segunda*, de responsabilização civil e criminal pelos eventuais *abusos*

\* - Juiz de Direito Aposentado. Prof. de Direito Civil. Pós-graduação em Direito Civil e em Direito Ambiental. Advogado – E-mail: malthus@terra.com.br

1 - Para aprofundamento sobre a importância da imprensa *livre* e *responsável* como garantia da democracia e respeito aos direitos transindividuais, confira-se o substancial e erudito artigo do Magistrado Catarinense, Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA, intitulado “Ética, liberdade de informação, direito à privacidade e reparação civil pelos ilícitos de imprensa”, publicado na RT 793, p. 77-88.

2 - A comunicação via *Internet*, utilizada de modo crescente e universalizado, apesar de já se caracterizar como forma de comunicação de massa, ainda não se encontra regulamentada, infelizmente, e, por isso, escapa de nossa análise.

3 - Ementa: “O texto jornalístico que se restringe a reproduzir acusações devidamente formalizadas por federação de sindicatos, perante o TST, de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, não pode ensejar responsabilidade por dano moral porque não constitui abuso de direito de informar”. – RE 208.685-1-RJ – 2ª T. do STF, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, j. 24.06.2003 – DJU 22.08.2002 – RT 820/172.

4 - Ementa: “Conforme se depreende da leitura do art. 27, IV, da Lei 5.250/67, não cabe indenização por dano moral em face da publicação de notícia em periódico que tece comentários louvados de informações constantes em sindicância e processo judicial respondido pela vítima, pois trata-se de assunto consagrado como de interesse coletivo”. Ap. 91.122-4/2 – 8ª Câmara. Dir. Privado do T.JSP. Rel. Dês. RIBEIRO DOS SANTOS – RT 778/249.



cometidos<sup>5,6</sup>. E, para os efeitos de *punição*, é bom sempre lembrar que aquele que detém *informação*, detém *poder*. Daí sua responsabilidade redobrada!

Pelo ângulo jurídico, como abertura do tema enfocado, é oportuno lembrar que toda lei, na oportunidade de sua edição, representa a consolidação dos interesses sociais predominantes e as conveniências do Estado que a impõe – é o que se denomina *espírito do tempo*. Não obstante medidas políticas de exceção terem sido adotadas após o ano de 1968 (por razões que não cabe aqui ser analisadas), a simples leitura da Lei de Imprensa, de 1967, mostra, para alegria de todos nós, a preocupação do Legislador com a preservação da liberdade de manifestação do pensamento e com a difusão de informação e de idéias, sem dependência de censura prévia.

A promulgação da Lei de Imprensa, nº 5.250, em 09 de fevereiro de 1967, desencadeou, naquela oportunidade, dois efeitos: *um*, de *apreensão* no meio intelectual, diante da criação de figuras *penais* especiais, de definição de autorias e co-autorias, de limite de defesa (como o incompreensível § 3º do art. 20), de penas privativas de liberdade e pecuniárias, etc., e dos respectivos procedimentos processuais (arts. 12-48); *outro*, de reconhecimento do *avanço* técnico jurídico para a época, relativamente à previsão de indenização por *dano moral* isolado ou puro (arts. 49-I, 53, 56 e 57). Até essa data, o dano exclusivamente *moral* era contemplado pela doutrina (e esporadicamente acolhido pela Jurisprudência) por decorrência de *condenação* criminal nos casos de calúnia ou injúria, com base nos arts. 1.525 e 1.547, do CC/1916. Entretanto, como lesão *autônoma*, como ilícito civil, poucos a defendiam (muito menos o Judiciário a acolhia), não obstante a amplitude do então vigente art. 159, do CC/1916, prevendo e compreendendo reparação *integral*, ou seja, a mais ampla possível, contra o causador do dano.

A par desses efeitos, a previsão expressa no art. 7º, de preservação do *sigilo* da fonte, importou conforto no meio jornalístico e plena harmonia com o art. 154 do Código Penal (de 1940 e que estabelece pena para a quebra do sigilo profissional). Hoje, por força do art. 5º, XIV, da CF/88, a *preservação* do sigilo foi elevada à categoria de *direito fundamental*.

## 2. LIMITES E FUNDAMENTOS DA INDENIZAÇÃO MORAL

No tocante aos fundamentos sociológicos, relativamente à indenização *moral* e com vistas à pacificação social, além do limite indenizatório de *quantum*, *tarifado* (art. 51), a Lei de Imprensa também estabeleceu limite *temporal*, *decadencial*, de 90 dias, como se vê no art. 56.

Para a reparação civil, em resumo, a Lei de Imprensa criou dois tipos de ação: uma, para indenização de dano *moral* puro (único) ou isolado (que pode ser separado), mediante

5 -Ementa: “A publicação maliciosa e sarcástica de matéria jornalística que, a pretexto de noticiar desmentido, acaba por difamar parlamentar estadual, configura ofensa à honra objetiva, cujo ofensor fica obrigado a reparar: *ex vi* do art. 5º, X, da Constituição da República, c/c o art. 49, I, da Lei 5.250/67, e com o art. 159 do então vigente CC/1916. O valor da indenização, tratando-se de difamação a exercente de cargo público, para mostrar-se justo, deve guardar a mais próxima proporcionalidade com a natureza e alcance da ofensa e com a extensão dos prejuízos por esta causados à imagem pública da vítima”. – Ap. 1.603.2004 – Câmara única do TJAP, Rel. Dês. MÁRIO GURTYEV – j. 26.02.2004 – RT 825/305.

6 - CAVALIERI FILHO, na preciosa obra *Programa de Responsabilidade Civil*, p.121-125, desenvolve oportuna análise do confronto entre os princípios Constitucionais da liberdade de imprensa e o do resguardo da honra e da intimidade. Após análise dos respectivos fundamentos e interesses, aremata: “... é forçoso concluir que, sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro”.

prova pré-constituída e procedimento *especial*, com o prazo decadencial de 90 dias; outra, para indenização *material*, de rito *ordinário*, que poderia ser intentada no prazo comum, de 20 anos, consoante a regra do então vigente art. 177 do CC/1916 – por se tratar de direito pessoal.

Na oportunidade da edição dessa lei (fevereiro de 1967), a fixação de prazo exíguo, de 90 dias, para indenização de dano *moral* (puro ou isolado), era necessária à segurança dos meios de comunicação, como instituições sociais a preservar, porque, sem esse limite decadencial (ou mesmo prescricional), o prazo seria o de 20 anos, nos termos do art. 177 do CC/1916 – por se cuidar de dano pessoal, como dito. Evidentemente que nesse dilatado prazo e já passados muitos anos, as vinditas e as pretensões menos nobres teriam oportunidade de surpreender os autores da ofensa pretérita, assim como as solidárias empresas de comunicação, em demandas acirradas, com dificuldade de prova tanto para demonstração do fato danoso (por parte da vítima), assim como da elaboração da defesa (por parte do réu ou réus), principalmente para a produção da *exceptio veritatis*. Ademais de tudo, à sociedade civil nunca foi conveniente ensejar cultura da *extorsão*, mediante ações indenizatórias infundadas ou aforadas a qualquer pretexto, tal como ocorre nos casos de excesso de melindre ou de má-fé do postulante. Daí a conveniência de prazo curto, porque a paz social sempre foi objetivo do Estado, e a sociedade humana deve, sempre, seguir em frente.

### 3. A LEI DE IMPRENSA E O DANO MORAL

Para a efetividade indenizatória, diante da natureza intangível do dano *moral*, a Lei de Imprensa enfocada traçou diretrizes assentadas no princípio da *proporcionalidade adequada* (art. 53) e estabeleceu os respectivos limites *quantitativos* indenizatórios (art. 51), ambos para direcionar o arbitramento judicial. Por esse critério de valor *tarifado*, o dano moral praticado por pessoas físicas era arbitrado, judicialmente, entre o mínimo de 2 e o máximo de 20 salários-mínimos. E, como previsto no art. 52, facultou-se ao juiz a multiplicação desse teto em até 10 vezes, contra as empresas de informação ou divulgação.

O princípio da *proporcionalidade adequada* – que leva em conta a *intensidade* de sofrimento do ofendido; a *gravidade*, a natureza e a *repercussão* social; o *grau de culpa* do agente; a situação *patrimonial* das partes; os anteriores *abusos* cometidos pela imprensa no exercício do direito de informar; a *retratação* espontânea do ofensor; e a necessidade de punição patrimonial como *exemplaridade* social – no curso do tempo, transbordou do estrito campo de incidência de conflitos entre imprensa e público, para se consolidar como justa, lógica e racional *forma* de arbitramento do valor indenizatório para todos os demais casos de reparação por *dano moral*. A esses requisitos, no momento em que o limite *tarifado* foi afastado, a Doutrina e a Jurisprudência criaram o quesito *justo equilíbrio*, como critério quantificador indenizatório, via prudente arbítrio julgante, para evitar a fixação de montante abusivo e, por consequência, ocorrência de *enriquecimento* sem causa, a pretexto de indenização moral (porque, agora, não mais tarifada). Mas sem afastar o princípio da proporcionalidade adequada, que perdura até hoje.

Em resumo, o *quantum* indenizatório por delito da Imprensa, de natureza *moral* (pioneiro nessa espécie, como visto), hoje, é definido, caso a caso, pela adoção harmoniosa do princípio da proporcionalidade adequada e dos critérios comuns. Isso significa que o prudente *arbitramento* judicial há de levar em conta, após exame dos itens que caracterizam o princípio da *proporcionalidade* adequada, os três requisitos básicos indenizatórios,

conclusivos, na seguinte *escala* de valores: 1º – efetiva punição do ofensor; 2º – adequada recompensa à vítima; 3º – efeito pedagógico/social. Mas, nunca a quebra do ofensor, à guisa de punir. Nunca o enriquecimento sem causa, a pretexto de compensar. Nunca o faz-de-conta, para não neutralizar o efeito pedagógico.<sup>7</sup>

Essa mesma Lei nº 5.250/67 (com a adaptação ao CPC/73, por meio da Lei 6.071/74), preocupada com a *efetividade processual*, para os casos de dano moral *puro* ou isolado, preconiza rito procedimental *especial* (Inicial acompanhada da prova pré-constituída, rol de testemunha; contestação em 5 dias; possibilidade de reconvenção apenas para também dano moral; julgamento antecipado em caso de revelia; e sentença final atacável por recurso de apelação acompanhada do depósito recursal), tudo como se vê na atual redação do art. 57 e seus parágrafos. Mas a vítima pode, em benefício do réu, como regra geral de processo, optar pelo rito *ordinário*.

#### 4. INTERPRETAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA NO CURSO DO TEMPO

Os *critérios* de fixação do *quantum indenizatório*, por dano moral, relativamente ao princípio da *proporcionalidade adequada*, criados pela Lei de Imprensa, ainda permanecem. Entretanto, após o advento da CF/88, tanto o limite *temporal*, decadencial, de 90 dias<sup>8, 9, 10</sup>, como o critério de *tarifamento*<sup>11, 12</sup>, deixaram, gradativamente, de ser acolhidos pela

7 - Elucidativa é a ementa do julgado da 9ª Câm. Cível do TJRJ, Apel. 3797/2004, Rel. Dês. LAERSON MAURO: “A indenização pelos danos morais não é limitada pelos valores contidos na Lei de Imprensa, porquanto, como é sabido, essa limitação não foi recepcionada pela Constituição vigente. A indenização, entretanto, deve situar-se na faixa do razoável, para evitar, de um lado, que perca o seu caráter pedagógico de desestímulo a condutas ofensivas, e de outro, que sirva de pretexto para enriquecer o lesado à custa do ilícito”. RT 836/301.

8 - A *favor* da aplicação da *decadência*, extrai-se o fundamento da decisão proferida pela 5ª Câm. Dir. Privado do TJSP, Emb. Inf. Nº 26.056.4/3-02, j. 19.11.1998, Rel. Dês. Marco César, colecionado por PAULO SÉRGIO RODRIGUES (*in* Lei de Imprensa, LED Editora de Direito, Leme-SP, 2004, p.207): “... Estabelecido que se cuidava, aqui, de ação por dano moral, então presente a letra expressa do art. 56, “*caput*” da Lei de Imprensa, normal especial à qual nenhum prejuízo trouxeram as disposições gerais do art. 5º, “*caput*”. V e X, da Constituição Federal de 1988. Se a Constituição pretendesse regular prazos decadenciais ou prescricionais por fatos da Imprensa, teria disposto; como não o fez, recepcionou a lei ordinária vigente”.

9 - Também a *favor* da aplicação da *decadência*: Ementa: “A ação indenizatória por dano moral, decorrente de reportagem considerada ofensiva à honra, veiculada por emissora de televisão, deve ser analisada à luz da Lei de Imprensa, razão pela qual ocorre a decadência se a demanda não for proposta dentro de 3 meses da data da transmissão do ato ofensivo, em face do disposto no art. 56 da Lei 5.250/67”. – AI. 118.282-4/6 – TJSP, 8ª Câm. Direito Privado, j. 15.10.1999 – rela. Des. ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES – RT 772/229.

10 - Ainda a *favor* da decadência, a *contrário sensu*: Ementa: “O anúncio classificado ou de propaganda, feito em periódico existente para esse fim, sem matéria jornalística, sem qualquer notícia, manifestação do pensamento ou difusão de informações e idéias, não se submete à Lei de Imprensa se, eventualmente, vier a causar dano a outrem, por não configurar crime de imprensa no sentido daquela lei, não se lhe aplicando o prazo decadencial nela fixado, mormente se proposta a ação com base no direito comum”. Ap. 303.346-9, 1ª Câm. Cível do TAMG. Rela. Juíza VANESSA VERDOLIM ANDRADE. DOMG de 16.12.2000. RT 789/399.

11 - Escreve PAULO SÉRGIO RODRIGUES (*in* Lei de Imprensa, LED Editora de Direito, Leme-SP, 2004, p. 133): “No tocante ao valor da indenização, tarifada pelo art. 50, da Lei nº 5.250/67, o consenso, hoje, é de que não foi recepcionada, prevalecendo, agora, prudente arbítrio do Juiz”.

12 - Ementa: “Quando a ofensa à honra resulta de ato *doloso*, a indenização por dano moral decorrente do delito de imprensa deve se dar nos termos dos arts. 49, § 2º, e 53 da Lei 5.250/67 e art. 159 do CC, de modo que a reparação seja a mais ampla possível, dado o seu caráter punitivo e compensatório, sendo inadmissível, portanto, a fixação nos limites do art. 52 da Lei de Imprensa”. – Ap. 021.805-4/2 – 3ª Câm. Dir. Privado, j. 27.01.1998. Rel. Dês. FLÁVIO PINHEIRO. – RT 755/239.

13 - Ementa: “A ação de indenização por dano moral, fundada em ofensa ao direito de imagem por matéria jornalística, não se subordina aos requisitos restritivos da Lei 5.250/67, como a decadência do art. 56. Toda e qualquer barreira contra o acesso à ordem jurídica, inaugurada para proteger direitos de personalidade, deve ser evitada (arts. 5º, V e X, da CF e 159 do CC), sob pena de ensombrar a nova perspectiva social”. – Ap. 117.334-4/7 – TJSP, 3ª Câm. de Férias de janeiro de 2001, j. 30.01.2001 – Rel. Dês. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI – RT 790/252.

14 - Ementa: “O prazo de decadência previsto no art. 56 da Lei 5.250/67 não se aplica às ações de indenização por dano moral, decorrentes de violação ao direito à imagem, submetendo-se às regras do direito civil comum, pois no momento em que a Constituição Federal de 1988, atendendo aos reclamos da realidade social moderna, consagrou amplamente a reparabilidade do dano moral, não é mais possível negar ou restringir essa reparação, fundada em leis ordinárias anteriores, sob pena de se estabelecer total inversão de princípios e valores”. – Ap. 10.870/2000 – 8ª Câm. Civ. do TJRJ – Rela. Des. LETÍCIA SARDAS, J. 10.109.2000 – DORJ 02.02.2001 – RT 790/384.



Jurisprudência<sup>13, 14, 15, 16, 17, 18</sup>. O fundamento hermenêutico é que, além de ofensa ao princípio constitucional da *isonomia* (no caso de danos ou vítimas distintos: material e moral, como estabelece o art. 49, e com prazos diferenciados, como quer o art. 56), os limites de *tempo* e de *quantum* colidem com a ampla proteção da pessoa humana assegurada pela Carta Magna. Aplica-se, aqui, a observação do Min. Rel. CARLOS VELLOSO, por ocasião do julgamento do RE 420.784-2-SP, 2ª Turma do STF, 01.06.2004, DJU 25.06.2004: “*O certo é que o sistema da lei de imprensa compunha no seu tempo um cenário excepcional de condenação por danos morais, daí que estritamente regulamentado, alcançando casos concretos especificados no art. 49, Pº - RT 829/131.*”

A expressão utilizada pela Jurisprudência tem sido a de que a Lei de Imprensa, nesses aspectos, “*não foi recepcionada*”<sup>19</sup> pelo novo regramento Constitucional. Com acerto, a respeito, escreve DARCY ARRUDA MIRANDA,

*“Nem seria compreensível um prazo tão restrito para um dado tão grave como é o dano moral em relação ao dano material que não tem prazo. Seria evidente cerceamento de defesa uma tal disposição, pois o indivíduo ofendido que estivesse ausente do local na data da publicação da ofensa, em viagem, e voltasse após transitados os 3 meses, ficaria sem defesa, marcado pela ofensa à sua honra, só podendo reclamar dano material que venha a existir”* (in Comentários à Lei de Imprensa, 2ª Ed. RT, SP, 1994, Tomo II, p. 697).

Elucidativa é a ementa do STF, no aludido RE 420.784-2-SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO:

*“Em ação indenizatória por danos morais oriundos de ofensa praticada pela imprensa, deve-se considerar que o art. 56 da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa –, ao estabelecer o prazo de três meses para a propositura da ação, não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, uma vez que o dano moral ganhou tratamento especial*

15 - Ementa: “Com a constituição de 1998 (art. 5º, V, e X) acabou o confinamento da indenização por danos morais nos termos excludentes da Lei de Imprensa, inaplicável às limitações nela contidas. - Não se pode dizer que houve vulneração da Lei de Imprensa, mesmo porque, com a disciplina do inciso X do art. 5º da Constituição Federal, o art. 49, § 2º, invocado, não comporta interpretação que exclua a legitimação passiva daquele que, diretamente, usou as expressões apontadas como violadoras do direito fundamental do autor, sob pena de grave violação da nova sistemática da responsabilidade por dano moral, agora no plano da lei maior, após longa e segura construção jurisprudencial. Assim, identificado o autor da ofensa, pode o ofendido acioná-lo diretamente, com o que se afasta a ilegitimidade passiva. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas não provido.” - (STJ, Rec. Esp. Nº 61.922-RS, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO; ementa publicada no DJU de 16.03.98 e no DJMG de 27.03.98, pág. 3, caderno II).

16 - Ementa: “As ações de indenização por dano moral, fundadas no uso da imagem, não se aplica o prazo decadencial previsto na Lei 5.250/67. A Constituição Federal vigente não recepcionou a norma pertinente da Lei de Imprensa”. Ementa do voto vencido: “A Lei de Imprensa foi recepcionada plenamente pela Constituição Federal devendo, portanto, ser acolhida a preliminar de decadência do direito de ação”. Ap. 70004684155 – 5ª Câm. Cível do TJRS, Rel. Des. ANA MARIA NEDEL SCALZILLI, j. 02.03.2003 – RT 823/330.

17 - Ementa: “Imprensa. Decadência. Diante do novo texto constitucional, não prevalece o prazo decadencial previsto na Lei 5.250/67, para a propositura de ação indenizatória de dano moral provocado por publicação em jornal. Recurso conhecido e provido”. - (STJ, REsp. nº 237.731, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR; ementa publicada no DJU de 28.02.2000 e no DJMG de 1º.04.2000, pág. 12, caderno II).

18 - Ementa: “Tendo a Constituição Federal de 1988 emprestado ao dano moral tratamento especial (art. 5º, V e X), garantindo amplamente a indenização decorrente desse dano, não há se falar em decadência pelo prazo previsto no art. 56 da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa –, uma vez que tal dispositivo não foi recepcionado pela Lei Maior.” RE nº 348.827-9-RJ – 2ª T. j. 01.06.2004 – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – DJU 06.08.2004 – RT 831/191.

19 - Também colecionado por Paulo Sérgio Rodrigues (in Lei de Imprensa, LED Editora de Direito, Leme-SP, 2004, p.297), extrai-se da ementa do REsp. 276002-SP, 3ª Turma do STJ, Relª. Minª. NANCY ANDRIGHI (DJU 05.02.01, p. 109): “...III – Às ações em que se pretende a indenização por danos morais, não se aplica o prazo decadencial previsto no art. 56, da Lei nº 5.250/67, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988”.

*pela Constituição, não sendo possível sujeitá-lo aos limites estreitos da legislação infraconstitucional”.*

Do voto do Min. Relator, nesse julgamento, mais uma vez, extrai-se:

*“A Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório”.* – RT 829/131.

Hoje, a controvérsia sobre *tarifamento* encontra-se pacificada por força da Súmula 281 do STJ, nos termos: *“A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.*

## 5. VISÃO ATUAL DA LEI DE IMPRENSA EM RELAÇÃO AO DANO MORAL

Procedem, às escâncaras, a crítica doutrinária e a interpretação dada pela Jurisprudência afastando a *decadência* e o *tarifamento*. Não se pode esquecer que a inteireza corpóreo-psíquica da pessoa humana foi elevada à condição de *direito fundamental*, pela CF/88, para asseguramento da *dignidade* da pessoa humana, tal como se vê dos arts. 1º, inciso III; e art. 5º, incisos V e X. A eventual permanência do estreito limite temporal e dos limites tarifados indenizatórios tornaria letra morta a garantia constitucional. Muito menos se invoque a liberdade de imprensa – também assegurada na mesma CF/88, art. 220 – como forma de *relativizar* o direito fundamental da dignidade da pessoa humana<sup>20</sup>.

Neste particular, cumpre transcrever a lição do Des. SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA, citada, no STJ, pelo Min. Rel. RUY ROSADO DE AGUIAR, no julgamento do Resp. 164.421-RJ, publicado na RSTJ 128/372-385:

*“A liberdade de imprensa, cujo corolário é o dever de informar, e cuja garantia é o sigilo das fontes, não concede ao jornalista um passaporte de imunidade, para investir contra a honra das pessoas. O reverso da medalha de ouro da liberdade é a responsabilidade. Todos nós abominamos, como democratas, a censura prévia, mas para bani-la de nossos costumes é preciso fortalecer a noção de responsabilidade. A imprensa não pode destruir, impunemente, as reputações alheias, sem um mínimo de cuidado de aferir a veracidade da notícia”* (colecionado por FERNANDO LOPES DAVID, *in* Crimes de Imprensa – Legislação e Jurisprudência, Iglu Editora, SP, 2001, p. 134-146).

Registre-se, desde logo, que, na esteira de proteção da *pessoa humana* e sua legítima extensão patrimonial, para os efeitos de dano moral, inclui-se a *personalidade* jurídica, como

20 - Ementa: “Caracterizam ofensa à honra, dando ensejo à indenização, imputações feitas a ex-Governador sem que houvesse prova dos fatos narrados, uma vez que, embora a Constituição Federal tenha assegurado a liberdade de manifestação da informação e do pensamento, assegurou, igualmente, o direito à honra e à imagem das pessoas, garantindo, em casos de violação e excessos, a correspondente indenização”. – Ap. Cível 121.155-4/4-00 – 4ª Câm. Dir. Privado do TJSP – Rel. Dês. J.G. JACOBINA RABELLO - j. 09.05.2002 – RT 803/197.

detentora de *honra objetiva* (confira-se, a respeito, FERNANDO LOPES DAVID, obra citada, p. 140).

No tocante ao limite *temporal*, também faz sentido o avanço Jurisprudencial. Basta lembrar, como exemplo, notícia jornalística falsa ou equivocada, por culpa ou dolo, injuriosa, difamatória ou caluniadora a respeito de quem se encontre ausente por viagem a negócios, recreação ou formação profissional. Neste caso, essa pessoa somente passaria a tomar ciência da ofensa moral após o retorno ao local de circulação do periódico ou de difusão visual. Como o prazo se conta da divulgação (art. 56), se o retorno dessa pessoa ofendida em seus direitos ocorresse após os três meses decadenciais, nenhum reparo poderia ser feito, coercitivamente – exceto o material, se houver. Por outro lado, por se tratar de prazo *decadencial*, como expresso no art. 56 referido, a vítima também não poderia se socorrer de ação ordinária indenizatória. Se a interpretação literal desse dispositivo prevalecesse, a lesão *moral* se perpetuaria, não obstante a garantia Constitucional (art. 5º, incisos V e X, em complemento ao art. 1º, inciso III) destinada à preservação da *dignidade* da pessoa humana.

## 6. PRESCRIÇÃO TRIENAL EM SUBSTITUIÇÃO À DECADENCIAL DE 90 DIAS

Nesses julgados não há registro de qual deva ser o prazo a observar, seja ele *decadencial* ou *prescricional*. Tomando por base a lição do professor AGNELO AMORIM FILHO (Revista de Direito Processual Civil, ano II, SP, Saraiva, 1961, p.96-131), citada por PEDRO VINHA (*in* Responsabilidade Civil pelo Fato da Imprensa, Juruá Editora, PR, 2001, p.112), a ação reparatória é de natureza *condenatória* e, por isso, está sujeita à *prescrição*. Em sendo assim, após o advento do CC/2002, não mais há dúvida de que o prazo para a reparação de dano material e ou moral (art. 186 e 187), por fato da imprensa, é *prescricional*, de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V (regra geral que abrange todos os casos de lesão contratual e/ou extracontratual<sup>21</sup>), podendo ser alegada em qualquer grau de jurisdição (art.193).

## 7. DEPÓSITO RECURSAL

No campo processual, em sede de indenização por ilícito civil de imprensa, o *depósito recursal* previsto no art. 57, § 6º, da Lei 5.250/67<sup>22, 23</sup> (obviamente, aviado pelo causador do dano, *in casu* Imprensa, na condição de ré), sofre controvérsia, ora para ficar limitado ao valor máximo tarifado, previsto nos arts. 51 e 52, quando a condenação lhe for superior, consoante entendimento do STJ (Resp. nº 72.416-RJ, RSTJ 111/166-175, Rel. Min. Waldemar Zveiter, colecionado por FERNANDO LOPES DAVID, obra citada, p. 226-235), ora para dispensa do depósito, como votou o Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO que, nesse julgamento, asseverou: “*À medida que dispensamos a indenização tarifada, evidentemente que não se pode exigir o depósito*”<sup>24</sup>.

21 - Nesse sentido: GUSTAVO TEPEDINO e outros. *In* Código Civil Interpretado, Vol. I, Edição Renovar, RJ, 2004.

22 - Ementa: “Tratando-se de pedido de indenização por danos morais, em face da publicação de matéria jornalística de cunho calunioso, difamatório e injurioso, faz-se necessária a aplicabilidade das regras insertas na Lei de Imprensa, razão pela qual deve ser considerada deserta a apelação interposta contra sentença que condenou a empresa jornalística a indenizar o ofendido, se desacompanhada do depósito em quantia igual a importância total da condenação, conforme impõe o art. 57, § 6º, da Lei 5.250/67”. – Ap. 99.000362-0, TSP, 2ª Câm Especializada, j. 05.10.1999, Rel. Dês. JOÃO BATISTA MACHADO – RT 777/374.

23 - Ementa: “Não se pode julgar deserto o recurso de apelação da ré embargada se a demora na formalização de caução, necessária para a admissão do recurso, ofertada para os fins do art. 57, § 6º, da Lei 5.250/67, depende do deferimento do pedido por parte do juiz e dos atos a serem praticados pelos funcionários do cartório”. - Emb. Inf. 116.758-4/6-01 – 3ª Câm. Dir. Privado do TJSP - j. 04.06.2002 – Rel. Dês. WALDEMAR NOGUEIRA FILHO – RT 802/196.

24 - Ementa: “Dano moral. Lei de Imprensa. Apelação. Depósito prévio. Precedentes da Corte. - Já decidiu a Corte, em diversas oportunidades, que o depósito prévio, previsto na Lei de Imprensa para o recebimento da apelação, era compatível com o regime da indenização tarifada. Admitindo-se indenização que ultrapasse esse valor, impõe-se considerar inaplicável a exigência. Recurso Especial conhecido e provido”. - (STJ, REsp. nº 168.667-RJ, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO; ementa publicada no DJU de 10.05.99 e no DJMG de 11.06.99, pág. 3, caderno II).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Ministro SÁLVIO TEIXEIRA DE FIGUEIREDO, com desprezo da questão suscitada de depósito “inferior” à condenação, e de onde se colhe:

“Imprensa – Direitos Civil e Processual Civil. Lei de Imprensa. Indenização por dano moral. Depósito garantidor. Art. 57, § 6º. Efetivação dentro do prazo recursal. Juntada da guia posteriormente. Validade. Valor da indenização superior ao teto. Descabimento da exigência do depósito. Interpretação sistemática. Recurso provido”. - Ementa: “*Considera-se regular o depósito garantidor definido no art. 57, § 6º, da Lei de Imprensa, se realizado dentro do prazo recursal, embora juntada a guia após o termo final daquele. - O depósito prévio à apelação, no valor total da condenação imposta a título de indenização por dano moral advindo da atividade jornalística, foi concebido na vigência de um sistema que previa a indenização tarifada. Adotando-se nas instâncias ordinárias indenização que ultrapasse esse valor máximo, há que se ter, por força de interpretação sistemática do dispositivo que impõe o depósito, por inaplicável também tal exigência*” (STJ, REsp. nº 150.161–DF, DJU de 29.03.99 e DJMG de 07.05.99, pág. 4, caderno II).

A tendência Jurisprudencial é abolir, de vez, a exigência do depósito recursal, quer por coerência ao desprezo ao tarifamento, quer para atendimento pleno ao princípio Constitucional da *ampla defesa*, estabelecido no art. 5º, inciso LV, cuja alusão aos “*recursos a ela inerentes*”, significa direito ao exercício do *duplo grau de jurisdição*, como direito fundamental.

## 8. LIGITIMIDADE PASSIVA E DENUNCIÇÃO DALIDE

Ao momento da edição da Lei de Imprensa, em 1967, imperava, como regra geral de processo, o CPC de 1939. Por esse ordenamento processual, a formação de *litisconsórcio passivo* se subordinava à regra elástica e imprecisa de seu art. 88, então vigente. A Lei de Imprensa em comento, coerente com o procedimento especial introduzido e para evitar discussões a respeito do litisconsórcio passivo, em seu art. 49, §§ 2º e 3º, definiu os limites da legitimidade *passiva*, para os efeitos indenizatórios. Por esse § 2º, se a notícia lesiva fosse publicada em “*jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão ou de agência noticiosa*”, responderia pela reparação a “*pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação*”<sup>25</sup>. E, pelo § 3º, se a publicação ocorresse em impresso “*não periódico*”, a ação seria aforada contra o autor da ofensa (se identificado), ou contra a pessoa natural ou jurídica que explorasse a oficina impressora (se desconhecido o autor da ofensa). Pelo dispositivo legal seguinte (art.50), ficou assegurado à ré o direito de *regresso* contra o autor do escrito, transmissão ou notícia, em demanda posterior, autônoma, ou seja, uma segunda demanda.

Essa disposição legal fazia sentido. O propósito era motivar as empresas jornalísticas a fiscalizarem, previamente, as notícias a publicar, suas fontes e exatidões, tudo como cautela para evitar a futura ação indenizatória, e preservar o sigilo da fonte.

25 - Nesse sentido foi a decisão desacetada, por anacronismo (1998), data vênica, do TJRR, Câm. Única, apel. 010/98, Rel. Dês. JOSE PEDRO, impedindo, em ação intentada apenas contra o autor da notícia, a denúncia da lide à empresa jornalística, com a ementa: “Se a matéria jornalística, considerada como ofensiva, foi publicada em jornal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de reparação de danos morais a empresa jornalística responsável pela publicação do periódico, e não o autor do escrito, ainda que identificado, que somente será legitimado em se tratando de impresso não periódico, conforme inteligência do art. 49, §§ 2º e 3º, letra “a”, da Lei 5.250/67”. RT 760/399.

Entretanto, com o advento do CPC de 1974, houve mudança nas regras processuais. Não mais se justificava o impedimento de denunciação da lide ao autor do dano. Ao contrário, a denunciação da lide, mais que obrigatória (art. 70, III, CPC/74), significa simplificação e absorção de duas demandas numa única decisão. A partir de então, passou a caber à vítima do dano, ao propor o pedido indenizatório, a faculdade de dirigi-lo apenas contra o autor do dano ou contra somente a empresa titular do meio de comunicação, ou contra ambos. Facultou-se à vítima, igualmente, por força das regras gerais, o uso do procedimento especial da Lei de Imprensa ou o ordinário do CPC. Se a ação for dirigida contra apenas a empresa que explora o meio de comunicação, cabe a esta a denunciação (art. 70, III, no prazo do art. 71), para garantia do direito de regresso previsto no art. 50 da Lei de Imprensa<sup>26, 27, 28, 29</sup>. Nesse aspecto, por evolução jurisprudencial, a questão se pacificou com a edição da SÚMULA 221, do STJ, nos termos: “*São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação*”. Isso significa que o dever de cautela, em matéria jornalística, ainda impera, sob pena de responsabilização<sup>30, 31</sup>.

Tudo isso, em relação à legitimidade processual *passiva* – objeto das presentes anotações. A respeito da legitimidade *ativa*, em seus desdobramentos decorrentes da *substituição* ou por *sucessão* da vítima, nos casos de dano moral *puro*, caso seja do interesse do leitor, confira-se o estudo contido em nosso livro *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*, 3ª Edição Del Rey, BH, 2003, p. 78-82.

26 - Ementa: “Se a ofensa à moral dos autores decorreu de notícia divulgada em jornal a respeito de fraude em licitação pública internacional, originada de declarações dadas à reportagem por representante de empresa vencida na concorrência, tem-se configurada a responsabilidade prevista no art. 49, § 2º, da Lei 5.250/67, cabendo a denunciação à lide da repórter que produziu a matéria e à pessoa jurídica titular do diário que a publicou. Manutenção, todavia, no pólo passivo, do entrevistado, que forneceu as declarações ofensivas que embasaram a matéria lesiva”. – REsp 261.802-MG, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. DJU 11.12.2000 – RT 790/233.

27 - Ementa: “Em entrevista jornalística considerada ofensiva à honra, o entrevistado é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação indenizatória por danos morais, pois os arts. 49, § 2º, e 50 da Lei 5.250/67 não derogaram o princípio da responsabilidade civil por atos ilícitos (art. 159 do CC), em que aquele, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que se trate de Promotor de Justiça, eis que a circunstância do exercício do Ministério Público não elimina a possibilidade de ação direta contra o seu representante, mormente quando age fora do processo, sem estar exercendo função de membro do *Parquet*”. – Emb. Inf. 75.286.4/4-01 – 5ª Câm. Dir. Privado do T.JSP, j.02.12.1999. Rel. Dês. SILVEIRA NETTO. RT 775/225.

28 - Ementa: “São partes legítimas para figurarem no pólo passivo de ação indenizatória que busca haver reparação de danos morais causados por ofensas publicadas em veículo de divulgação ou informação tanto o responsável pela publicação como o proprietário da empresa que explora o meio de informação, por força do enunciado da Súm. 221 do STJ”. REsp. 171.262-RS – 4ª Turma do STJ. Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – DJU 28.02.2000 – RT 778/225.

29 - Ementa: “Aquele que se sentir ofendido em sua honra pelo conteúdo de entrevista concedida a jornal, poderá obter a reparação dos danos daquele que fez as declarações, não estando adstrito a buscá-la, exclusivamente, junto à empresa jornalística, conforme interpretações dos arts. 12, 49 e 50 da Lei 5.250/67”. – REsp. 122.128-RJ – 3ª Turma do STJ. Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO – DJU 31.08.1998 – RT 759/182.

30 - Ementa: “Se a ofensa à moral decorreu de entrevista dada “ao vivo” em programa radiofônico da modalidade “canal aberto”, tem-se configurada a responsabilidade da emissão prevista no art. 49, § 2º, da Lei 5.250/67, ainda que o apresentador não tivesse conhecimento do teor das alegações, porquanto essa modalidade de “canal aberto” constitui risco inerente à atividade a que se propõe a empresa de comunicação, da qual obtém audiência e, evidentemente, receita econômica. Co-responsabilidade da entrevistada, que, inclusive, reconhecidamente assacou inverdades, por ela própria desmentidas em programa subsequente, da mesma emissora. Recurso especial conhecido e provido, com fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral, a ser suportado por ambas as partes. – REsp. 331.182-SE – 4ª T. do STJ, j. 03.09.2002, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. – RT 815/208.

31 - Ementa: “A fotografia de pessoa morta, em tentativa de assalto a empresa de ônibus, apresentada em noticiário de jornal que a apontou como perigoso marginal, gera o dever de indenizar por danos morais os familiares. Tal reportagem atingiu a imagem do falecido ao apontá-lo como perigoso marginal, quando, na realidade, se encontrava no local para se candidatar a emprego oferecido, se tratando, apenas, da vítima do evento”. – Ap. 3.750/02 – 18ª Câm. Cível do T.JRJ, Rel. Dês. NASCIMENTO PÓVOAS VAZ, j. 17.09.2002 – DJRJ 21.11.2002 – RT 814/321.

## 9. POSSIBILIDADE DE FONTE ILÍCITA E O DEVER DO SIGILO

Como se falou no início destas anotações, no plano social, para a defesa dos interesses coletivos e/ou difusos, a *Imprensa livre* é a garantia da *democracia* (compreendendo-se por “democracia”, *grosso modo*, formas de renovação dos ocupantes dos cargos públicos, via escolha popular; política econômica assegurando regime da livre iniciativa; preservação das liberdades individuais; respeito aos direitos fundamentais, etc). Quanto melhor a qualidade e a atuação da *Imprensa*, melhor e maior será o aperfeiçoamento desse regime de Governo – sem se falar no fator *pedagógico* social, de natureza *difusa*, que a *Imprensa* exerce, relativamente à cidadania. Por esse reconhecimento sociológico, em nosso sistema, foi-lhe conferido garantia constitucional para o exercício da *livre informação*.

Fiel à sua importância social, institucional, como regra geral, deve a *Imprensa* pautar-se pela divulgação de dados e informes corretos, previamente verificados e comprovados. Mais que isso, diante de prova dos fatos obtida por meios lícitos, cumpre à *Imprensa*, antes da divulgação, avaliar se há interesse *coletivo* para o recebimento da informação, dando vasa àquilo que LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR intitula de “direito de *quarta geração* que é o direito difuso à informação verdadeira”, assentado na função social da *Imprensa*, com o princípio: “*nem tudo o que é verdade deve ser divulgado, mas tudo o que se divulgar deve ser verdadeiro*”<sup>32</sup>. Por esse motivo altaneiro, mesmo que verdadeiras, por exemplo, “fofocas” demeritórias ou que exponham a pessoa noticiada ou fotografada a ridículo não devem ser publicadas, sob pena de a *Imprensa* responder por dano moral. Por outro lado, ainda que a eventual divulgação de banalidades, futilidades ou leviandades possa não constituir abuso do exercício do direito, por certo a *Imprensa* que assim age perderá o caráter de *seriedade* e de *qualidade*. Também, não deve a *Imprensa* perder de vista a sua função pedagógica social. Deve, por isso, evitar divulgação de fatos de efeitos sociais deletérios. Exemplo vivo de má qualidade jornalística e de ausência de visão da importância pedagógica social da Instituição *IMPRENSA* é a divulgação dos “erros” cometidos por delinquentes ao praticar o delito, erros estes que os levaram à descoberta e, conseqüentemente, à punição. Quando assim age, a *Imprensa* está “ajudando” os delinquentes a se “aprimorarem” na execução do crime, para não mais cometer os mesmos “erros”.

A par desses fatos (que em relação à *Imprensa* se constitui em *dever social*, institucional), ergue-se no plano processual, como regra geral e igualmente sob manto Constitucional, a proibição de prova obtida “por meios ilícitos” (art. 5º, LVI, CF/88). Não obstante a clareza dessa regra geral processual proibindo “prova ilícita”, é preciso conciliar os princípios Constitucionais do respeito à *privacidade* (art. 5º, V, X, XII) com o da *livre informação* (art. art. 5º, IX, XIV), assim como compatibilizá-los com a garantia assegurada a todos aos meios de *comunicação de massa* (com as restrições expressas), como estatuído no art. 220, da mesma CF/88. Por outro lado, o princípio da *ampla defesa*, assegurado aos acusados em geral (art. 5º, LV), compreende a *relativização* do princípio da proibição de prova de origem *ilícita*, quando, nitidamente, envolver *interesse público*.

Sem se falar nas pessoas que praticam *crimes* (e que por isso justificam-se suas denúncias pela *Imprensa*, consoantes respectivas gravidades), é inquestionável que aquele que exerce Poder Público (por representação ou delegação do Estado) ou Poder Social (pelo

32 - Lição de A. Marinho e Pinto, citada por LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, no excelente artigo “*Imprensa – Direito de Crítica – Personalidade Pública – Limites em face do texto Constitucional*” – RT 832, p. 141-149.

exercício abusivo dos direitos privados, especialmente os de natureza econômica) exercita, necessariamente, dois tipos de vida pessoal: um, de natureza exclusivamente *privada*; outro, de natureza *pública* (na acepção geral desse termo). Em relação ao primeiro, os princípios da preservação da intimidade e da vida privada devem ser assegurados em plenitude. Entretanto, em relação ao segundo, diante dos interesses sociais predominantes, o agente tem, antes de tudo, obrigação de conduta pessoal e funcional *transparente* e honesta. O descumprimento desses deveres legitima qualquer do povo a exercitar os direitos da cidadania (principalmente se envolver malversação do dinheiro público), e autoriza a Imprensa a se socorrer, excepcionalmente, de provas de origem *ilícita* que lhe cheguem ao conhecimento por iniciativa de informante (aqui, a *ilicitude* se limita à gravação ambiental, ou à *extração* de documentos *sem* o conhecimento dos envolvidos, ou à *interceptação* de conversas ou comunicações, de forma *clandestina*. Nunca por meio de “documentos” montados ou construídos fraudulentos, ou obtidos mediante força bruta).

Registre-se que, no momento histórico em que se escreve este trabalho, a sociedade civil brasileira encontra-se estarrecida com os fatos divulgados pela imprensa falada, escrita e televisionada, envolvendo devastadora e generalizada corrupção ativa e passiva por parte dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo (em especial os vinculados ao Partido Político dos Trabalhadores - PT), em primeiro e segundo escalão da hierarquia administrativa, fatos esses que passaram a ser objeto de apuração pelas atuais CPI dos Correios e CPI do “Mensalão”. Obviamente que o dinheiro utilizado em proveito pessoal de cada qual dessas autoridades tem origem nas negociações espúrias entre a Administração Direta ou Empresas Públicas com empresas privadas, mediante simuladas Concorrências Públicas para prestação de serviços ou de compra e venda de bens, em jogo de “cartas marcadas” e com preços superfaturados. Se a proibição de prova *ilícita* fosse absoluta, nada disso teria sido denunciado, nem seria objeto de apuração, por consequência. E a corrupção desses envolvidos (e do sistema), certamente, continuaria silenciosa e progressiva.

No universo do direito/dever de informar da Imprensa, ao receber notícia que sabe ser de origem *ilícita* ou, ao menos, duvidosa (nos limites acima apontados para sua obtenção: ausência de contrafação e/ou de violência), cabe-lhe, antes de sua divulgação, avaliar a veracidade do fato com elevada dose de prudência. Primeiro que, se não houver interesse *público*, não deverá publicá-la. Se o interesse público for manifesto e se a prova (de origem *ilícita*) tiver a aparência consistente de *veracidade*, deverá ouvir, a respeito, os envolvidos. Se dessa conferência resultar convicção de que os fatos não são verdadeiros, ao menos pela forma denunciada, não deverá publicá-los. No caso de silêncio ou de explicações não satisfatórias por parte dos envolvidos, cumpra-lhe o dever institucional de publicar os fatos com precisão e limitados ao interesse *público*. Por óbvio, repita-se, fatos circunscritos ao âmbito da privacidade individual ou familiar não se inserem na órbita do *interesse coletivo* e, por isso, eventual divulgação (pela ausência de qualidade de Imprensa) não pode derivar de prova de origem *ilícita*.

Evidentemente que, no plano processual e em nosso modesto modo de ver (e em se tratando de *interesse coletivo*), a prova obtida, inicialmente, por meio *ilícito*, se não confirmada em juízo por outros subsídios, sob o crivo do contraditório, não poderá sustentar condenação civil e, muito menos, penal, contra os denunciados. E nas ações contra a Imprensa, caberá a esta fazer prova da *exceptio veritatis*, ou da ausência de culpa (e *sem* identificar a *fonte* da notícia divulgada), sob pena de ser condenada.

Colhe-se, por adequada ao tema, a candente lição do DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, no artigo intitulado “*A questão da liberdade da imprensa de veicular matéria jornalística obtida de forma ilícita*”, publicado no Boletim Informativo nº 07, da COAD, de 20-02-2005, p. 115:

“... A Constituição Federal não admite restrições à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, “sob qualquer forma”, garante o artigo 220. Não se interpreta a legalidade de uma publicação do jornal ou de um programa de televisão com o rigor científico de um processo judicial, porque, no processo, decide-se com primazia, o valor da pessoa humana diante de uma pretensão social [crime que penaliza a liberdade] ou de conflitos privados [civil]. No direito da comunicação, no entanto, não se coloca o direito do indivíduo em confronto com uma figura ou entidade personificada, mas, sim, como sujeito de massa homogênea destinatária da notícia que se quer publicar. A mesma solidariedade que assegura harmonia grupal e alguns privilégios, exige, como moeda de troca, cumprimento de deveres, sendo que todos aqueles que se aventuram ao exercício de funções administrativas estão obrigados a prestar contas sociais, principalmente quando a imprensa, como porta-voz da população, o exigir. O valor ético do jornalista não é igual ao do Juiz; o profissional da mídia valoriza o interesse público sem preocupação com o direito individual e, normalmente, atua certo de que a figura pública não possui reserva fora de seu lar; quem não suporta o calor não deve entrar na cozinha, é um dos lemas que se observa quando se está diante de um furo jornalístico. A proibição da divulgação depõe contra a política afirmativa da liberdade de imprensa. Inadmissível que, a pretexto de salvaguardar “honra” de agente público flagrado recebendo propina, se proíba o jornal ou a TV de publicar o fato para que o povo tome conhecimento e julgue, com seus critérios enigmáticos (emprego o “enigmático” para explicar a memória curta do eleitorado, que, por vezes, não se peja de reeleger políticos cassados ou envolvidos em denúncias de improbidade), a falcatrua denunciada. O senhor absoluto da conveniência de se dar publicidade a certa matéria será sempre do conselho editorial da empresa da área de comunicação, ao qual compete valorar a verossimilhança da denúncia antes de lançá-la ao ar”.

Nessa mesma linha de pensamento, cumpre transcrever a lição do Magistrado Fluminense GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, extraída do livro “*Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*”, Edição Renovar, RJ, p. 179, citada no artigo acima mencionado:

“A utilização da lógica processual da vedação da prova ilícita no processo, bem como da teoria dos frutos da árvore proibida, não podem ser transpostos para a lógica da informação, que tem objetivos pressupostos e funções constitucionais bem distintas. O Estado, por regra, não pode se utilizar de prova ilícita na prestação jurisdicional, mas a sociedade, que não impõe sanção formal de direitos, precisa conhecer os fatos de interesse público para poder portar-se, situar-se no contexto de uma organização plural e democrática que lhe exige opções políticas”.



Conforme precedentes colacionados no HC nº 80.949-9-RJ, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 30/10/2001, RIJ nº 180, III, p. 1001, o STF vem adotando o princípio doutrinário denominado “*frutos da árvore venenosa*”, em virtude do qual a prova, se originalmente ilícita, de nada serve porque *contamina* todas as demais provas derivadas. Ao nosso modesto modo de ver, a *busca da verdade* para definição da matéria de *fundo* (constatação de prevaricação, de abuso, de crime, e do interesse público lesado) não pode se subordinar à *forma*, de maneira absoluta, quando o agir desse modo resultar em acobertamento de ilícito mais grave, socialmente. A gravidade do fato lesivo (de nítido interesse *público*) há de se sobrepor ao princípio da proibição de utilização de prova obtida por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF/88), relativizando-o e abrindo espaço ao princípio da *proporcionalidade processual*<sup>33</sup>, desde que ausente a contrafação ou violência à pessoa e que, no curso da instrução sob o crivo do contraditório, outros elementos se somem em prol da constatação indubitosa da veracidade do fato sob exame.

Por fim, como regra geral, cabe à Imprensa, quando notificada (judicial ou extrajudicialmente e independentemente de a notícia ser de origem lícita ou ilícita), o dever de registrar a irresignação dos envolvidos e abrir-lhes espaço jornalístico para a defesa, equivalente à publicidade da acusação (arts. 29-31 da Lei 5.250/67). Mas em nenhum caso lhe é lícito indicar a fonte, diante do sigilo a que está obrigada a observar. Mesmo em juízo, na situação de ré, não pode a Imprensa quebrar o sigilo (art. 7º da Lei 5.250/67). Cabe-lhe, contudo, produzir tantas provas quantas necessárias para a demonstração da *exceptio veritatis*. Se não conseguir fazer essa prova em juízo, de forma convincente, arcará com as consequências civil e criminal – cumprido o devido processo legal.

O fato de a Imprensa publicar ou divulgar as explicações do acusado ou, voluntariamente, reconhecer o erro e retificar a notícia não a isenta da responsabilidade pelo abuso cometido anteriormente (arts. 1º e 12, da Lei 5.250/67). Tais procedimentos, contudo, serão levados em conta tanto pelo juiz cível, para o arbitramento do *quantum* da indenização, como pelo juiz criminal, para a fixação da pena (art. 69).

## 10. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

No tocante à *culpa*, o sistema permanece tal como concebido em 1967, coerente com a estrutura do CC/1916, e, hoje, plenamente harmônico com o vigente CC/2002, pelas regras gerais dos arts. 186 e 187. Trata-se de responsabilidade *subjetiva*, assim expressa nos art. 1º e 49 da Lei de Imprensa<sup>34</sup>. A verificação da culpa – sentido *lato* – é imprescindível para sustentar condenação. E o juiz, ao aferir a prova, tanto em sede *penal* como na *civil* (não obstante o art. 69 referir-se apenas à “norma *penal*”), há de levar em conta as “*circunstâncias especiais*” que caracterizam os imprescindíveis meios de comunicação de massa, a envolver

33 - LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, na erudita descrição da *Teoria da Proporcionalidade* (itens 3.2; 3.2.1, p. 55), em prol da relativização do princípio Constitucional da proibição da prova *ilícita*, aremata: “...Em vários princípios que informam o direito processual é possível identificar manifestações da proporcionalidade, sendo esta que fundamentaria, aliás, a opção pelo predomínio ora de um deles, ora de seu oposto, nos diversos procedimentos. A própria relação “direito material-direito processual” é de “meio-fim”, trazendo insita a marca da proporcionalidade: o excesso de formalismo no processo, assim, poderia inviabilizar a aplicação do direito material”. In *Provas Ilícitas*, 3ª edição Revista dos Tribunais, SP, 2003, p. 60.

34 - Ementa: “A responsabilidade civil da empresa jornalística não é de ordem objetiva, pois depende de culpa e do nexo de causalidade entre o ato e o dano que se busca recuperar; desta forma, é indevida indenização por dano moral em face da publicação, por jornal local, de carta de deputado estadual criticando os desmandos do Executivo municipal no trato com o desvio de verbas com “funcionários fantasmas”, por apenas assegurar o direito constitucional à livre manifestação do pensamento, o que, por si só, qualifica a conduta como regular”. – Ap. 032.224-4/6 – T.JSP, 3ª Câ. Dir. Privado, j. 28.04.1998, Rel. Dês. ÊNIO SANTARELLI ZULLIANI – RT 756/211.

o *sigilo* da fonte (art. 7º da Lei da Imprensa), a possibilidade ou o regular exercício do *direito de resposta* (arts. 29-31), a peculiaridade da imprensa como *instituição* social a preservar, a intangibilidade da *liberdade* de manifestação do pensamento e de *divulgação* de notícias (art. 5º, IV, e art. 220, da CF/88). Ao cabo do exame dessas circunstâncias, se restar comprovado, indubitavelmente, o dolo ou a culpa (*stricto sensu*), impõe-se a condenação. Evidentemente que, no exame desse conjunto de circunstâncias, em caso de *dolo*, a indenização há de ser mais rigorosa, assim como suavizada em caso de culpa *leve*. De qualquer modo, em sede de dano *moral*, como já dito, o *arbitramento* judicial não pode converter-se em meio de enriquecimento da vítima, nem em valor aviltado, transformando a indenização, pelo ângulo da compensação e da punição, em “faz-de-conta”. Em cada caso fático, o justo *equilíbrio* há de ser a nota sonante, via prudente arbítrio judicante.

## 11. JURISPRUDÊNCIA

Além dos precedentes jurisprudenciais já mencionados nos textos e em notas de rodapé destas anotações, ainda colhem-se subsídios, no todo ou em parte, dos julgados mais recentes sobre o tema *responsabilidade civil na imprensa*, publicados nos repertórios: RT 759/182; RT 802/196; RT 803/197; RT 814/321; RT 815/207; RT 820/172; RT 823/330; RT 825/305; RT 832/219; RT 832/533.

## 12. CONCLUSÃO:

1 – É dever primário da Imprensa verificar a exatidão da notícia, antes de sua divulgação, sob pena de *negligência* no exercício do direito. Como regra, a fonte há de ser *lícita*. Como exceção, poderá divulgar notícia de origem *ilícita*, desde que verossímil o fato e, concomitantemente, envolva nítido *interesse público* e, ainda, que a “prova” não seja resultado de contrafação, nem obtida mediante violência.

2 – Sem embargo da garantia constitucional da livre manifestação de pensamento e de informação de notícia (art. 5º, IV, e art. 220, da CF/88), os meios de comunicação respondem, *civil e criminalmente*, pelos *ilícitos* que venham a cometer, de qualquer natureza, mediante apuração da *culpa* – responsabilidade *subjéctiva*.

3 – Nos ilícitos *civís*, continua sendo possível separar ação indenizatória por dano *moral*, de ação indenizatória por dano *materiál*. O valor do dano moral será *arbitrado* pelo juiz, e o valor do dano materiál será *apurado* no processo.

4 – Para o arbitramento do dano *moral*, aplica-se o princípio da *proporcionalidade adequada*, tal como previsto no art. 53, mas sem os limites do *tarifamento* estabelecidos nos arts. 51, e sem cogitação da *decadência* trimensal estabelecida no art. 56, todos da Lei de Imprensa. O valor arbitrado não pode gerar a quebra do ofensor, não pode converter-se em enriquecimento da vítima, nem ser aviltado, em autêntico “faz-de-conta”.

5 – A vítima do ilícito civil, de natureza *moral*, pode *optar* pelo procedimento *especial*, previsto no art. 57 da Lei de Imprensa, desde que tenha prova pré-constituída convincente, ou pelo rito *ordinário*, se necessária a produção de provas, na forma do art. 282, do CPC. O pedido indenizatório de natureza *materiál* somente pode ser aforado pelo rito *ordinário*, para que o réu possa se defender com amplitude.

6 – O prazo *prescriçional*, tanto para dano *moral* como para dano *materiál*, é de 3 anos, na forma do art. 205, § 3, inciso V, do CC/2002. Entretanto, seu conhecimento pende de

oportuna provocação processual pelo interessado.

7 – Em caso de procedência do pedido indenizatório contra ato da Imprensa, o recurso de *apelação* poderá ser exercitado *sem o depósito* do valor da condenação, com sustento no princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Entretanto, enquanto a Jurisprudência não se posicionar em definitivo, caso a parte não queira correr o risco de eventual desconhecimento de seu recurso, como cautela profissional, deverá fazer o depósito recursal em valor igual ao da condenação, se inferior ao limite maior estabelecido nos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa, ou até este, se a condenação for em valor superior.

8 – A ação *penal* corre independente da ação *civil* reparatória, mas nada impede a suspensão desta no curso daquela, em caso de imperiosa conveniência processual, para evitar decisões conflitantes.

### 13. Abstract:

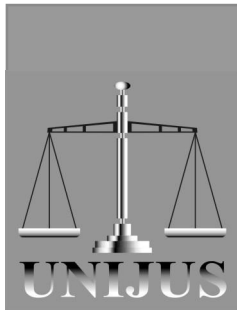
*This article intends to show the peculiarities of the Law of Press, its interpretation in the course of the time, by means of the Jurisprudence (case study), with removal of the decay and the quantification tariffed, as well as the controversy, still hanging, on the dismissal of the recursal deposit, and the excepcional use of illicit source for spreading, everything relatively to the indemnity for pure or isolated moral damage.*

**Key words:** *secrecy in the press; illicit source; moral damage; decay and lapsing.*

### 14. REFERÊNCIAS:

- AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ANTÔNIO DO CABO, Álvaro; BARBOSA, Notaroberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ARRUDA MIRANDA, Darcy. *Comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- LOPES DAVID, Fernando. *Crimes de Imprensa*. São Paulo: Iglu Editora, 2001.
- ROCHA, Eládio Torret. *Ética, Liberdade de Informação, Direito à Privacidade e Reparação Civil pelos Ilícitos de Imprensa*. Revista dos Tribunais n° 793, São Paulo, p. 77-88, 2001.
- SANTOS, Ozéias J. *Lei de Imprensa interpretada pelos Tribunais*. São Paulo: Lawbook Editora, 1999.

SERGIO RODRIGUES, Paulo. *Lei de Imprensa*. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2004.  
TEPEDINO, Gustavo; HELENA BARBOSA, Barbosa; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*, Vol. I, Rio de Janeiro: Edição Renovar, 2004.  
VALLER, Wladimir. *A Reparação do dano moral no direito brasileiro*. 2ª ed., Campinas-SP: E.V. Editora, 1994.  
VINHA, Pedro. *Responsabilidade civil pelo fato da Imprensa*. Curitiba-PR: Juruá Editora, 2001.



# RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INDÚSTRIAS FUMÍGENAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Lúcio Delfino<sup>1</sup>

## Resumo:

O presente artigo tem por objetivo demonstrar, sob uma visão focada no Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade jurídica de responsabilizar civilmente as indústrias do fumo pelos danos causados pelo consumo de seus produtos. Para tanto, parte-se de uma análise crítica de algumas posições jurisprudenciais que vêm prevalecendo no País acerca do tema.

**Palavras-chave:** Indústrias fumígenas – Consumidor – Cigarros – Tabagismo – Vícios do produto – Publicidades ilícitas.

## SUMÁRIO:

1. Intróito – 2. A licitude da atividade das indústrias do fumo como óbice à sua responsabilização civil – 3. O vício de concepção do cigarro – 4. O vício de informação, a livre adesão do consumidor ao consumo de cigarros e sua autodeterminação para se abdicar do vício – 5. O suposto conhecimento do consumidor quanto aos riscos provenientes do consumo do cigarro – 6. Conclusão – 7. Abstract – 8. Referências.

## 1. INTRÓITO

O tema “Responsabilidade civil das fabricantes de cigarros” é, ainda, novel no Direito brasileiro e, extremamente, polêmico. E a polêmica, como se sabe, nem sempre se apresenta como terreno sereno, porquanto exposto que fica ao público – sagaz por informações inovadoras e convincentes, arriscando-se, muitas vezes, a proferir dislates ou a transmitir mensagens pouco satisfatórias à inteligência do jurista.

O objetivo deste artigo é demonstrar a possibilidade jurídica de responsabilizar civilmente as indústrias de cigarros pelos danos advindos do consumo do tabaco e, com isso, quiçá, trazer alguma contribuição para o meio jurídico.

Limitar-me-ei à análise crítica de três únicas posições jurisprudenciais que vêm predominando no País a respeito da temática ora abordada – com as quais não concordo, adianto-me – para, através deste artifício, elucidar os motivos pelos quais acredito serem as indústrias do tabaco responsáveis pelos danos que seus produtos causam aos consumidores que deles fazem uso – ou a eles estão expostos.

Os pontos a serem abordados são:

a) a licitude da atividade das indústrias de fumo (produção e comercialização de produtos fumígenos) como óbice à sua responsabilização civil;

1 - Bacharel em Direito pela UNIUBE em 1997. Pós-graduado em: Direito Civil; Direito Processual Civil Direito Empresarial; Direito das Relações de Consumo. Mestre em Direito Empresarial. Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP. Professor de Direito Processual Civil na Universidade de Uberaba. Advogado.

b) a livre adesão do consumidor ao consumo de cigarros e sua autodeterminação para se abdicar do vício.

c) o suposto conhecimento do consumidor quanto aos riscos provenientes do consumo de cigarros.

## **2. A LICITUDE DA ATIVIDADE DAS INDÚSTRIAS DO FUMO COMO ÓBICE À SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL**

Passemos à análise do primeiro tema, qual seja, a licitude da atividade da indústria de fumo (produção e comercialização de produtos fumígenos) como óbice à sua responsabilização civil. Noutras palavras, e transformando a assertiva numa indagação: a legitimidade da atividade exercida pelas indústrias do tabaco realmente constitui empecilho à responsabilização civil dessas poderosas empresas?

A jurisprudência, em sua maioria, vem adotando o entendimento de que, sendo lícita a atividade das indústrias fumígenas, não há se falar em indenização, haja vista que o dano que traduz a obrigação de reparar deve originar-se de um ato ilícito.<sup>2</sup> Nesse sentido é a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (Apelação Cível nº 360.841-5), julgamento em 29 de maio de 2002. A Relatora, em seu substancial voto, decidira na ocasião que “(...) é importante ressaltar que a atividade da apelada é lícita, sendo que as restrições à publicidade dos cigarros, têm sido observadas nos termos regulamentados pelo Ministério da Saúde.” Comungando com o voto da ilustre Relatora, o Juiz revisor após seu entendimento: “(...) a responsabilidade dos fabricantes de cigarros em razão dos malefícios advindos com o consumo do produto, não pode por si só gerar a obrigação indenizatória, eis que o dano ensejador da indenização deve ter origem em um ato ilícito, o que não é o caso sub judice, visto que a atividade de fabrico de cigarros, trata-se de atividade lícita (...)”. Por fim, o Juiz Vogal, também acompanhando o voto condutor, esclareceu: “Na verdade adiro ao voto da ilustre Relatora na consideração de que entendo que empresa que tem autorização plena e que está dentro dos princípios da legalidade, sem ferir qualquer norma de ordem pública, jamais pode ser responsabilizada por supostos males que venham a causar a terceiros, principalmente quando se trata de mera indústria que depende, até mesmo, para distribuição de seu produto, de pessoas que diretamente se relacionam com os consumidores. (...) Neste caso, sendo lícita a atividade, nenhuma responsabilidade lhe causa enquanto permanecer este estado de coisas.”<sup>3</sup>

*Data maxima venia*, ousou discordar de tal posição. A aplicação do Direito, no caso aludido, bem assim em vários outros atinentes ao tema, com todo respeito aos seus prolores, foi feita mediante uma interpretação superficial, extremamente rasa. E, vale dizer, essa cognição pouco aprofundada – nascida, é bem verdade, da excelente qualidade dos trabalhos produzidos pelos procuradores que representam as indústrias do tabaco – gera, infelizmente, um verdadeiro efeito dominó nos Tribunais nacionais, porquanto esses entendimentos, agora imortalizados em sentenças ou acórdãos, servirão de paradigmas a outros casos semelhantes a serem, futuramente, julgados pelo Judiciário.

<sup>2</sup> Essa tese, sempre utilizada pelas indústrias fumígenas em suas defesas judiciais, procura, ao nosso ver, confundir atividade lícita com ato ilícito. Conforme se verá adiante, não é incomum – aliás, a situação mostra-se assaz normal no mercado de consumo – a configuração de ato ilícito no exercício de atividade lícita.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.tamg.gov.br>>. Acessado em 05/12/2003.

A meu sentir, uma análise pouco mais penetrante seria suficiente para arruinar a tese agasalhada pelo acórdão aludido. Vejamos, para ilustrar o que pretendo demonstrar, alguns exemplos:

a) Todos nós presenciamos, por intermédio da mídia, em meados de 1999, um problema envolvendo uma grande fabricante de veículos, a *General Motors*. Essa empresa comercializou veículos da marca Corsa e Tigra com imperfeições nos cintos de segurança, que foram responsáveis pela morte de, ao menos, duas pessoas.

b) Uma determinada consumidora do Estado de Minas Gerais adquiriu um botijão de gás junto à empresa Supergasbrás S/A. Ao conectá-lo em seu fogão, principiou-se dali um vazamento de gás, culminando num incêndio sem proporções em sua residência. Os danos foram diversos...

c) Numa ação possivelmente sem precedentes no Judiciário brasileiro, uma consumidora, da cidade de Lajeado-RS, recebeu indenização, por dano moral, da microempresa fabricante dos sutiãs *Intinítá*. A consumidora, após fazer ginástica numa academia, constatou que sua blusa estava manchada de sangue. Verificou, então, que seus mamilos estavam esfolados. Diante disso, procurou imediatamente atendimento médico, atestando-se que “*o sangramento nos dois mamilos foi provocado por escoriações do atrito do sutiã, durante exercício físico*”. O acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, modificando a sentença de primeiro grau, reconheceu o *defeito do produto*, condenando a empresa ao pagamento de 30 (trinta) salários mínimos, com juros retroagindo à data do fato, além de honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor da causa.

Pois bem. Ninguém poderá negar existir permissão no País para produzir e comercializar veículos. Outrossim, inexistente impedimento para produzir e comercializar botijões de gás e sutiãs. Portanto, impõe-se reconhecer que referidas atividades – produção e comercialização de veículos, botijões de gás e sutiãs – são lícitas. Então é de se perguntar: essa legalidade das atividades retromencionadas eximiria aqueles que a exercem de indenizar consumidores lesados por acidentes de consumo provenientes dos produtos explorados? A resposta, obviamente, é negativa.

Ora, em sendo assim, a análise não haverá de ser feita, em casos tais, pelo exame da licitude ou ilicitude da atividade. A questão não é esta.<sup>4</sup>

O que importa, na verdade, é examinar as particularidades do produto colocado no mercado – análise essa que deverá ser efetivada tanto no plano interno como no externo.<sup>5</sup>

4 Daí porque pouco importar a licitude da atividade de cultivo, industrialização e comercialização de fumo na imputação da responsabilidade civil às indústrias do tabaco nos casos atinentes a problemática objeto de exame. Sendo possível responsabilizar-se uma montadora de veículos por danos advindos de um defeito de peça constante de um automóvel por ela comercializado, ou, ainda, condenar uma fornecedora de alimentos por danos sofridos em decorrência do consumo de maionese deteriorada por ela fornecida, da mesma forma apresenta-se legítimo responsabilizar as empresas de fumo pelos danos acarretados pelo consumo de produtos fumígenos viciados; basta, para isso, a constatação de uma imperfeição no produto. *A ilicitude, portanto, reside na imperfeição do produto e não na atividade necessária à sua produção e comercialização.*

5 Conforme leciona Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, os “danos causados ao consumidor não decorrem apenas de defeitos em si do produto ou serviço, visto que, muitas vezes, estes não apresentam, materialmente, qualquer falha. A defeituosidade situa-se num plano externo em relação ao produto ou serviço, resultando de informações deficientes sobre sua correta utilização ou da falta de advertência sobre os riscos por eles ensejados. Apresenta-se como uma modalidade especial do defeito de projeto. O defeito formal ou de informação caracteriza-se exatamente pela falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou do serviço, bem como sobre os riscos por ele ensejados. A compreensão do defeito de informação exige que se observe a importância conferida ao dever de informação no direito privado moderno, bem como a sua repercussão concreta sobre a responsabilidade do fornecedor.” (VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo : Saraiva, 2002. p.139).

Percebam: no primeiro exemplo, a obrigatoriedade de indenizar surge da deficiência existente nos cintos de segurança dos veículos produzidos. Já na segunda passagem, um vício<sup>6</sup> de fabricação – leia-se defeito – no botijão de gás foi o responsável pelo incêndio ocorrido. Na derradeira menção, uma incorreção num sutia originou os danos no corpo da citada consumidora. As atividades são todas lícitas; já as imperfeições existentes nos produtos não o são. Como se pode notar, isto está evidenciado na própria Seção II do Código de Defesa do Consumidor, intitulada de “Da Responsabilidade pelo fato do produto (...)”. “Fato do produto” denota acidentes ocorridos com produtos, enfatiza o elemento material causador da responsabilidade. A presença do elemento ilicitude está subentendida na própria imperfeição do produto, isto é, na idéia de defeito.

Aliada a esta corrente, a precisa lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, jurista e Desembargador do TJRS, recentemente publicada pela editora Saraiva, intitulada “Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor”. Preleciona ele que na hipótese específica da *“responsabilidade por acidentes de consumo, a ilicitude da atividade do fornecedor está contida no conceito de defeito do produto ou do serviço, uma vez que a prioridade é a reparação do prejuízo sofrido pelo consumidor.”*<sup>7</sup>

À vista disso, o artigo 8º da Lei 8.078/90 prevê, expressamente: *“Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores (...)”*. Na mesma trilha sinalizam os artigos 12, 14, 18, 19 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, ao evidenciar a antijuridicidade dos vícios e defeitos. Assim, a Lei *consumerista* criou para o fornecedor um dever de segurança, obrigação esta de não lançar, no mercado, produto inseguro. Se o lançar e sobrevier o acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa.<sup>8</sup>

Pensar de outra forma seria quase dizer que o consumidor nunca seria indenizado por produtos defeituosos – desprezando-se, assim, à máxima constitucional da defesa do consumidor –, haja vista que as atividades exercidas pelos fornecedores no mercado de

---

6 Tecnicamente a palavra *vício* significa, no dizer sempre expressivo do professor Rizzatto Nunes, imperfeição de qualidade ou quantidade que tome o produto ou serviço impróprio ou inadequado ao consumo a que se destinam e também lhe diminuam o valor. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. Direito Material. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 157). Trata-se de característica ilícita pertinente ao próprio produto ou serviço. Utilizar-se-á a expressão “vício” neste trabalho como sinônimo de imperfeição capaz, inclusive, de atingir a própria segurança do consumidor, originando-se os chamados defeitos. O defeito, como se sabe, é sempre originado de um vício; contudo traz consigo uma bagagem extra, já que acarreta danos à incolumidade física e/ou psíquica do consumidor. Destarte, o defeito corresponde à idéia de resultado ou consequência, sempre proveniente de um vício. Equivale à idéia de acidente de consumo; ocorre sempre que o consumidor for lesado em sua incolumidade física, psíquica e/ou, conforme o caso, patrimonial (defeito = vício + danos). Conclui-se, pois, estar embuído no conceito de defeito o vínculo de causa e efeito entre um vício e eventuais danos. O fornecedor interessado em se ver livre da responsabilidade de indenizar deverá demonstrar a inexistência de um vício, ou ainda, se comprovada a sua existência, estará incumbido de provar que os danos não foram provenientes de tais vícios, porquanto, nesse caso, o defeito não restaria configurado. Estar-se-ia apenas diante de um vício de qualidade que tomou o produto impróprio ou inadequado ao consumo (artigo 18 da Lei 8.078/90), não havendo, diante disso, o que se falar em acidente de consumo.

7 VIEIRA SANSEVERINO, *Ob.cit.* p. 148. O mesmo jurista, complementando seu raciocínio, ressalta: *“No defeito, não se discute o elemento subjetivo da conduta do fornecedor. Basta a ocorrência objetiva de defeito no produto ou no serviço para o surgimento da obrigação de indenizar. É suficiente que o produto apresente uma falha que lhe retire a segurança legitimamente esperada para que seja considerado defeituoso, não se exigindo qualquer participação ou colaboração subjetiva do fornecedor ou seus prepostos na sua ocorrência.”* E arremata: *“Ainda que não tenha havido uma conduta negligente de parte do fornecedor ou dos seus prepostos, constatado o defeito do produto ou do serviço, aquele será responsabilizado pelo danos sofridos pelo consumidor.”* (*Ibid.*, p. 148).

8 Como se sabe, a regra, em termos de responsabilidade civil, no Código de Defesa do Consumidor, é a da responsabilidade pelo risco do negócio. Consoante leciona Agustín Vignú Perea, *“la razón subyacente radica en que quien introduce un producto en el mercado, beneficiándose del mismo, tiene que responder de las consecuencias derivadas de tal situación.”* (PEREA, Agustín Vignú. *La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco*. Granada : Editorial Comares, S.L., 2001. p. 218).



consumo são lícitas, muitas delas, inclusive, regulamentadas e, até mesmo, inspecionadas por órgãos governamentais.

Com o cigarro a situação é exatamente esta. Difícil negar que a atividade exercida pelas indústrias fumígenas seja lícita<sup>9</sup> – a própria Constituição Federal, num dispositivo inusitado, refere-se à publicidade do tabaco.<sup>10</sup> Entretanto, advogo a tese de que o cigarro apresenta-se como um produto imperfeito, sob o ponto de vista jurídico, ou seja, contém vícios, mais especificamente, os chamados vícios de concepção e de informação.

Logo, sendo o produto imperfeito, poderá gerar acidentes de consumo – caracterizando-se, então, os intitulados defeitos – e, conseqüentemente, acarretar danos, de toda espécie, àqueles que dele fazem uso. É neste ponto que se apresenta a fundamentação da responsabilidade civil das indústrias fumígenas. O artigo 12 da Lei *consumerista* prevê, expressamente, que o “fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” No que se refere ao artigo 12, percebe-se, com certa facilidade, que o Código de Defesa do Consumidor *não motiva a responsabilidade civil fundada no risco da atividade na própria atividade do fornecedor*. O fato gerador de sua responsabilidade é o acidente de consumo, ou melhor, está naquele acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, causador de dano material ou moral ao consumidor, decorrente de uma imperfeição do produto.

9 Mostra-se questionável, sob uma análise constitucional, a afirmação de que a atividade exercida pelas indústrias do tabaco seja lícita. Se usarmos como parâmetro aqueles Direitos constitucionais mais caros ao cidadão, como, por exemplo, o da dignidade e da vida, certamente, e ao menos em tese, a licitude da atividade dos fornecedores de tabaco, mesmo que regulamentadas, cairia por terra. Não obstante isso, os homens vivem numa realidade muitas vezes alheia às belas teorias ou bem intencionadas legislações – situação lamentável, diga-se –; essa realidade, não raro, sinaliza-se em prol de interesses outros – os de ordem econômica, por exemplo –, de importância diametralmente inferior quando comparados àqueles outros, agora a pouco citados. Explicações, diversas e fecundas, acabam por surgir em favor dessa realidade distorcida e evidentemente prejudicial ao próprio homem que nela se insere. Nessa vereda, e partindo-se da premissa de que a atividade de se produzir e comercializar produtos fumígenos seja realmente legítima, deve-se atentar para as características, intrínsecas e extrínsecas, de tais produtos. Não é porque uma atividade empresarial ou comercial mostra-se lícita que o fornecedor pode violar deveres seus, juridicamente preexistentes. Mesmo antes da publicação do Código de Defesa do Consumidor, era possível vislumbrar princípios que deveriam – e ainda hoje devem – ser respeitados pelos contratantes numa relação de consumo, ou em outra relação qualquer, a exemplo do presentemente difundido princípio da boa-fé objetiva. O ato ilícito, então, pode surgir não da atividade exercida, em si mesma, mas, sim, em face da violação de uma norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente. Daí a importância em analisar, outrossim, as particularidades dos produtos (ou serviços) colocados no mercado de consumo, tanto pelo plano externo como interno, para se buscar o ato ilícito. No caso específico do cigarro, ver-se-á adiante a configuração de verdadeira omissão culposa – quiçá dolosa – por parte de suas fornecedoras, uma vez que, mesmo detendo conhecimentos lúcidos a respeito dos males que os componentes do produto maléfico acarretam àqueles que a ele se expõem, valeram-se de uma política voltada ao econômico apenas, negligenciando ao consumidor informes essenciais à sua escolha consciente sobre fumar ou não fumar (vício de informação). Não bastasse a omissão voluntária de informações, as fornecedoras de tabaco lançaram mão de publicidades abusivas e enganosas, hoje criminosas, para incitar o vício e seduzir a sociedade ao consumo de seus produtos, distorcendo publicamente os verdadeiros efeitos causados pelo uso do cigarro, para vinculá-lo ao prazer, bem estar, sucesso, beleza, requinte e, até mesmo, à saúde.

10 Trata-se do art. 220, §4º, da Constituição Federal. Esse o seu teor: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior; e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.” Da leitura desse dispositivo, uma ilação surge: se a publicidade do tabaco pode sofrer restrições – e, hoje, efetivamente isso ocorre –, ela não se mostra ilícita – desde que respeite, obviamente, os limites estabelecidos pela lei competente. Então, se a publicidade de tabaco é permitida, por consequência, a venda dos produtos fumígenos também o é. Pensamos, diante de tal consideração, que não é sob o fundamento de que o cigarro, após a publicação da Lei 8.078/90, perdeu seu campo de comercialização no País, que se poderão pleitear indenizações contra as indústrias fumígenas em face dos danos que o cigarro vem causando aos consumidores.

### 3. O VÍCIO DE CONCEPÇÃO DO CIGARRO

Os vícios de criação ou concepção resultam de erro no projeto do produto, como também da escolha de material inadequado ou componente orgânico ou inorgânico nocivo à saúde, não suficientemente testado. Essa tipologia ocorre na fase da execução do projeto ou da fórmula, comprometendo a integralidade da produção ou, ao menos, todos os produtos da mesma série. Mesmo as mais modernas técnicas de controle da qualidade dos produtos não evitam sua ocorrência e, por isso, essa modalidade de imperfeição costuma ser a mais temida pelos fabricantes que, de certo modo, aceitam o risco criado.<sup>11</sup>

É visível – embora estranho e questionável como dito ha pouco – que a produção e comercialização de cigarros, no País, correspondem a condutas lícitas. Decerto, não é, tão-só, porque o produto causa lesões, enfermidades de toda sorte e, até mesmo, a morte de seus consumidores (ativos e passivos),<sup>12</sup> que se poderia tachá-lo de imperfeito.<sup>13</sup> Com efeito, e não negligenciando outras possíveis tipificações, o vício de concepção do cigarro ressalta-se pela presença de uma substância em sua composição: a nicotina.

Embora não exista no País nenhuma prova técnica de que ela provoca a dependência,

---

11 DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 160.

12 Não só apenas os fumantes são protegidos pela Lei nº 8.078/90. Os fumantes passivos, igualmente, podem se valer de tal legislação objetivando ressarcimento civil, uma vez que são considerados consumidores por equiparação legal. Os fumantes passivos são aqueles que, embora não possuam o vício de fumar, convivem diretamente com fumantes, inalando, dia-a-dia, a fumaça tóxica do cigarro. É certo que tais pessoas não se encaixam no conceito de consumidor padrão (art. 2º da Lei nº 8.078/90). Não adquirem ou usam (por vontade própria) o cigarro como destinatário final. No entanto, muitas vezes, acabam por se tornar vítimas de uma relação de consumo da qual não tiveram participação. Embora nunca tenham comprado um cigarro na vida, foram vítimas do produto mortal, por inalarem sua fumaça tóxica, fato que, em conformidade com o art. 17 do Código *consumerista*, equiparam-nas aos consumidores. (DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002. p. 74-75).

13 É de se questionar se o cigarro não seria imperfeito também pelo fato de ser capaz de acarretar enfermidades, de toda sorte, àqueles que dele se utilizam ou a ele estão expostos. Bastaria, admitindo-se correta essa premissa, a prova, em ações judiciais, de que o cigarro foi o responsável por determinado dano à saúde de um fumante para, então, responsabilizar-se a fornecedora do produto, já que, diante de tal demonstração, estar-se-iam evidenciados o ilícito, o dano e nexo de causalidade entre os dois primeiros? Partindo-se do pressuposto do dever de segurança inerente a todos os fornecedores que abastecem o mercado de consumo, tal indagação se mostra importante e digna de análise. Em primeiro lugar, mister esclarecer que os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º da Lei nº 8.078/90). Isto porque ninguém fuma para desfrutar, no futuro, de um câncer no pulmão ou uma diminuição do desejo sexual. Demais, a própria natureza do produto, vista como conjunto de substâncias que o compõe e os danos que ele poderá causar à saúde dos que dele fazem uso, é desconhecida pelo consumidor médio. Basta, para assim concluir, lembrar que a maior parcela de tabagistas do País iniciou-se no vício na adolescência, ou, ainda, que o maior consumo de cigarros ocorre, segundo dados estatísticos, nas classes de nível cultural menos elevado. O cigarro não deve ser considerado, pois, como um produto que detém a denominada periculosidade inerente; embora a maior característica do cigarro seja a de matar ou debilitar seus consumidores, essa não é a expectativa de quem o está adquirindo ou consumindo. De outra parte, e por mais estranho que possa parecer, a ilicitude do produto parece não estar na potencialidade que o cigarro detém de causar doenças diversas nas pessoas, ou, até mesmo, matá-las. Os atos ilícitos, no nosso modesto entender e sem a intenção de esgotá-los, configuram-se: a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição, qualidade e riscos que o cigarro poderá gerar aos seus consumidores (vício de informação); b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempos pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte, etc.; e c.) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais-e-mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química. Por tais razões, no País, segundo pensamos, podem-se produzir e comercializar produtos maléficis – desde que legalizados, a exemplo do que ocorre com os cigarros. Frise-se, entretanto, a necessidade de cumprir os deveres de informação, transparência e boa-fé por parte dos fornecedores do produto, instruindo à sociedade, de forma adequada e clara, sobre a composição, natureza e riscos do consumo do produto. No que diz respeito ao cigarro, sua comercialização é, pois, permitida; os deveres citados alhures devem ser, porém, respeitados e cumpridos por seus fornecedores. Não há problema em consumir cigarros; contudo, tal postura deve ser adotada conscientemente. Trata-se de vertente do exercício da liberdade, mas não uma “liberdade” deliberada, provocada, e sim a liberdade consciente, real, sem engodos ou ficção.

os pareceres, relatórios e estudos são unânimes em caracterizá-la como um psicotrópico.<sup>14</sup>

Para se ter uma idéia, as indústrias do tabaco chegaram a afirmar que a nicotina teria função preponderantemente vinculada ao sabor do cigarro; sempre procuraram negar a relação da substância com o vício.<sup>15</sup> E não poderia ser diferente. Digo isso porque importar, exportar, preparar, produzir e fabricar no Brasil substância entorpecente ou qualquer outra que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, é crime, conforme prevê a Lei 6.368/76 – Lei de Tóxicos.<sup>16</sup>

Portanto, comprovando-se que a nicotina é uma substância psicotrópica, estar-se-á diante de conduta que beira o crime, bem como de um verdadeiro vício de concepção do cigarro, em consonância com o disposto no Código de Defesa do Consumidor.<sup>17</sup> Como evidentemente se nota, a prova de que essa substância motiva a dependência demonstrará

14 Ao que tudo indica, não tardará para que esta prova seja realizada em um processo brasileiro. No julgamento do Recurso Especial nº 140.097, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça houve por bem não conhecer do recurso promovido pela Philip Morris Marketing S/A, em desfavor da Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF –, no qual aquela empresa pugnou, entre outras questões, pelo descabimento da inversão do ônus da prova para demonstrar que a nicotina não causa dependência aos fumantes. O ministro César Asfor Rocha, relator do processo, esclareceu: “*Ora, é evidente que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. Uma empresa de tamanho porte, com atuação em quase todos os quadrantes do mundo, certamente não iria propositalmente fabricar produtos com a convicção de que nele haveria um componente a causar dependência maléfica à saúde. E se pelo estágio atual da ciência, a questão da nocividade constitui, ao menos, ponto aberto ao debate, que ela faça essa prova de modo irretorquível, pois mais do que qualquer consumidor ou entidade poderá a ré/recorrente evidenciar essa assertiva, que a recorrente tem como verdadeira.*” O Ministro Rui Rosado de Aguiar, ao proferir seu voto, seguindo o entendimento do Relator, acrescentou: “*No que diz com a inversão do ônus da prova, realmente a questão da dependência é um fato que pode ser provado. Não é, penso eu, um fato moral ou filosófico, como foi afirmado da tribuna, que excluiria a possibilidade de demonstração científica. É um fato acessível à ciência, é um fato biológico. A prova pode ser feita. Processando-se o pedido, a empresa recorrente terá a excelente oportunidade de demonstrar que o produto que vende não é nocivo à saúde. Observo que essa inversão do ônus da prova, consagrada no Código de Defesa do Consumidor, é uma das hipóteses em que se transfere a carga do ônus probatório de uma parte para a outra, quando a outra, no caso a ré, é quem dispõe de elementos, das informações e das condições para conhecer o fato e demonstrar a sua existência e as suas características.*” (Disponível em: <http://www.stj.gov.br>). Acessado em 05/12/2003.

15 Em processo julgado no Rio Grande do Sul, donde proveio decisão unânime, da lavra do Tribunal de Justiça daquele Estado, reformando sentença de primeiro grau para condenar a Souza Cruz S.A. a indenizar determinada família de fumante falecido, podendo colher depoimentos de testemunhas arroladas pela Ré Apelada que sinalizam a linha de defesa da qual se valem as indústrias fumígenas. Nessa trilha, ao ser indagado se a nicotina possuiria grande potencial viciante, Ismar Volpon Filho, engenheiro de materiais e empregado da aludida empresa, respondeu: “*Não, eu tenho conhecimento que a nicotina tem o papel farmacológico, mas como eu já disse anteriormente, de acordo com a definição técnica, científica de vício, nós não consideramos que a nicotina é viciante.*” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70007090798, Relator Desembargador Augusto Coelho Braga, julgado em: 19 de novembro de 2003. O citado depoimento foi descrito na página 10 deste acórdão. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>). Acessado em 05/12/2003.

16 É estranho imaginar que a nicotina não é caracterizada como uma droga no País. Mas é essa a mais cristalina realidade. Tanto isso é real que num processo brasileiro, promovido pela ADESF (Associação de Defesa da Saúde do Fumante) contra a Philip Morris Marketing S/A., a fornecedora de tabaco deverá demonstrar, após decisão deferindo o pedido de inversão do ônus da prova – confirmada, inclusive, pelo STJ –, que a nicotina não é capaz de causar dependência (REsp. nº 140.097, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por relator o Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.stj.com.br>>). Acessado em 05/12/2003.

A ADESF, fundada no ano de 1995, representa a mais importante associação de defesa do fumante existente no País. Informações sobre o trabalho dessa importante entidade, bem assim a respeito de dados interessantes sobre o fumo poderão ser encontradas em seu site: <<http://www.adesf.com.br>>. Acessado em 05/12/2003.

17 Desse quadro percebe-se que se produz e comercializa substância psicotrópica – a nicotina – como se psicotrópica não fosse. O poderio das indústrias fumígenas é tamanho – e a própria realidade impele a essa ilação – que o engodo à sociedade é mascarado pelo próprio Estado – detentor do dever de promover a proteção da saúde e dignidade da população –, que, mesmo diante das mais claras evidências a respeito do potencial viciante da nicotina, adota uma postura cômoda sobre o assunto, quedando-se silente. O Estado, atualmente, obriga as indústrias do tabaco a inserir, nos maços de cigarros por elas comercializados, advertências acerca dos malefícios do produto danoso. Dentre essas advertências, consta uma particularmente interessante, informando o consumidor de que a nicotina é uma droga e causa dependência. O Estado, portanto, reconhece ser a nicotina um psicotrópico, contudo, abstém-se de regulamentar a produção e comercialização da substância. Admite seu potencial viciante, porém, permite a circulação da nicotina no país sem autorização para tanto. Em outras palavras, o Estado mostra-se conecedor da prática de conduta que se aproxima de um crime (produção e comercialização de psicotrópico sem autorização legal ou regulamentar), entretanto a tolera passivamente. Certamente poderia ele – e deveria – estar incluído no pólo passivo das demandas em que se buscam indenizações por danos advindos do tabagismo; sua pusilânime omissão seria motivação suficiente para tanto.

que o consumo do cigarro é, na verdade, um comportamento involuntário, pelo menos na grande maioria das vezes.<sup>18</sup>

Esse raciocínio pode parecer, à primeira vista, estranho e equivocado. Afinal, se o cigarro é um produto lícito, ilação lógica seria a de que a nicotina também o é. Ocorre que o Estado não a reconhece como sendo um psicotrópico, ou seja, aquela substância capaz de provocar dependência física ou psíquica em seus usuários. Pela análise da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, RDC nº 22, de 15 de fevereiro de 2001 (atualizada pela RDC nº 228, de 11/12/2001), que atualizou a lista das substâncias sujeitas a controle especial, percebe-se que a nicotina nunca esteve inserida no rol de substâncias psicotrópicas.<sup>19</sup> Ora, se não existe controle governamental pela Agência de Vigilância Sanitária<sup>20</sup> sobre determinada substância, conclui-se que ela, pelo menos aos olhos cômodos do Estado,<sup>21</sup> é incapaz de acarretar danos substanciais à comunidade. Cai a lanço notar que a nicotina é hoje uma substância lícita, comercializada por meio dos produtos fumígenos. No entanto, provando-se tratar ela de um psicotrópico, sua licitude estará prejudicada – e o vício de concepção estará evidenciado – em razão da impossibilidade legal de produzir e comercializar no País substância que acarrete dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Atentem-se – e isso é importante – que, se demonstrado ser a nicotina uma droga, evidenciar-se-á, outrossim, que o prazer gerado pelo cigarro, longe de ser natural, é claramente artificial. Embora a sensação de prazer seja verdadeira, a impressão de que o cigarro acalma, relaxa e funciona como estabilizador do humor é tão falsa como uma nota de R\$ 3,00, como

---

18 Algumas afirmações contidas em decisões judiciais no sentido de que “o cigarro estaria mais vinculado a um hábito do que a um vício”, ou de que “o ato de fumar e o de parar de fumar dependem exclusivamente da vontade do fumante”, *data venia*, representam meras conjecturas. E a comprovação da fragilidade de tais afirmações é fornecida pela própria ciência. Veja-se, a esse respeito, trecho do parecer solicitado pela Associação Cearense de Defesa da Saúde do Fumante e Ex-Fumante ao Prof. José Rosemberg, titular da Cadeira de Tuberculose e Pneumologia da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba da Pontifícia Universidade Católica e Presidente do Comitê Coordenador do Controle do Tabagismo no Brasil, considerado um dos maiores especialistas e estudiosos dos malefícios causados pelo tabagismo na atualidade: Nos cigarros, os efeitos da nicotina são mais rápidos e devastadores. Após uma tragada, ela chega ao cérebro em nove segundos, valendo dizer que, em média, traga-se dez vezes cada cigarro. Quem fuma um maço de cigarros por dia, sofre, portanto, duzentos impactos cerebrais de nicotina, totalizando setenta e três mil impactos por ano. Nenhuma outra droga age com esse volume e intensidade, provocando malefícios e lesando praticamente todos os órgãos. Seu mecanismo farmacológico é semelhante ao da cocaína e heroína, e a dependência que provoca costuma ser mais intensa que a destas últimas. (DELFINO. *Ob.cit.* p. 10).

19 É um contra-senso o fato de que, por um lado, a nicotina não esteja inserida no rol de substâncias psicotrópicas sujeitas a controle especial, e, por outro, o Estado, por meio do Ministério da Saúde, obrigue as indústrias do tabaco a inserirem nos maços de cigarros algumas advertências sobre os malefícios do fumo, dentre elas, a de que a nicotina é uma droga e, portanto, causa dependência.

20 A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei n. 9.782, de 26 de jan. de 1999, é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. Sua finalidade institucional é promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Além disso, a Agência exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras e a interlocução no Ministério das Relações Exteriores e instituições estrangeiras para tratar de assuntos internacionais na área de vigilância sanitária. (Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/inst/apresentacao.htm>>). Acessado em 05/12/2003.

É inegável incumbir à Agência Nacional de Vigilância Sanitária regulamentar, controlar e fiscalizar os cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, conforme prescreve o inciso X do art. 8º da Lei n. 6.368, de 21 de out. de 1976. Tal fato se justifica porque os produtos fumígenos são potencialmente nocivos à saúde, capazes de causar lesões à comunidade em virtude dos milhares de substâncias tóxicas que possuem. No entanto, toda substância que motive a dependência física ou psíquica, sem a devida e expressa autorização legal, tem comercialização proibida. E, não há no país, norma alguma que autorize a comercialização de nicotina – mesmo porque, conforme já afirmado, a nicotina no Brasil é comercializada como se um psicotrópico não fosse.

muito bem ressalta o jornalista Mario Cesar Carvalho.<sup>22</sup> Na verdade, a sensação de relaxamento ocorre porque a nicotina agiu sobre um mecanismo produzido por ela própria: o da dependência. Ao tragar um cigarro, o fumante acalma-se porque estava em crise de abstinência. A nicotina que ele consumira já se havia dissipado do organismo. Aí começaram os sintomas da falta da nicotina – uma ansiedade que parece irritação, nervosismo e incapacidade de concentrar-se. Quando se aspira o cigarro, a crise de abstinência é interrompida e tem-se a sensação de relaxamento. Em resumo, a nicotina não acalma nem estabiliza o humor. Ela só alivia os sintomas provocados por sua própria falta; é a cura para um mal que ela própria criou.<sup>23</sup>

A nicotina faz do consumidor um viciado. As indústrias do tabaco dela se utilizam para criar uma situação de dependência nos fumantes, cultivando em seus organismos uma necessidade química que os transforma em consumidores involuntários de cigarros. Necessitam eles – os fumantes – de alimentar, minutos após minutos, seus vícios, impedindo, através de cada tragada, a manifestação de uma desagradável crise de abstinência, sob o débil abrigo do prazer postíço criado pela nicotina.

21 O Brasil, no início do mês de abril do ano de 2003, foi palco de mais uma demonstração de fraqueza estatal. Não só debilidade, contudo; vergonha e desrespeito também fizeram parte do circo amplamente divulgado pela mídia. Uma Medida Provisória, editada em 04/04/2003, prorrogou para 31 de julho de 2005 a data a partir da qual a publicidade de cigarros fica proscrita, atropelando determinação estampada em aplaudida legislação antitabagista publicada no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. O governo federal, atendendo a uma solicitação da Prefeitura de São Paulo e resguardando os interesses de uma gigantesca emissora de TV, garantiu a permanência do Brasil no circuito de Fórmula 1, já que flexibilizou a propaganda de cigarros, permitindo que cinco das dez escuderias estampem em seus carros publicidades de seus patrocinadores, as indústrias de cigarros. Não bastasse o flagrante mau uso do instituto da medida provisória, a postura governamental chocou pela ousadia e desprezo aos interesses da comunidade em favor de interesses econômicos, considerados pelo Estado como superiores à própria saúde e dignidade dos indivíduos. A afirmação de que os valores individuais mais caros ao cidadão cedem espaço, neste país, às pressões e interesses econômicos não causam mais espanto a ninguém; todavia, as medidas adotadas pelo Governo para satisfazer os mais endinheirados – como a que ora se narra –, certamente, ultrapassam a criatividade e o bom senso, chegando a abalar os pilares do Estado Democrático de Direito. Alterando o foco de análise para a seara jurídica, outra conclusão emerge dessa gravíssima situação: a da visível responsabilidade do Estado pelos danos que o tabagismo causa aos consumidores de produtos fumígenos. A discussão da responsabilidade das indústrias do tabaco pelos danos que seus produtos causam aos fumantes já se inclui, há algum tempo, na pauta dos Tribunais nacionais, bem como já vem sendo abordada – de maneira ainda tímida, é verdade – pela doutrina nacional. A tese ainda não vingou; todavia, não se trata de matéria morta, importada dos EUA e sem nenhuma aplicação no Brasil. Não mesmo. Dentre as mais de 300 (trezentas) ações existentes no país em que se examinam a responsabilidade das empresas fabricantes de tabaco, alguns juízes mais sensíveis às corriqueiras mudanças sociais e, por consequência, desapagados ao excessivo formalismo jurídico que o Direito do século passado representou, manifestaram, por meio de suas decisões, apego ao tema. As Cortes nacionais, porém, cassaram praticamente todas as decisões nesse sentido; em grande parte das situações, por falta de lastro probatório a permitir que os direitos desses cidadãos fossem garantidos; noutras, por mero descrédito à tese. Vale, contudo, relembrar aqui recentes acórdãos, da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – reconhecido pela sua coragem e inovação –, que deram provimento aos recursos de apelação movidos por familiares de fumantes mortos em razão do tabagismo. Certamente, esse marco representará novo norte aos fumantes debilitados pelas enfermidades causadas pelo fumo. O de que ainda não se tem conhecimento no País é de ação promovida por fumante instrumentalizada para questionar a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos em razão do consumo de tabaco. Ora, é ele, o Estado, quem permite a comercialização de produtos que matam, nada menos, que a metade de seus consumidores diretos, acartando, inclusive, prejuízos altíssimos aos cofres públicos. É ele ainda quem autoriza a venda de uma substância incrivelmente *viciante*, um psicotrópico denominado nicotina. Embora “tape os olhos” ao não reconhecer essa substância como droga – ilação que se tira da análise da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, nº 22, de 15 de fevereiro de 2001 –, é sabedor de que ela provoca dependência física, tanto que obrigou as empresas fumígenas a inserir em seus maços diversas advertências, dentre elas uma alertando que a nicotina é droga e causa dependência. E, no Brasil, em razão de disposição legal expressa, não se pode comercializar produtos que acarretam a dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar (art.12 da Lei 6.368/76). Nesse lamentável episódio envolvendo a F-1, a responsabilidade estatal, outrossim, mostra-se evidente. O Estado não é somente conivente com a atividade das empresas de cigarros, mas, também, apresenta-se como ator essencial à sua manutenção. Não fosse assim, agiria com zelo e responsabilidade fazendo cumprir a lei. Preferiu, entretanto, não correr riscos e evitar uma possível exclusão da cidade de São Paulo do calendário da F-1, atropelando, para isso, legislação vigente nascida a duras penas e representativa do respeito à saúde, à honra e à dignidade da pessoa humana. Trata-se de um paradoxo insustentável: esse mesmo Estado que, por um lado, reconhece o potencial danoso das publicidades de produtos fumígenos, restringindo-as através de lei, noutra oportunidade, assume posição oposta – e, nesta ocasião, mais condizente com seus interesses –, permitindo a veiculação de tais peças publicitárias, negando, para tanto, vigência à própria lei.

22 CARVALHO, Mario César. *O cigarro*. São Paulo : Publifolha, 2001. p. 59.

23 *Ibid.* p. 59.

Esse perigoso vício de concepção fere de morte a boa-fé que deve reinar nas relações de consumo, bem como golpeia desonestamente os direitos basilares do consumidor brasileiro, servindo-se como um expediente enganoso para fecundar a dependência nos não fumantes e nutri-la naqueles já consumidos pela nicotina, tudo com o objetivo único de expandir o influente e quase irrefreável império das indústrias de fumo.

#### **4. O VÍCIO DE INFORMAÇÃO, A LIVRE ADESÃO DO CONSUMIDOR AO CONSUMO DE CIGARROS E A SUA AUTODETERMINAÇÃO PARA SE ABDICAR DO VÍCIO**

Vejamos, agora, a outra imperfeição que vislumbro existir no cigarro: o chamado vício de informação. Neste momento, é preciso que se diga, início-me na abordagem das duas últimas proposições com as quais me compromisei no preâmbulo desta exposição, quais sejam: a livre adesão do consumidor ao consumo de cigarros e sua autodeterminação para se abdicar do vício; e, finalmente, o seu suposto conhecimento quanto aos riscos provenientes do consumo de cigarros.

Ganhou a informação, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, contornos peculiares.

Foi ela erigida à categoria de princípio fundamental do microsistema das relações de consumo (art. 4º, IV), integrando, ainda, o rol dos direitos basilares do consumidor (art. 6º, III). Desse início já se percebe que a informação está incorporada à própria essência da Lei 8.078/90; integra sua própria ossatura.

Outra característica inerente à informação, em situações que envolvam relações de consumo, é a sua inevitabilidade. Não cabe ao fornecedor decidir se deve ou não exibir instruções a respeito dos produtos que coloca no mercado; a faculdade não reside aqui. Deverá ele, o fornecedor, apresentar, obrigatoriamente, as informações sobre a utilização do produto e seus eventuais riscos. Sua ampla liberdade de agir foi, expressamente, revogada com o nascimento do Código de Defesa do Consumidor; lei essa caracterizada pelo legislador pátrio como de ordem pública e interesse social e, portanto, de forçosa observância e respeito por aqueles que se propõem a abastecer o mercado de consumo.

Percebam, ainda, que o texto normativo, ao se referir à informação, é abundante em adjetivos: adequada, clara, precisa, correta, ostensiva. Tais atributos, longe de evidenciar a riqueza de linguagem de nosso legislador, têm por função indicar a preponderância de outra característica da informação: a sua socialização. Não basta, pois, apenas informar; a informação precisa ser socialmente eficaz. Isto é, a informação sobre a natureza, a utilização e os riscos de determinado produto deverá, fatalmente, atingir o público alvo ao qual ele, o produto, é destinado, de forma tal que o consumidor seja legitimamente instruído, sem engodos, sem ilusões.

Ademais, o dever de informação está, *umbilicalmente*, ligado à cláusula geral da boa-fé objetiva que permeia todo o Código de Defesa do Consumidor. Boa-fé é cooperação, lealdade e respeito; é um referencial objetivo de conduta que o homem médio adotaria em determinadas situações. Resguardar a boa-fé significa proteger os contratantes de artimanhas e subterfúgios.<sup>24</sup>

Com efeito, foi em razão dessa extraordinária – e imprescindível, diga-se – tutela dada à informação, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, prescreveu que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência da culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. A leitura desse texto normativo evidencia o que se denominou na doutrina de *vício de informação*. Tal imperfeição relaciona-se à qualidade da informação veiculada pelo fornecedor, essa que, por ter sido prestada de maneira ineficiente ou inadequada – ou mesmo por não ter sido prestada – acabou por acarretar um acidente de consumo. Novamente se observa o fato ao qual me referi anteriormente: pouco importa a licitude da atividade exercida pelo fornecedor na análise do dever de responsabilização civil em situações atinentes às relações de consumo. A problemática da ilicitude reside no próprio produto, seja através de características intrínsecas a ele – como o já abordado vício de concepção –, seja, ainda, por atributos extrínsecos, referentes ao aspecto formal do mesmo produto.

Diante dessa “radiografia” da informação e de sua importância para o Direito das Relações de Consumo, poderemos principiar algumas considerações atinentes ao que me dispus a criticar nesta ocasião. Indago-lhes, então: pode-se enunciar, realmente, que o consumidor brasileiro é livre para fazer escolhas de consumo no que se refere aos produtos fumígenos, notadamente aos cigarros?

Justificar o consumo de cigarros através da singela afirmação de que o fumante “fuma porque quer”, de que teria ele “livre arbítrio”, é analisar o problema à margem das situações que o envolvem; é negligenciar a questão através da admissão de uma premissa extremamente superficial, frágil e falha.

Como aceitar que o consumidor escolheu livremente consumir cigarros se ele – ou ao menos a grande maioria deles – não tem conhecimento aprofundado da natureza do produto e dos riscos que ele encerra?<sup>24</sup> Adiante se verá, e citarei inclusive alguns exemplos, que a queima do cigarro produz mais de 4.000 (quatro mil) substâncias tóxicas que, certamente, o consumidor médio jamais imaginaria existir no produto que consome diariamente.

---

24 Nesse sentido, a opinião do Desembargador Nereu José Giacomolli ao julgar situação concreta a respeito do tema ora tratado: “Com efeito, estimo que houve descumprimento de obrigação originária da empresa demandada, defraudando expectativa social, quando desenvolveu suas atividades sonogando o dever secundário de informação e, conseqüentemente, ferindo o princípio basilar da boa-fé objetiva, pois sempre soube da nocividade decorrente do consumo do cigarro e, por omissão da informação, decorreu em ilícito que enseja o dever de indenizar.” Noutro trecho, igualmente relevante, destaca o jurista: “Então, lastreado no princípio da boa-fé – critério de reciprocidade –, advém o dever secundário especial de informar ou notificar o consumidor sobre algo que lhe interesse para a conservação de seus direitos, especialmente, no caso dos autos, o direito constitucional à saúde. Sua inobservância configura o dever de indenizar. Observando-se esse entendimento, configura-se como uso do direito em direção ilegítima a sonogação da informação ao consumidor dos malefícios do cigarro, pois era dever das indústrias tabagistas informar – com a mesma ênfase que se dedicavam a incitar ao consumo – todos os malefícios que poderiam advir do cigarro, inclusive da condição de dependência a que estariam submetidos os consumidores caso aderissem ao hábito de fumar.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70007090798, Relator Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 19 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>). Acessado em 05/12/2003.

25 A negativa de informações por parte das fabricantes de tabaco sobre os malefícios que os fumígenos poderão causar à saúde daqueles que deles se utilizam, por certo, interfere no julgamento ou na escolha do consumidor, inculcando-o a adquirir e usar um produto claramente nocivo. Nessa esteira, a opinião do Desembargador Nereu José Giacomolli, ao julgar caso concreto a respeito do tema: “Ademais, tal agir omissivo, indubitavelmente, afetou a autonomia da vontade do consumidor, interferindo no seu direito de tomar decisões válidas e de agir de acordo com esse entendimento, pois, mesmo a demandada negando este fato, o consumo do cigarro implica em dependência física e psíquica, além de diversos males à saúde, e tal informação foi subtraída do conhecimento de quem acabou por se tornar tabagista.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70007090798, Relator Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 19 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>). Acessado em 05/12/2003.

Ademais, toda a publicidade insidiosa já veiculada pelas indústrias do fumo, com o objetivo único de estimular a venda dos cigarros, incitou dúvidas no subconsciente do consumidor, induzindo-o a subestimar os malefícios do produto. É importante recordar que, em tempos não muito remotos, quando as peças publicitárias veiculadas pelas fornecedoras de tabaco não sofriam as restrições hoje existentes, toda a publicidade tinha como atores homens e mulheres elegantes e viris que, literalmente, esbanjavam saúde, beleza e sensualidade; essa espécie de *marketing* não tinha o condão de informar, mas, sim, de enganar o consumidor, já que vinculava o hábito de fumar a prática de esportes radicais, a aventuras, ao sucesso profissional, ao lazer e, até mesmo, ao requinte.<sup>26</sup> Como falar em “livre arbítrio” se, muitas vezes, o consumidor acabou, literalmente, induzido ou seduzido a adquirir um maço de cigarros? O “livre” arbítrio dos consumidores foi, pois, altamente influenciado por publicidades que, além de sugerir, persuadiam o consumidor ao uso do fumo.<sup>27</sup>

Não se pode negar, entretanto, existirem determinadas pessoas que realmente conhecem, com profundidade, os males causados pelo cigarro e, mesmo assim, mantêm o seu consumo, a exemplo de diversos médicos tabagistas. Surgindo ação judicial promovida por tais indivíduos, caberá às indústrias fumígenas, objetivando a exclusão de sua responsabilidade, demonstrar que aquele fumante conhecia, quando optou por iniciar-se no tabagismo, os riscos aos quais iria se sujeitar. Obtendo sucesso nessa prova, a fornecedora de cigarros comprovará que o acidente de consumo ocorreu por culpa exclusiva do consumidor e, por conseqüência, acabará isentada de indenizar; mas esses casos serão, a meu ver, extremamente raros. De qualquer forma, deve-se sempre ter em mente a premissa elementar de que cada caso é único e, em razão disso, deverá ser analisado de acordo com suas particularidades.

Quanto à afirmação exarada em algumas decisões no sentido de que a abdicação do vício pelo fumo dependeria, apenas, de uma decisão do próprio fumante ou da sua autodeterminação, *data venia*, tal assertiva representa mera conjectura, à margem de qualquer

26 Conforme reportagem de autoria do jornalista Mario Cesar Carvalho, a Souza Cruz, treze dias antes de a publicidade de cigarro ter sido banida das TVs no Brasil (1º de janeiro de 2001), aceitou retirar do ar uma campanha do cigarro Free que o Ministério Público de Brasília considerou ilegal porque estimularia crianças e adolescentes a fumar. Um laudo do Instituto de Medicina Legal do Distrito Federal, no qual três psicólogos analisaram o comercial do Free, evidenciou o ilícito. Em tal publicidade um pintor diz: “Vêjo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem um arranhão. Eu vou deixar minha marca.” Veja-se um trecho da importante reportagem: “Ao decompor o anúncio quadro a quadro, os psicólogos encontraram o que consideram ser “propaganda subliminar”. Na definição deles, propaganda subliminar é “qualquer estímulo realizado abaixo do limiar da consciência, que produz efeitos na atividade psíquica e mental do indivíduo”. As mensagens subliminares são “remetidas automaticamente ao nosso cérebro, em nível involuntário, inconsciente.” Por três décimos de segundo, ou seja, numa fração de tempo imperceptível para os olhos humanos, aparece uma mulher fumando. Logo em seguida, também por três décimos de segundo, aparece outra pessoa fumando. Se os eventuais efeitos da chamada propaganda subliminar são cada vez mais questionados, a dúvida de Fernandes Neto não é desprezível: “Por que a Souza Cruz incluiu no comercial imagens que não dá para ver? Certamente, há alguma razão para isso”. A Souza Cruz alega que a responsabilidade sobre o comercial é das diretoras do filme, Daniela Thomas e Carolina Jabor. Daniela, porém, afirma não se lembrar dessa imagem e diz que, se ela existia, teria a função de dar ritmo às imagens. AAdesf (Associação em Defesa da Saúde do Fumante) acha que o Ministério Público pegou um peixe grande. Luiz Mônaco, diretor jurídico da entidade que processa as fábricas por fraude contra a saúde pública, diz que o comercial “é a primeira prova incontestada de que a indústria dirigia sua publicidade para adolescentes.” (CARVALHO, Mario Cesar. Indústria é acusada e ter criança como alvo. *Folha de São Paulo*. Folha Cotidiano. Domingo, 08 de setembro de 2002. p. C1).

27 Segundo Mario Cesar Carvalho, no Brasil “e no resto do mundo, onde suas subsidiárias estão sendo processadas por não terem alertado sobre os males do produto que fabrica, a Philip Morris continuou a repetir nos tribunais e na imprensa, até 1999, que cigarro não vicia nem causa câncer. Seria tudo questão de predisposição genética. Em 2000, ao perceber que a estratégia não surtia mais efeito, a filial brasileira da companhia adotou um argumento diametralmente oposto ao que usara: passou a dizer que todo mundo sabia, desde o século 19, dos males do fumo.” Tal estratégia aparece nos arazoados dos advogados que defendem a empresa Philip Morris, utilizados como resposta à ação movida contra ela pela Associação em Defesa da Saúde do Fumante (ADESF). (CARVALHO. *Ob.cit* p. 32).



embasamento técnico-científico. E digo isso porque as estatísticas demonstram exatamente o contrário: 80% dos que tentam abandonar o vício fracassam na empreitada. Essa realidade é bem explicada pela ciência. Vejam: após uma tragada, a nicotina demora, normalmente, nove segundos para chegar ao cérebro, tempo recorde quando comparado ao de outras drogas. *“No cérebro, a nicotina imita a ação de um neurotransmissor chamado acetilcolina, cuja função é fazer a comunicação entre os neurônios. Ao encaixar-se nos receptores de acetilcolina, a nicotina estimula essas células a produzir mais dopamina, um neurotransmissor ligado à sensação de prazer. É por isso que o cigarro é prazeroso. O aumento dos níveis de dopamina está associado a várias compulsões, por sexo, comida, jogos ou nicotina. Esse neurotransmissor age numa região do cérebro chamada mesolímbica, ligada ao prazer, à motivação e à gratificação. O mecanismo é extremamente complexo, mas seu princípio é simples: todos querem repetir experiências capazes de provocar prazer. Quem fuma um maço por dia verá esse circuito repetir-se 73 mil vezes por ano, estimando-se que cada cigarro seja consumido em dez tragadas. Que outra droga provoca 73 mil vezes a sensação de prazer num ano? Nenhuma. Por isso o cigarro causa dependência tão profunda.”*<sup>28</sup>

A revista Veja, em reportagem a respeito desse tema<sup>29</sup>, divulgou algumas conclusões da primeira etapa de um estudo sobre o perfil dos fumantes que desejam largar o cigarro, trabalho esse realizado pelo Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos. Depois de analisarem 32.000 (trinta e dois mil) homens e mulheres, os pesquisadores constataram que o sucesso dos tratamentos para o abandono do vício pelo fumo depende, dentre outros elementos, da condição social do fumante. Em resumo: os mais endinheirados têm mais facilidade de largar o cigarro, mormente porque a falta de recursos financeiros restringe o acesso aos tratamentos. Os custos, segundo a mesma reportagem, dependem do método escolhido (antidepressivos, chicletes, adesivos transdérmicos ou inaladores de nicotina), mas o gasto médio nos Estados Unidos é de 3 a 10 dólares mensais, em um processo que pode levar até um ano.

Com efeito, não há como sustentar que a abdicação do vício pelo fumo dependeria, tão-só, da autodeterminação do fumante. A questão envolve situações outras que escapam à própria vontade do viciado, segundo afirmam os pesquisadores e estudiosos do assunto. São fatos provados cientificamente que, decerto, deveriam ser levados em consideração pelos julgadores na análise de casos envolvendo as situações ora discutidas, sob pena de se fazer tábula rasa das evidências rigorosamente reveladas pela ciência moderna.

## **5. O SUPOSTO CONHECIMENTO DO CONSUMIDOR QUANTO AOS RISCOS PROVENIENTES DO CONSUMO DO CIGARRO**

Mister a reflexão do último tópico a ser aqui tratado: será que o consumidor brasileiro realmente possui conhecimentos sedimentados a respeito da natureza e riscos do cigarro? As informações que detém seriam suficientes para dar-lhe condições de proceder a uma escolha entre fumar e não fumar de maneira consciente e responsável?

A deficiência de informações do consumidor quanto aos males acarretados pelo fumo tem íntima relação com as primeiras experiências de consumo do cigarro e, conseqüentemente, com a deflagração do vício causada por esse produto. Essa afirmação, à

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 59.

<sup>29</sup> Disponível em: <<http://www.veja.com.br>>. Acessado em 05/12/2003.

primeira vista, pode aparentar-se falaciosa, sem consistência real. Afinal, há décadas, os mais diversos estudos vêm alertando a sociedade quanto aos perigos que o fumo pode gerar à saúde dos tabagistas e não-tabagistas.

Todavia, as pessoas, em sua maioria, não possuem conhecimento lúcido e firme da carga mortífera que o cigarro carrega a seus organismos. Possuem, algumas delas, conhecimentos básicos e superficiais; insuficientes, porém, para conduzi-las a uma escolha consciente no sentido de se iniciar ou não no tabagismo.

Como se não bastasse, em razão da grande maioria das enfermidades, causadas pelo vício, despontar somente após vários anos, muitos consumidores em potencial, bem como tabagistas inveterados, acabam por subestimar a periculosidade do produto. Ainda quando o vício de fumar se encontra disseminado em determinada população, os danos à saúde pública podem não ser visíveis. Nos países cuja população esteve em contato direto com o tabaco durante muitos anos, decorreram, ao menos, quatro décadas antes de surgir o quadro das enfermidades relacionadas ao seu consumo. Isso sugere a as pessoas a acreditarem que o cigarro não interfere na saúde ou, ainda, que apenas alguns fumantes são acometidos por doenças relacionadas ao tabagismo, o que, obviamente, não corresponde à verdade.

Há, neste ponto do estudo, de se lembrar algumas observações explanadas noutra parte. O Código de Defesa do Consumidor, além de ter obrigado o fornecedor a apresentar informações sobre a natureza, utilização e riscos dos produtos que coloca no mercado, impeliu-o a exibir informes socialmente eficazes que, verdadeiramente, atinjam e influenciem o público alvo ao qual sua produção é destinada.

Sendo assim, para se difundirem informações socialmente eficazes, é forçosa a análise da situação social, cultural e econômica da comunidade brasileira. Atualmente 31 milhões de brasileiros fumam. Estatísticas demonstram que, no Brasil, há um menor consumo de cigarros nas classes de maior rendimento familiar *per capita*, o que se explica pelo fato de tais famílias serem mais conscientes, pois possuem nível cultural mais elevado. Segundo dados do Ministério da Saúde, o maior consumo de cigarros está na base da pirâmide econômica, com 25,4% dos indivíduos fumando.<sup>30</sup>

Neste diapasão, não se pode olvidar que vivemos num país onde residem 15 milhões de analfabetos (13,3% da população brasileira), com idade igual ou superior a 15 anos. Além disso, 29,4% de nossa população é constituída pelos chamados analfabetos funcionais, pessoas que não completaram os quatro primeiros anos do ensino fundamental.<sup>31</sup> Tais estatísticas, indubitavelmente, demonstram a dimensão do problema.

Em uma nação com essas características preocupantes, só há de se falar em informação

30 Entre a população de menor renda, uma grande parcela dos rendimentos é gasta com cigarros, em detrimento de outros itens prioritários, como, por exemplo, a alimentação. Esse consumo maior, somado a outras condições às quais esse grupo está submetido, como desnutrição, doenças infecciosas e do trabalho, leva a um adoecimento mais freqüente. Convém considerar que os ambientes confinados das pequenas moradias favorece, em muito, a inalação passiva das substâncias tóxicas por crianças, gestantes e pessoas doentes. (Disponível em: <<http://www.inca.com.br>>). Acessado em 05/12/2003.

31 Esses dados sofreram alterações. Em recente investigação sobre a educação no Brasil, os técnicos do IBGE encontraram um contingente de 14 milhões de pessoas – o equivalente à população do Estado do Rio de Janeiro –, de 5 anos ou mais de idade, que jamais freqüentaram uma sala de aula. Entre os adultos com mais de 25 anos, 10,5 milhões – o equivalente à população paulistana – nunca estudaram. Apesar de o número ter merecido destaque no estudo do IBGE, em geral a medição do analfabetismo se centra na faixa a partir de 10 anos, pois, entre crianças menores, estar alfabetizado é exceção. Mesmo assim o número é espantoso: 16,4 milhões de brasileiros de 10 anos ou mais não sabem ler e escrever. São 13,6% contra 20% registrados em 1991. (LEAL, Luciana Nunes; MOURA E SOUZA, Marcos de. 14 milhões nunca foram à escola. *O Estado de São Paulo*. Geral – Educação, quarta-feira, 03 de dezembro de 2003, p. A12).

socialmente eficaz, pelo menos no que se refere à parcela considerável da população, quando ela – a informação – for difundida por meio de imagens. Neste ponto, reputo louvável a iniciativa governamental, por meio da Medida Provisória nº 2.134-30, de obrigar as indústrias do tabaco a apresentarem em seus maços imagens dos males causados pelo fumo, popularmente chamadas de “espanta-fumantes”. Sem dúvida, grande parte da comunidade brasileira, em razão do seu baixo nível econômico, social e cultural, somente terá acesso a essas informações através do sistema de símbolos ou imagens. Se tal medida não fosse adotada, muitos continuariam excluídos do acesso ao seu direito à informação.

Mas tais imagens, embora informem, poderiam ser mais reais. Isto porque, muitas delas, são encenações feitas por atores que, apesar de informar, não retratam, de maneira inequívoca, a gravidade do problema. Penso que os maços deveriam conter imagens mais chocantes, com ênfase em tabagistas que realmente sofreram ou sofrem doenças tabaco-relacionadas. Conforme foi dito aqui, os consumidores têm o direito de saber o que estão consumindo, têm o direito de obter informações a respeito dos danos que o consumo de cigarro poderá causar à sua saúde.

Por outro turno, e não obstante a importante iniciativa adotada pelo governo, entendo que se deve fazer mais. Como já dito alhures, mais de 4.000 (quatro mil) compostos são produzidos pela queima do tabaco. A fumaça, segundo ensinam os estudiosos do assunto, pode ser separada em fases gasosas e partículas. Entre os componentes da fase gasosa que produzem efeitos indesejáveis estão o monóxido de carbono, dióxido de carbono, óxidos de nitrogênio, amônia, nitrosaminas voláteis, cianeto de hidrogênio, compostos voláteis contendo enxofre, hidrocarbonetos voláteis, álcoois, aldeídos e cetonas. Ainda em sua fase gasosa é possível identificar inúmeras substâncias radioativas, como o polônio 210, o carbono 14, radio 226, radio 228 e o potássio 40. A fase particulada, por sua vez, é a que contém nicotina, água e alcatrão. Essa última substância é o que resta após a remoção da umidade e da nicotina, e consiste principalmente de hidrocarbonetos aromáticos policíclicos.

Tais substâncias, quando em contato com o organismo humano, acarretam inúmeros efeitos maléficos já conhecidos: a) provocam tosse, irritação na garganta e náuseas; b) afetam o trato respiratório; c) provocam a perda do olfato; d) geram problemas gastrintestinais; e) irritam a pele, os olhos e as mucosas; f) provocam anorexia; g) causam cegueira; h) acarretam cânceres de toda espécie, notadamente de pulmão, garganta, bexiga e rins, dentre vários outros.

Não tenho receio de dizer que a maior parcela de nossa sociedade não possui noção exata da natureza do cigarro e, menos ainda, dos riscos a que está sujeita ao utilizar esse produto – ou a ele se expor. Não se pode negar que muitos consumidores sabem que ele faz mal à saúde; contudo, durante todas as suas vidas, foram levados a subestimar os riscos inerentes ao consumo do cigarro, seja pela carência de informações a respeito deles, seja ainda por influência da insidiosa publicidade difundida pelas indústrias do tabaco, que os induziu, até mesmo em nível de subconsciente, a minimizar a periculosidade do produto mortal.

Assim, acredito que os maços de cigarro deveriam, outrossim, vir acompanhados, a exemplo das bulas de remédios, de prospectos informando o consumidor sobre a verdadeira natureza do produto tóxico, a quantidade de substâncias tóxicas existentes em cada unidade e a origem do fumo utilizado na sua confecção; advertir dos inúmeros malefícios que o

produto nocivo poderá gerar à saúde daqueles que o consomem, além de outros esclarecimentos necessários e imprescindíveis à *real* conscientização do consumidor brasileiro. A informação, pois, só será socialmente eficaz no País com a adoção das duas formas de informação: a imagem *real* e *clara* a respeito dos danos que os consumidores poderão vir a sofrer, e um prospecto informativo que acompanharia os maços de cigarros.

Uma questão que é importante não olvidar: todos os informes prestados a respeito da natureza e riscos do cigarro partiram de uma iniciativa estatal – iniciativa essa que se mostra louvável de um lado e hipócrita de outro, conforme opinião já defendida em notas de rodapé neste trabalho –, e não das fabricantes de produtos fumígenos. A indústria do tabaco, simplesmente, respeita leis específicas que regulam sua atividade; ela nunca informou nada ao consumidor; ao contrário, tão-só valeu-se de expedientes publicitários ilícitos para angariar novos consumidores e manter os já existentes.<sup>32</sup> Aliás, tal fato não poderia ser diferente, porquanto a informação socialmente eficaz não é, para as fabricantes de fumo, economicamente viável. Tal atitude – inércia quanto ao seu dever de informar – demonstra aquilo a que me referi noutra oportunidade, isto é, que as indústrias do tabaco sempre agiram em desrespeito ao princípio basilar da boa-fé, privilegiando seus interesses econômicos em detrimento da saúde, e, até, da própria vida daqueles que consomem, direta ou indiretamente, seus produtos.

## 6. CONCLUSÃO

Finalizo este artigo expressando meu otimismo em acreditar numa guinada na maré de decisões contrárias aos interesses dos consumidores de cigarros acometidos por doenças tabaco-relacionadas no Brasil.

Nos EUA, para se ter uma idéia, as primeiras demandas contra as indústrias de cigarros surgiram em 1954. Até 1992, foram abertos 813 processos contra essas empresas, sendo que, dos 23 que chegaram a julgamento, só dois deles foram favoráveis, em primeira instância, aos fumantes e, ainda assim, acabaram reformados nos tribunais superiores. Essa situação apenas sofreu uma reviravolta em junho de 1997. Atormentadas por ações, não mais de indivíduos, mas de estados americanos que tentavam recuperar o dinheiro gasto pelo sistema de saúde para tratar fumantes, as indústrias concordaram em pagar a maior indenização da história: US\$ 246 bilhões durante 25 anos. Em troca, os 50 estados americanos desistiriam dos processos que moviam por fraude contra a saúde pública.<sup>33</sup>

Num tempo não muito remoto, falar-se em responsabilizar as indústrias do tabaco no Brasil, em razão dos danos que seus produtos causam à saúde dos fumantes e não fumantes, representaria tese impossível juridicamente.<sup>34</sup> Todavia, a sociedade transmutou-se; o Direito,

---

32 Em recente acórdão, o Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, em seu voto, evidenciou a negligência das indústrias do tabaco caracterizada por sua omissão em informar o consumidor dos malefícios causados pelo fumo. Em importante passagem do aludido voto, destacou o eminente jurista: “*Não há dúvida de que a ré sempre foi criadora do perigo e do risco causados pelo uso do fumo. Sempre soube e teve consciência dos malefícios e da dependência causada pelo cigarro e sempre omitiu qualquer informação ou ação no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos, advindos tanto para o público consumidor quanto para o público não consumidor. Foi necessário um verdadeiro clamor público mundial para que as empresas tivessem desnudadas toda essa negligência, omissão ou hipocrisia em nome da ganância.*” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70007090798, Relator Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 19 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>). Acessado em 05/12/2003.

33 CARVALHO. *Ob.cit.* p. 59.

que a ela serve, outrossim, inovou-se. O Código de Defesa do Consumidor é exemplo vivo dessa assertiva.<sup>35</sup>

Os problemas relacionados ao tema existem. O ordenamento jurídico, por sua vez, possui instrumentos para solucioná-los de maneira justa e coerente com a nossa atual realidade. Só espero que, ao contrário do ocorrido nos EUA, a nossa jurisprudência não necessite de 40 (quarenta) anos para se aperfeiçoar.<sup>36</sup>

34 Para muitos, a responsabilização das indústrias do tabaco no Brasil, pelos danos advindos do consumo de seus produtos, ainda representa tese intolerável, insustentável juridicamente. Contudo e *data venia*, na maioria das vezes, aqueles que defendem tal posicionamento partem de uma análise de pouca consistência. E tal análise nasce quase que inconscientemente, talvez em decorrência do labor das próprias indústrias do tabaco, que conseguiram, através de publicidades insidiosas, inserir o cigarro no cotidiano dos homens, por meio da criação de uma imagem benigna e extremamente sedutora do produto. Costuma-se, então, a pretexto de a atividade de produção e comercialização de produtos fumígenos ser legalizada e o vício ser usual (comum) na sociedade, negligenciar a interpretação técnica em prol de uma míope visão de bom senso e coerência social. É o que se percebe, por exemplo, nos trechos constantes no voto da relatora da Apelação Cível nº 70000144626, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso atinente ao tema ora discutido. Afirmou a ilustre Desembargadora, cujo entendimento ainda é majoritário na jurisprudência, que: “(...) *parto da reflexão de que o caso posto a julgamento é daqueles que até mesmo uma única pessoa, que viva de acordo com as regras básicas que norteiam o comportamento médio, teria condições de julgar e pronunciar válido veredito.*” *Noutra passagem, asseverou que aquele “julgamento diz mais com lógica e bom senso do que com tratados jurídicos.*” (Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>>). Vale dizer que, não obstante seu entendimento contrário à tese ora defendida, os demais Desembargadores acabaram por votar contra a Relatora, reformando a sentença de primeiro grau para dar parcial provimento ao pedido formulado pelos Apelantes; a *Philip Morris* do Brasil S.A. acabou condenada a reparar danos à família de um fumante morto em razão do tabagismo.

35 O microsistema *consumerista* corresponde a uma legislação jovem, adequada ao desate de diversos conflitos com perfis novéis e destoantes daqueles para os quais o Código Civil de 1916 fora criado. Assim é que a Lei nº 8.078/90 mostra-se devidamente aparelhada para a solução de casos concretos de responsabilização civil, envolvendo fumantes e indústrias de cigarros. A despeito disso, as recentes decisões a respeito do assunto, favorecendo fumantes (ou seus familiares), valem-se de fundamentação dupla, a saber, aquela fincada no Código Civil e também no próprio Código de Defesa do Consumidor. Mais especificamente, lançam mão os julgadores da responsabilidade aquiliana e objetiva numa só decisão. Agem assim, certamente, para cercar os julgados de motivação suficiente ao convencimento das partes e da sociedade em geral, evitando, de outro lado, discussões acerca da aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor à espécie. Contudo, e mesmo diante de louváveis opiniões em contrário, a Lei nº 8.078/90, bem assim todos os seus princípios mestres e mormente a regra da responsabilização objetiva, mostra-se suficientemente precisa e ajustada à solução dos problemas objeto do presente ensaio. Isto porque o Código *consumerista*, em casos tais, deve ser aplicado, mesmo que o consumidor tenha principiado o vício de fumar décadas antes da publicação do referido Diploma legal. Já tivemos a oportunidade de defender a tese de que a lei nova poderá ser capaz de se aplicar aos *efeitos futuros* das relações jurídicas presentes e anteriores, originadas sob a égide e o império da lei precedente. Nada obstante, não se deve desprezar que os efeitos já produzidos pela antiga lei deverão ser preservados e respeitados. Os novos efeitos é que serão submetidos à força da novel legislação. (DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: *Revista de Direito do Consumidor*, 48. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2003. p. 180-181). Seguindo tal raciocínio, asseveramos: “*Nesse ponto, é de importância elementar a distinção entre efeito retroativo e imediato da lei. E o próprio ordenamento jurídico brasileiro, pelos precisos termos do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, discrimina-os, de modo capital, ao dispor: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” Isso revela que não só as situações não definitivamente constituídas (facta pendentia), como também os efeitos presentes e futuros dos fatos já consumados (facta praeterita), serão abarcados pela novel legislação. Não significa tal aplicação, portanto, efeito retroativo, mas, sim, imediato.*” *Noutra passagem, afirmamos que os fatos “já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas anteriores à Lei consumerista, não são, de maneira alguma, atingidos por sua força e autoridade legislativa. Poderão, por outro lado, ter significativa influência do Código de Defesa do Consumidor (efeito imediato) aquelas situações não definitivamente concluídas ou os efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados, sempre que disserem respeito a relações de consumo.*” (DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, 48. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2003. p. 180-181). Embora nossa opinião a respeito do tema tenha sido expressa de maneira diversa no trabalho intitulado “Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor”, publicado pela editora Del Rey, a conclusão lá esposada permanece inalterada. Isto é, entendemos que o Código de Defesa do Consumidor é a Lei aplicável em ações promovidas contra as indústrias do fumo, em que se pleiteiam indenizações por doenças tabaco-relacionadas. A Lei *consumerista*, nesses casos, terá aplicação imediata porque os efeitos gerados pelo tabagismo somente surgem anos após a data inicial de consumo de cigarros. Todas as pessoas – ou a maioria delas – hoje acometidas por doenças relacionadas ao fumo iniciaram-se no vício décadas atrás, o que significa que seus efeitos malignos (efeitos futuros) manifestaram-se após a publicação do Código de Defesa do Consumidor; fato que, *per se*, motiva a aplicação imediata da mencionada legislação.

### **7. Abstract:**

*The present article has for objective to demonstrate, under the code of Defense of the Consumer, to show the civil responsibility of de industries of tobacco for the actual damages for the consumption of its products. For in such a way, it has been broken of a critical analysis of some superior positions that come prevailing in the Country concerning the subject.*

**Key-words:** *Industries of tobacco. Consumer. Cigarette. Tobaccoism. Vices of the product. Advertising. Information.*

### **8. REFERÊNCIAS**

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*; n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20-27.

ALBANESE, Mário. O tabagismo é doença. *Revista Jovem Médico*, São Paulo/SP, 4, 1999.

CARVALHO, Mario César. *O cigarro*. São Paulo : Publifolha, 2001. p. 59.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte : Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*; 48. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2003. p. 180-181

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*; n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 183-189. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*; n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 44-77.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. Direito Material. São Paulo : Saraiva, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREA, Agustín Viguri. *La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco*. Granada : Editorial Comares, S.L., 2001.

VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo : Saraiva, 2002.

36 Ao que tudo indica, o amadurecimento de nossa jurisprudência não seguirá os passos vagarosos daquela surgida nos EUA. Percebe-se isso, desde já, pela sensibilidade e riqueza dos votos proferidos pelos eminentes Desembargadores, João Pedro Freire, Antonio Guilherme Tanger Jardim, Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Luis Augusto Coelho Braga e Nereu José Giacomolli, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em duas decisões (Apelações Cíveis nºs 70000144626 e 70007090798), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul beneficiou os familiares de fumantes mortos em razão do tabagismo, condenando indústrias do tabaco a indenizarem os danos suportados pelos autores. Em outra demanda (Apelação Civil nº 70000840264), aguardava-se a habilitação dos herdeiros, uma vez que o autor falecera no desenvolver do feito; contudo, dois desembargadores já haviam votado favoravelmente à pretensão do fumante. (Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>). Acessado em 05/12/2003.



# IPTU: O INQUILINO TEM LEGITIMIDADE PARA IMPUGNAR O LANÇAMENTO?

Yoshiaki Ichihara<sup>1</sup>

## Resumo:

Não obstante as disposições expressas dos arts. 34 e 123 do Código Tributário Nacional, é muito comum o inquilino pretender a impugnação do IPTU e das taxas, a pretexto de que o ônus é transferido pelo locador no contrato de locação. Inexiste no Direito Tributário brasileiro a figura do “contribuinte de fato”. O direito positivo alberga apenas a figura do contribuinte e do responsável (art. 121, parágrafo único, I e II, do CTN). Inicialmente, analisamos o perfil do IPTU, em cuja materialidade “propriedade predial e territorial urbana”, o contribuinte só pode ser o sujeito do verbo “ser proprietário ou possuidor” e, nunca, o inquilino, que não possui nenhuma ligação direta ou indireta com o poder público tributante, nem é possível o contrato que, se é lei entre as partes, não alberga a força de vincular terceiro. Demonstramos, ainda, a impossibilidade de o inquilino impugnar o lançamento do IPTU e das taxas, uma vez que tal interpretação levaria a uma modificação do conceito de contribuinte previsto em lei. Foram colecionadas lições dos doutrinadores e precedentes jurisprudenciais que embasam a tese aqui esposada, ou seja, que o inquilino não tem legitimidade para impugnar o lançamento do IPTU e das taxas.

**Palavras chave:** Direito tributário – Direito constitucional – Direito municipal – Inquilino – Imposto Predial – Territorial Urbano – Tributo – Taxas – Ilegitimidade – Conceito contribuinte.

## Sumário:

1. Introdução – 2. Perfil do IPTU – 3. O Inquilino e o IPTU – 4. Riassunto, Parole chiavi e Sommario – 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, não obstante as expressas disposições contidas nos arts. 34 e 123 do Código Tributário Nacional, é muito comum o inquilino pretender a impugnação do lançamento do IPTU e taxas, já que o encargo de suportar o ônus financeiro, na maioria das vezes, é transferida pelo locador mediante convenção ou contrato.

Para tanto, examinamos o perfil do IPTU, especialmente as regras que determinam a sujeição passiva para, a final, concluirmos que o inquilino é parte ilegítima.

## 2. PERFIL DO IPTU

O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, na Constituição na República Federativa do Brasil de 1988, nos termos do artigo 156, item I, aparece como de competência dos Municípios, quando diz:

1 - Professor Titular de Direito Tributário, Doutor IV, nos cursos de graduação e pós-graduação da UniFMU. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atualmente com assento na 15ª Câmara Cível de Direito Público (Direito Municipal). Membro titular da Academia Paulista de Direito, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em Direito de Estado (área de concentração em Direito Tributário).



*“Compete aos Municípios instituir imposto sobre:*

*I - propriedade predial e territorial urbana”.*

A materialidade desse imposto é a *“propriedade predial e territorial urbana”*,<sup>2</sup> entendido como a propriedade imóvel (terreno e prédio ou construções), cujo conceito poderá ser buscado no direito civil, pelo processo de integração da legislação.<sup>3</sup>

Todavia, o conceito de propriedade imóvel, no direito tributário e para a incidência do IPTU, não possui a abrangência da propriedade imóvel prevista no art. 79 do novo Código Civil,<sup>4</sup> pois a incidência desse tributo se resume no imóvel, isto é, terreno e prédio ou construções.

Isto não quer dizer que o conceito de imóvel, no direito tributário e no direito civil, seja diferente, o que agrediria o preceito do art. 110, do Código Tributário Nacional, que diz o seguinte:

*“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados ou pela Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.*

No caso, a própria Constituição, ao atribuir competência aos Municípios, disse expressamente que esse imposto incidirá sobre *“propriedade predial e territorial urbana”*, deixando de fora, por exemplo, as árvores e frutos pendentes, espaço aéreo e o subsolo, entre outros.

Evidentemente, se o constituinte disse *“propriedade predial e territorial urbana”*, tendo em vista o limite material traçado no próprio texto constitucional, não é lícito nem ao legislador competente ou ao intérprete alargar o conceito ou a abrangência, tudo sob pena de caracterizar a máxima ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A lei complementar referida no art. 146 da vigente Constituição, no art. 32, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966<sup>5</sup> (Código Tributário Nacional), que, por inexistir contradição com o texto da nova Carta Magna foi recepcionado pelo sistema, diz o seguinte:

*“O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana”.*

Como se pode notar, a lei complementar acrescentou *“...o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana”*, levando algumas vezes à errônea conclusão de que o IPTU pode incidir sobre qualquer *domínio útil ou a posse.*

2 - Cf. nosso Direito Tributário na Nova Constituição, Atlas, 1989, p. 148.

3 - Cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Vol. I, 20ª ed., p. 138 e seguintes.

4 - Preceitua o art. 79 do novo Código Civil: “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

5 - A lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, através do artigo 7º, do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967, recebeu a denominação de Código Tributário Nacional e, também, foi guindada à categoria de Lei Complementar.



A posse que pode ser colhida para os efeitos da incidência desse imposto é apenas a posse com o ânimo de ser dono ou de ser proprietário, não incluindo a posse exercida, por exemplo, pelo inquilino (posse direta sem o ânimo de ser dono).

O aspecto pessoal, que nada mais é do que os sujeitos da relação tributária, como sujeito ativo aparece o Município, além da União e o Distrito Federal, na forma do art. 147 da CF, e como sujeito passivo, o contribuinte ou o responsável. O contribuinte desse imposto, que deve ter relação direta com o fato que constitui o seu fato gerador, só pode ser o SUJEITO DO VERBO<sup>6</sup>, ser proprietário ou possuidor com o ânimo de ser proprietário, de “*propriedade predial e territorial urbana*”. Seja qual for o rótulo que seja dado pelo legislador ou pelo intérprete, o contribuinte do IPTU só pode ser o sujeito do verbo “*ser proprietário de imóvel, terreno ou prédio urbano*”.

Também, a sujeição passiva na qualidade de responsável tributário só pode ser “*o determinado legalmente*” (arts. 128 a 138 do CTN), e nunca um terceiro, cuja transferência do encargo tenha ocorrido por contrato, como é o caso do inquilino. O responsável tributário, aquele que tem ligação indireta com o fato gerador, previsto expressamente na lei<sup>7</sup>, não se confunde com a responsabilidade civil decorrente de previsão contratual. Legalmente, o inquilino não poderá ser contribuinte do IPTU, por absoluta falta de previsão legal, pois este não é proprietário nem possuidor com o ânimo de ser dono ou proprietário. O inquilino, por força da convenção ou do contrato de locação, sem dúvida, possui apenas a posse e o uso do imóvel. Também, não pode o inquilino ser enquadrado como responsável tributário, por total falta de tipificação da sujeição passiva indireta, por total falta de previsão legal e nexa causal.

O âmbito de aplicação ou incidência da lei tributária do IPTU, ou o aspecto espacial, incluem apenas os imóveis (terrenos e prédios) localizados no perímetro urbano ou em área urbanizada, nos termos da lei Municipal, preenchidos os requisitos do art. 32, parágrafo 1º, itens I a V, e parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional.<sup>8</sup>

Por este aspecto, a zona rural aparece como residual, no sentido de que o que não é área urbana é rural, cabendo ressaltar que sobre o imóvel rural incide um imposto federal denominado “*imposto territorial rural*”.

6 - “Para obviarmos tal empecilho é preciso fazer abstração absoluta dos demais critérios (o que só é possível no plano lógico-abstrato) e procurar extrair não o próprio fato, mas um outro evento que, uma vez condicionado no tempo e no espaço, venha a transformar-se no fato hipoteticamente descrito. Desta abstração emerge sempre o encontro de expressões genéricas designativas de comportamentos de pessoas, sejam aqueles que encerrem um fazer, um dar ou simplesmente, um ser (estado). Teremos, por exemplo, “vender mercadorias”, “industrializar produtos”, “ser proprietário de bem imóvel”, “auferir rendas”, “prestar serviços”, “construir estradas”, “pavimentar ruas” etc. Esse núcleo, ao qual referimos, será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento.”

7 - Art. 121, parágrafo único, I e II do CTN, diz: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo Único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

8 - “Art. 32 - .... Parágrafo 1º - Para os efeitos deste imposto entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Parágrafo 2º - A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior”.

Também, o aspecto espacial, além de fixar a área de competência do Município para exigir o IPTU, serve também como critério para determinar o Município competente, especialmente nos locais onde dois Municípios se encontram, como, por exemplo, São Paulo e São Caetano do Sul. A localização do imóvel aparece como critério para fixar o Município competente para exigir o IPTU. Inexiste, assim, a possibilidade da existência de dois Municípios concomitantemente competentes, pois a competência de um exclui a de outro. De outra parte, nenhum imóvel pode ser ao mesmo tempo urbano e rural.

O aspecto temporal, ou seja, o momento em que ocorre o fato gerador do IPTU, por pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, ocorre em 01/01 de cada ano.<sup>9</sup> A identificação do momento da ocorrência do fato gerador irá desencadear múltiplas consequências jurídicas relevantes, tais como: a possibilidade da prática do ato administrativo denominado lançamento; a determinação da lei aplicável; o câmbio aplicável para a conversão em moeda nacional; e a contagem de prazos, dentre outros.<sup>10</sup>

No aspecto valorativo, que é constituído pela base de cálculo e alíquota, nos termos do art. 33 do Código Tributário Nacional, aparece o *valor venal* da propriedade predial e territorial urbana como a sua base de cálculo. Todavia, há que ressaltar que o *VALOR VENAL* aparece como um parâmetro ou limite ao legislador, no sentido de que a base de cálculo fixado pelo legislador não poderá ser superior ao *valor venal*. A alíquota que serve como critério de mensuração do ônus tributário poderá ser, como regra geral, proporcional ou progressivo.

Não se confunde a progressividade com a proporcionalidade, pois nesta última a alíquota é fixa, e o aumento do valor do imposto, para mais ou para menos, decorre apenas como consequência da menor ou maior base.

A progressividade consiste, ao contrário, na variação de alíquotas ou percentuais, na proporção e na medida do aumento da base. A alíquota regressiva, na proporção do aumento da base, seria critério inconcebível por atentar contra o princípio da capacidade contributiva prevista no art. 145, parágrafo 1º, da CF.

Ressalte-se que a progressividade aplicável ao IPTU, como critério constitucional<sup>11</sup>, poderá ser:

a) Em decorrência da aplicação do princípio da capacidade contributiva<sup>12</sup>, que aparece como critério cogente e determinador na busca da isonomia tributária, no sentido de que as pessoas desiguais possuem o direito de serem tratadas desigualmente.<sup>13</sup> Evidentemente, se a Constituição proíbe o tratamento desigual dos iguais, também é verdade que o tratamento igual dos desiguais não coaduna com o verdadeiro sentido da igualdade jurídica. Além do

9 - Cf. nosso, Direito Tributário, Atlas, 1994, 6ª ed., p.66.

10 - Cf. Artigos 143 e 144 do Código Tributário Nacional.

11 - Elizabeth Nazar Carazza, IPTU e Progressividade - Igualdade e Capacidade Contributiva, Ed. Juruá, 1992, p. 92 e seguintes - expõe sobre a Progressividade do IPTU decorrentes do princípio da capacidade contributiva; da função social da propriedade e progressividade no tempo.

12- Art. 145, parágrafo 1º, da CF: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: ... Parágrafo 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

13 - Na lição de Aristóteles “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

O Art. 150, II, da CF, sobre a isonomia tributária, diz o seguinte: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

mais, o princípio da capacidade contributiva está inserido no Capítulo “do Sistema Tributário Nacional” e na Seção “dos Princípios Gerais”, e na mensuração da capacidade contributiva, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, pode ser tomado o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Sendo o IPTU incidente sobre o patrimônio, *o sempre que possível* – previsto no art. 145, parágrafo 1º, da CF deve ser entendido como obrigatório, cogente e dirigido em primeiro lugar ao legislativo competente. Tal interpretação vem ao encontro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consistente na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, previsto no art. 3º da CF, além da justiça como valor supremo previsto no seu preâmbulo.<sup>14</sup>

b) Em decorrência da implementação do princípio da igualdade ou da isonomia, previsto no art. 150, II, da Constituição Federal, a progressividade também poderá ser fundamentado no sentido de que os desiguais têm o direito de serem tratados desigualmente.

c) Em decorrência da expressa previsão do parágrafo 1º, do art. 156 da CF, o IPTU poderá, ainda, *“ser progressivo em razão do valor do imóvel”*.<sup>15</sup> Esta progressividade será determinada nos termos da lei municipal, de forma facultativa e atendendo ao interesse local. Aliás, a progressividade do IPTU já era permitida mesmo antes da Constituição de 1988.

d) Em decorrência de *“ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”*.<sup>16</sup>

e) Por último, progressividade no *tempo*, visando obrigar a adequação do uso social da propriedade à função social, previsto expressamente no art. 182, § 4º, II, da CF.

Veja as lições dos Profs. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e AIRES FERNANDINO BARRETO:

*“Caracteriza a progressividade no espaço pela utilização de alíquotas diferenciadas, consoante região em que se situe o imóvel, construído ou não”*.<sup>17</sup>

Ademais, existia a progressividade não só em função da progressividade no espaço, mas em função do valor do imóvel, em razão da superfície, em razão da destinação do imóvel, infra-estrutura ou equipamentos urbanos, conforme gabarito das construções ou número de pavimentos, critério misto de aplicação da progressividade, dentre outros.<sup>18</sup>

Não é outra a lição dos Profs. MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

14 - O mesmo se diga em relação ao preâmbulo, que aparece como diretriz de interpretação, traça os princípios, os objetivos e o momento histórico, etc. diz o seguinte: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundadas na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguintes Constituição da República Federativa do Brasil”.

15 - Preceitua o art. 156, I e parágrafo 1º, da CF: “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; .... Parágrafo 1º - Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”.

16 Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/00.

17 - Manual do Imposto sobre Propriedade Predial Territorial Urbana, RT, 1985, p. 124.

18 - CF. Ob. cit. Manual. p. 124/128.

*“Por progressividade entende-se a majoração da alíquota, a medida que cresce o valor da matéria tributável, não é incompatível com o princípio da igualdade e da profundidade. Ao contrário, é hoje aceita, e sendo relata UCKMAR, da Alemanha à Áustria, da França à Itália, da Holanda à Suíça, da Inglaterra à Dinamarca, à Suécia, à Noruega, à Espanha, aos Estados Unidos, ao Canadá, ao México, à Austrália ao Japão, pode-se dizer que não existiu um Estado onde no fim do século passado ou no princípio do presente, não existam impostos com alíquotas progressivas”.<sup>19</sup>*

Discute-se, na aplicação da progressividade no tempo, se há a necessidade ou não da lei municipal que conceitue o que seja *“função social da propriedade”*, ou, ainda, se é ou não dependente da existência da lei do plano diretor (art. 182, parágrafo 1º e da CF).

Hoje entendemos que sim!

Fixado o perfil do IPTU, passaremos a examinar a questão de fundo.

### 3. O INQUILINO E O IPTU

O inquilino ou o locatário é aquele que detém a posse direta do imóvel por força do contrato de locação, e o locador, como proprietário ou possuidor com o ânimo de ser dono, detém a posse indireta.<sup>20</sup>

Além de o inquilino ter a posse direta do imóvel alugado, por disposição expressa no contrato de locação, o locador (proprietário) transfere o ônus de pagar o IPTU e taxas incidentes sobre o imóvel. Normalmente, quem recebe a notificação do lançamento do imposto é o inquilino.

Apesar de, para muitos, parecer óbvia a ilegitimidade do inquilino para impugnar o lançamento, a verdade é que, no início de cada ano, são distribuídas ações propostas pelo inquilino visando impugnar o lançamento do IPTU, consistentes em medidas cautelares, anulatórias e até Mandado de Segurança, com recursos ao Tribunal competente, no caso de São Paulo, no passado, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil, e hoje, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Invocam, como fundamentos fáticos e jurídicos, o fato de terem assumido o encargo e o ônus de pagar o IPTU e taxas – apontando ilegalidades que importam na exigência do tributo em valor superior ao realmente devido. Acrescentam, ainda, a esses fatos, o total desinteresse do locador-proprietário e que, deixando de pagar o tributo, estaria caracterizada a infração contratual e com as conseqüências jurídicas, legais e contratuais decorrentes.

Não obstante, o inquilino é parte ilegítima para impugnar o lançamento do IPTU, pois não se enquadra na sujeição passiva como contribuinte nem como responsável tributário, como previsto no art. 121 do Código Tributário Nacional.

19 - Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, Saraiva, 1982, p.68.

20 - Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Vol. 3º, 1981, p. 27, sobre a questão diz o seguinte: “Todas as vezes, portanto, que o direito ou a obrigação de possuir caiba a outra pessoa que não o proprietário, a posse se desdobra e se apresenta sob duas faces, sendo *direta* para o que detém materialmente a coisa, e *indireta*, para o que concedeu ao primeiro o direito de possuir. É o que acontece também no caso de locação; por força do contrato, atribui-se ao locatário o direito de possuir a coisa locada e que vem a caber, destarte, a outra pessoa, que não o proprietário, no caso, o locador”.

A transferência do encargo por via de contrato não vincula o sujeito ativo, no caso, o Município, pois a responsabilidade tributária só poderia ser atribuída por lei e tendo como pressupostos o benefício, sucessão, infração à lei, descumprimento de obrigação acessória ou dever instrumental.

A transferência do encargo tributário via contrato de locação, apesar de a convenção aparecer como lei entre as partes, além de ter a natureza de obrigação civil, não tem a força de vincular terceiro não partícipe da norma individual do contrato, no caso, a Fazenda Pública Municipal.

Também, o art. 34 do CTN direciona no mesmo sentido:

*“Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”.*

Ademais, existe disposição expressa no Código Tributário Nacional, no seu art. 123, quando diz:

*“Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”.*

Este dispositivo cai como luva, pois a pretensão do inquilino invocando legitimidade para impugnar o lançamento encontra sustentáculo no contrato de locação, que é uma convenção particular, e, atribuindo legitimidade, também estar-se-ia modificando a sujeição passiva tributária, vedada expressamente pelo dispositivo legal retro citado, lei complementar nacional que vincula a todos, inclusive, o Município. Interpretação nesse sentido são as lições de Aliomar Baleeiro e P. R Tavares Paes.<sup>21</sup>

Assim sendo, falta ao inquilino a legitimidade para impugnar o lançamento tributário, e as eventuais questões ou conseqüências decorrentes do contrato de locação ou da transferência do encargo deverão ser resolvidas na esfera do direito privado.

Neste particular, já que inquilino não possui legitimidade para impugnar o lançamento nem é lícito assumir o encargo mais do que o devido, para não assumir a responsabilidade na esfera civil e importar na caracterização da infração contratual, a notificação do locador, com as razões fáticas e jurídicas, para a tomada de providências cabíveis, poderia resolver a questão, seja no que se refere à descaracterização da infração contratual ou do dever de assumir encargo ilegal.

Já decidiu o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

*“ACÓRDÃO: RESP 299563/SP (200100034691). 517385 RECURSO ESPECIAL. DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das*

21 - Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, Forense, 9ª ed., p. 425, diz expressamente: “Ius publicum privatorum pactis mutari non potest” e mais adiante arremata: “Entenda-se: não se libera quem deva ser sujeito passivo, porque outrem assumiu o encargo de prestar por ele o que a lei lhe impôs. As cláusulas valem apenas entre as partes”. No mesmo sentido, Comentários ao Código Tributário Nacional, P. R. Tavares Paes, Saraiva, 1981, p. 136.

*notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto. DATA DA DECISÃO: 14/10/2003. ORGÃO JULGADOR: - SEGUNDA TURMA. EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL IPTU. ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO. LOCATÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CPC, ART. 267, VI. PRECEDENTES.*

*1. O locatário não se reveste da condição de contribuinte nem de responsável tributário, por isso, não possui legitimidade ativa para impugnar o lançamento do IPTU. 2. Recurso especial conhecido e provido. RELATOR: MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS.*

*INDEXAÇÃO: VIDE EMENTA. FONTE: DJ DATA: 24/11/2003 PG: 00243.*

*VEJA: STJ - RESP 228626-SP (JBCC 192/148), RESP 172522-SP (RSTJ 121/207, LEXJTACSP 180/631, JSTJ 8/229), RESP 173230-SP, RESP 141633-SP, RESP 160996-MG, EDcl no RESP 119515-SP”.*

No caso dos inquilinos que escolhem a via do Mandado de Segurança para impugnar o lançamento, invocam como argumento reforço para fundamentar a legitimidade o art. 3º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que diz o seguinte:

*“O titular do direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor de direito originário, se o seu titular não o fizer; em prazo razoável apesar de para isso notificado judicialmente”.*

Também a invocação desse dispositivo legal não legitima o locatário ou inquilino para figurar no pólo ativo do Mandado de Segurança.

Sobre essa ação especialíssima, escreve HELY LOPES MEIRELLES:

*“O essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo. Não há confundir interesse com direito subjetivo e, principalmente, com direito subjetivo líquido e certo, que é o único protegível por mandado de segurança”. (RT 274/78)<sup>22</sup>*

Interpretando o dispositivo retro citado, escreve CELSO AGRÍCOLA BARBI:

*“A substituição processual depende, nesse caso, dos seguintes requisitos legais: a) que o direito do substituto processual seja decorrente do direito do substituído; b) que ambos os direitos os direitos sejam líquidos e certos; c) que o titular do direito originário, judicialmente notificado para propor a ação de mandado de*

22 - Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”, RT, 12ª ed. p. 31.

*segurança, não o faça no prazo razoável”.*<sup>23</sup>

No mesmo sentido, LEONARDO GRECO, citando Celso Agrícola Barbi.<sup>24</sup>

ARNOLD WALD, todavia, parece identificar a aplicabilidade da situação prevista no art. 3º da Lei nº 1533/51, quando diz:

*“No tocante ao mandado de segurança, tal interesse pode existir por parte não apenas de uma pessoa, mas sim de uma categoria de pessoas indeterminadas, cabendo a qualquer uma delas a impetração nos termos do parágrafo 1º do art. 319 do CPC. Em outros casos, o ato ilegal provoca uma reação em cadeia, prejudicando direta e indireta ou remotamente outros interessados. É o caso de erro na classificação de concursados ou lista de antiguidade ou merecimento de funcionários em que direito lesado é apenas de uma pessoa, mas com reflexos sobre todos os demais que são atingidos indiretamente pela irregularidade do ato administrativo praticado”.*<sup>25</sup>

Com efeito, mesmo em relação ao Mandado de Segurança, o inquilino não possui legitimidade para a impetração.

Mesmo considerando a eventual contradição entre o art. 3º da Lei n. 1533/51 e o CPC de 1973, aplica-se a regra extraída da Lei de introdução ao Código Civil, devendo prevalecer a regra: lei nova prevalece sobre a mais antiga.

A aparente contradição existente entre a Lei do Mandado de Segurança retro citado e o CTN não subsiste. Além de o Código Tributário Nacional ser uma Lei Complementar Nacional, que estabelece “normas gerais”, com superioridade formal, é mais nova (25/10/1966).

O mesmo se diga em relação a outras medidas judiciais, tais como a medida cautelar inominada, a ação anulatória, a ação declaratória, entre outros, por faltar interesse e legitimidade.

Concluindo, o inquilino é parte ilegítima para impugnar lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana e taxas municipais, pelas razões retro expostas.

#### **4. Riassunto:**

*Nonostante le disposizioni esplicite degli articoli 34 e 123 del Codice Tributario Nazionale, è fatto comune che l'inquilino pretenda la contestazione dell' IPTU e delle tasse, a pretesto che l'onere gli è stato trasferito dal proprietario dell'immobile per occasione della formulazione del contratto di afflito. Non esiste nel Diritto Tributario brasiliano il concetto: “contribuente di fatto”. Il diritto positivo contiene soltanto l'entità del contribuente e del responsabile (articolo 121, paragrafo unico, I e II del CTN). Abbiamo inizialmente proceduto all'esame della natura dell'IPTU, per cui, considerata la materialità “proprietà immobiliare e territoriale urbana”, unicamente il contribuente può essere il soggetto del verbo “essere proprietario o possedente” e in*

23 - Mandado de Segurança, Forense, 1976, p. 169.

24 - Natureza Jurídica do Mandado de Segurança, Separata da Revista Arquivos do Ministério Público, n. 129, março de 1974, Rio de Janeiro.

25 - Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária, Forense, 1968, p. 177.

*nessun caso l'inquilino, il quale non possiede nessun vínculo diretto o indiretto com il potere pubblico tributante. Neppure è possibile il contratto che, dovuto trattarsi di legge fra lê parti, non possiede la forza di vincolare umterzo. Abbiamo inoltre dimostrato l'impossibilità per l'inquilino di contestare i termini d'imposizione dell'IPTU e delle tasse, una volta che tale interpretazione condurrebbe a una modifica del concetto di contribuente previsto della legge. Sono state raccolte lezioni di dottrinatori e precedenti in giurisprudenza che fontamentano la tesi da noi sostenuta, ossia, che l'inquilino non ha la legittimità per contestare i termini d'imposizione dell'IPTU e delle tasse.*  
**Parole chiavi:** *Diritto tributario – Diritto costituzionale – Diritto municipale – Inquilino – Imposto immobiliare – Territoriale urbano – Tributo – Tasse – Illegittimità – Concetto contribuente.*

**Sommario:** *1 – Introduzione. 2 – Caratteristiche dell' IPTU. 3 – L'inquilino. Riassunto. Referimenti.*

## 5. REFERÊNCIAS:

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 9ª ed.
- BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro : Forense, 1976.
- BORBON, Sandra A. Lopes. *Do IPTU*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU - progressividade – igualdade e capacidade contributiva*. Curitiba : Juruá, 2000.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo : Saraiva, 1982.
- FERNANDES, Cíntia Estefânia. *IPTU – texto e contexto*. São Paulo : Quartier Latin, 2005.
- GRECO, Leonardo. *Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*. Separata da Revista Arquivos do Ministério Público, n. 129, março de 1974, Rio de Janeiro.
- ICHIHARA, Yoshiaki, *Direito tributário na Nova Constituição*. São Paulo : Atlas, 1989.
- *Direito Tributário*. São Paulo Atlas, 1994.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e BARRETO, Aires Fernandino. *Manual do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”*. São Paulo : RT, 12ª ed.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo : Saraiva. v. 3º, 1981.
- *Curso de direito civil*. São Paulo : Saraiva. v. 1, 20ª ed., p. 138 e ss.
- PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo : Saraiva, 1981.
- WALD, Arnold. *Do mandado de Segurança na prática judiciária*, Rio de Janeiro : Forense, 1968.





# A POLÍTICA ECONÔMICA DE REGULAÇÃO DOS PREÇOS

Andréa Queiroz Fabri<sup>1</sup>

## Resumo:

O estudo que se segue tem por objetivo demonstrar as formas mais comuns de atuação estatal no domínio econômico com o fim de regular os preços. Em se fazendo parte de um Estado de Direito Democrático, é mister aclarar quais os limites constitucionais desta atuação.

**Palavras-chave:** Preço. Intervenção do Estado. Regulação de preços. Estado de Direito Democrático. Ordem Econômica.

## Sumário:

1. Introdução – 2. Formas da intervenção estatal sobre os preços – 3. O abuso na fixação dos preços pelo mercado – 4. A interferência de regras relativas aos preços no mercado internacional – 5. Conclusão – 6. *Abstract* – 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Sempre que abusos relativos ao estabelecimento de preços ocorrem por parte do mercado, é comum encontrar aqueles que advogam pela extrema atuação estatal sobre o caso.

O Brasil, que já viveu problemas econômicos não negligenciáveis, utilizou, em vários momentos, da política econômica da regulação de preços, mais ou menos intensamente.

Para se discutir política econômica da regulação dos preços, impende destacar, primeiramente, o que é preço. De forma simples, o preço expressa o valor dos custos mais o lucro. No entanto, é conhecido o valor conferido a um bem não somente pelo trabalho e matéria-prima agregada e sua utilidade, mas, sobretudo, pela sua raridade e pelo volume da demanda. Assim, pode-se chegar ao que Walras e Pareto consideram o “PONTO DE EQUILÍBRIO”, ou seja, uma situação de mercado em que a oferta e a procura são responsáveis pela determinação do que Washington Peluso classifica como PREÇOS NORMAIS.<sup>2</sup>

A história provou, no entanto, que o poder de satisfação do mercado é falho, uma vez que nem sempre demanda e oferta são elásticas. Ainda, fatores como a insubstituibilidade de certos bens ou serviços essenciais à existência digna podem levar a uma extorsão por parte dos fornecedores (em especial, quando adotam práticas concertadas), privando grande parte da população de seu consumo.

Devido a tais evidências, o estado passa a intervir na atividade econômica, posto que não mais se admite o uso irrestrito da propriedade nem a afronta aos direitos fundamentais. No Brasil., isso se encontra na ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, em plena coerência com o paradigma democrático adotado pelo constituinte e com os fins da República Federativa do Brasil (RFB).

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Estado pela ESA-MG/UNIUBE, Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela UFMG Professora de Direito Financeiro e Direito Econômico da UNIUBE.

<sup>2</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. p. 513.



Sabe-se que existem vozes contra a intervenção do estado na economia, o que nos parece descabido, uma vez que, na atualidade, a intervenção estatal na economia é subsidiária e excepcional (no Brasil, pelos artigos 173 e 174, *caput*, CF/88). Isto traduz que a interferência do estado no domínio econômico ocorre justamente para garantir a livre iniciativa e a livre concorrência. Portanto, o que caracteriza o regime de um estado não é a intervenção, mas o seu grau ou intensidade.

Em sua atuação sobre a economia, o estado pode, às vezes, exercer a função empresarial (em monopólio ou concorrencialmente) e, mais comumente, editar regras mais ou menos flexíveis, através da política econômica.

## 2. FORMAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL SOBRE OS PREÇOS

Quando a ação estatal é mais abrangente, costumam-se tomar algumas providências em relação à atividade empresarial privada, sob a justificativa de atender aos interesses sociais. Assim, pode haver uma diversidade de medidas ligadas aos preços de bens e serviços produzidos pelos particulares.

Numa classificação mais complexa, os preços podem ser, segundo Washington Albino<sup>3</sup>:

- impostos (o estado obriga a venda por determinado valor);
- controlados (não há um valor fixo, mas procura-se evitar abusos);
- tabelados (com sanções para os fornecedores que descumprirem os valores fixados);
- orientados (como recomendação);
- vigiados (sob fiscalização);
- regulados (atualmente, pelas agências, na sua atividade fiscalizadora, de acordo com o reajuste dos contratos estabelecidos entre o estado e concessionárias), existindo ainda o preço público, por atividades prestadas por estatais.

É de se lembrar, no entanto, que várias dessas modalidades de preços já foram utilizadas pelo estado, inclusive no Brasil, e que se demonstraram ineficientes e enganosas. Em época de controle e tabelamento, o Conselho Interministerial de Preços fixava os preços para um determinado período, considerando os possíveis reajustes, juros e correção monetária até o termo final. Conseqüentemente, a coletividade, que se julgava beneficiada com tal ação, pagava mais caro por um bem ou serviço desde o período inicial do tabelamento, antecipando os lucros das empresas.

Com a Constituição de 1988, a livre iniciativa passou a ser fundamento da RFB (artigo 1º) e da Ordem Econômica (artigo 170, *caput*), não podendo o estado invadir a liberdade praticável do mercado.<sup>4</sup>

---

3 SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. pp. 513-516. Para o entendimento do sistema de preços em Portugal, vide MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. pp. 296-298. VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico**: a ordem econômica na constituição portuguesa. pp. 364-367. SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. pp. 455-460.

4 Concorrência ou liberdade de concorrência praticável advém do termo inglês *workable competition*, uma vez que inexistente concorrência perfeita, com igualdade de condições, até porque a busca pelo aprimoramento de serviços e produtos depende da desigualdade (o que difere de extrema discrepância) entre competidores.

### 3. O ABUSO NA FIXAÇÃO DOS PREÇOS PELO MERCADO

Da mesma forma que o estado não pode intervir excessivamente no domínio econômico de forma a controlar preços, é vedado ao setor empresarial utilizar seu poder de mercado para acertar preços entre concorrentes ou elaborar quaisquer estratégias para aumentar abusivamente seus lucros. O que se defende é a concorrência pela não imposição de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, a não cartelização, dentre outras práticas.

Num sistema que adota a livre concorrência, não há que se questionar a existência de melhores ou maiores fornecedores de produtos e serviços ou menores preços ou, sequer, sua devida eficiência. Isso seria pôr em dúvida a licitude de uma posição dominante no mercado.

No Brasil, a posição dominante é definida pelo §2º do artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC), e esta posição é presumida quando o empreendimento possui mais de 20% do mercado relevante, segundo o § 3º do mesmo dispositivo. Isso é ainda verificado para a apresentação de atos de concentração que resultem em dominação de 20% ou mais do mercado relevante (artigo 54, § 3º da mesma lei).

Pelo artigo 20, § 2º da LDC, a posição dominante pode ser alcançada através de conquista natural de mercado, o que presume investimento, pesquisa, propaganda, eficiência.

A licitude da posição dominante pela eficiência foi consagrada por várias decisões, como a do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Européia, no caso *Continental Can X Comissão*.<sup>5</sup>

Não obstante a posição dominante ser perfeitamente aceitável, seu abuso não é tolerado. Configura abuso de posição dominante a utilização desta posição para impedir a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (no ordenamento jurídico pátrio, artigo 20, III e IV da LDC) através das práticas exemplificativas (artigo 21 da LDC) ou de qualquer outra que cause ou possa causar dano à concorrência e à coletividade consumidora (destinatária dos bens jurídicos de que trata a LDC – artigo 1º, parágrafo único).<sup>6</sup>

Ao contrário da posição dominante, a utilização de algumas práticas ilícitas<sup>7</sup> pode levar à dominação de mercados, de maneira a infringir a ordem econômica. Uma situação oligopolística é muito propícia para a conduta cartelizada, em que os poucos competidores de um mesmo mercado se unem para delimitar territórios e preços de seus produtos ou serviços. O objetivo mediato, neste caso, consiste no aumento dos lucros. De difícil prova documental, os acordos entre concorrentes – cartéis – geralmente são detectados através da prévia verificação de alguns fatores econômicos: a existência de preços similares num mesmo mercado geográfico, a disposição ou não dos consumidores para procurar o mesmo produto/serviço em outra localidade, os custos de distribuição e transporte, formação de barreiras à entrada de novos concorrentes. Casos nesse sentido, verificando dominação de mercado, foram decididos pela Suprema Corte Norte-Americana (*Soconny-Vacuum Oil Co.*, *American Tobacco*

5 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. pp. 150-152.

6 Para uma específica compreensão do tema, vide MALAURIE-VIGNAL, Marie. **L'abus de position dominante**, que assim explica: "*La position dominante ne pas un mal en soi*". Em tradução livre: "A posição dominante não é um mal em si."

7 Cartéis, preços predatórios, açambarcamento de mercadorias, imposição de cláusulas de exclusividade, ilícitos de associações profissionais, dentre outras.



Co.) e pela Comissão da EU – União Européia.<sup>8</sup> Ao final, o que se pretende é evitar a falta de acesso da coletividade a bens e serviços insubstituíveis pela sua natureza, pesquisa, tecnologia ou mesmo barreiras estatais.

Outra forma de manipulação de mercados diretamente por meio dos preços é conhecida vulgarmente por PREÇOS PREDATÓRIOS. O artigo 21 da LDC define esta prática como venda injustificada abaixo do preço de custo.<sup>9</sup> Não necessariamente requer a venda aquém dos custos, até porque, se a empresa não fizer parte de um grupo de cooperação economicamente mais forte ou trabalhar somente com um produto, sua atividade se torna insustentável. Maior problema ocorre quando, para eliminar a concorrência, retira do seu produto similar parcela significativa do preço, compensando a perda em produtos outros de sua fabricação.

Preços aconselhados ou sugeridos constituem outra maneira de atuar no mercado, e isso costuma se manifestar nas tabelas de preços. Embora os preços dessas tabelas sejam considerados uma sugestão, não é comum deparar com preços abaixo dos estabelecidos por elas. Nem sempre, contudo, manifestam uma dominação ou manipulação, como no caso da Honda France, que não obrigava o preço, não impedindo, portanto, a concorrência entre os distribuidores.<sup>10</sup> Diferentemente, são os preços tabelados por grupos ou associações profissionais. O problema que gravita, nesse caso, é a imposição de preços base, impedindo a concorrência (tabelas de honorários profissionais, por exemplo, que ensejaram inúmeros processos administrativos junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, bem como ações em outros países).<sup>11</sup> Ainda, a imposição de preços teto dificulta o investimento no aperfeiçoamento do produto/serviço, perdendo o consumidor o direito de escolha entre produtos no mesmo mercado, já que os fornecedores não são estimulados a competir.

Embora as demais condutas, tipificadas ou não no artigo 21 da LDC, não se refiram diretamente aos preços, o fato é que qualquer prática que vise a eliminar a concorrência tem por fim a dominação por oligopólio/monopólio – oligopsônio/monopsônio, cujo escopo mediato é a maximização dos lucros pela imposição dos preços.

#### 4. A INTERFERÊNCIA DE REGRAS RELATIVAS AOS PREÇOS NO MERCADO INTERNACIONAL

Até o presente momento, tratou-se do preço como meio de atuação do estado e da empresa no mercado interno. Todavia, com a intensificação do comércio internacional, a possibilidade de concorrência desleal torna-se cada vez mais acentuada. Mesmo nos tempos do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) – vigorando a partir de 1947 como simples Capítulo IV da Carta de Havana, em detrimento da Organização Internacional do Comércio, de 1944, junto com Fundo Monetário Internacional - FMI e Banco Mundial – BIRD – o livre comércio já era negociado através das várias Rodadas.<sup>12</sup>

O artigo VI do GATT já dispunha sobre *dumping* como forma de dano à concorrência

8 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. pp. 168-172.

9 Vide nota sobre Processo Administrativo nº 08012.006836/98-13, julgado pelo CADE, em FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. pp. 174-175.

10 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. p. 184.

11 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. pp. 184-191.

12 As decisões do antigo Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT – eram tomadas em rodadas, como a Dillon, a Tóquio, a Uruguai.

internacional, e as práticas *antidumping* foram negociadas na Rodada Tóquio.

Não é rara a confusão que se faz entre preço predatório e *dumping*. Se o objetivo final de ambos consiste na eliminação da concorrência, o primeiro ocorre no mercado geográfico interno, enquanto o segundo, no mercado internacional. Ademais, o *dumping* não requer que o preço vendido no mercado externo esteja abaixo do custo (mesmo porque o país exportador pode ter vantagens comparativas em relação a determinado mercado). O que caracteriza o *dumping* é a venda de produto em país estrangeiro por preço inferior ao praticado para o produto similar no país de sua fabricação.

A Organização Mundial do Comércio – OMC, intensificando as medidas *antidumping* inauguradas na era GATT, dispõe, ainda, que não basta a só venda abaixo do preço interno. Segundo Thorstensen, tudo dependerá do mercado, da substituíbilidade do produto, do cálculo da margem entre dano e *dumping*. Para se chegar a alguma comprovação, investigação é aberta, não sendo exigido posicionamento posterior das autoridades multilaterais caso haja acordo entre as partes interessadas.<sup>13</sup> Com tais medidas, procura-se evitar abuso de posição dominante. O que se pode notar é que, nesse caso, a imposição de preços parte da iniciativa privada, não necessariamente concorrendo, para tanto, qualquer auxílio estatal.

Já no caso dos subsídios, os estados têm participação na eventual concorrência desleal no âmbito internacional, o que implica a imposição de medidas compensatórias por parte do órgão de solução de controvérsias da OMC.<sup>14</sup>

## 5. CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se notar que a política econômica da regulação dos preços não representa unicamente a ação estatal sobre a atividade econômica pública ou privada.

O regime de livre concorrência e livre iniciativa adotado permite que o mercado regule seus próprios preços, mas, como a liberdade privada não é garantia de liberdade de acesso e consumo coletivos (princípio da ordem econômica), atividades concertadas e concentrações de empresas podem acarretar danos coletivos por meio de externalidades negativas.<sup>15</sup> É nesse momento que se deve contar com a figura do Estado e da sociedade internacional legitimada, não como entes impositores ou tabeladores de preços, mas no papel de fazer cumprir as liberdades de todos os setores participantes da ordem econômica: empresarial, trabalhista e consumidora.

No âmbito estatal, a intervenção se dá, no Brasil, através do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), da SDE (Secretaria de Direito Econômico) e do Ministério Público, na sua função de zelar pela ordem econômica. Internacionalmente, a fiscalização ocorre através do órgão de solução de controvérsias da OMC (Organização Mundial do Comércio), condenando o *dumping*<sup>16</sup> e os subsídios.<sup>17</sup> Ainda em área externa, cabe lembrar a

13 THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização mundial do comércio**: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. pp. 115-117.

14 THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização mundial do comércio**: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. pp. 133-144.

15 Externalidades negativas constituem os efeitos negativos derivados da atividade econômica. Estes efeitos não são os desejados como o fim do negócio, mas são inerentes à atividade econômica e, portanto, inevitáveis. Somente a intervenção do estado com regras compensatórias pode diminuir esses resultados. Isto pode ser exemplificado por algumas normas de Direito Ambiental, como obrigar o empresário a reflorestar, em decorrência de uma atividade desmatadora ou poluidora.

16 Venda, em território estrangeiro, de mercadoria ou serviço por preço inferior ao praticado no próprio país.

17 Auxílio econômico a um setor ou empresa conferido pelo estado, tomando o produto final mais competitivo no mercado, devido à diminuição dos custos de produção.



tolerância dos organismos internacionais em relação à “quebra” de patentes de medicamentos contra a AIDS, de países como o Brasil e desde que obedecidas as formalidades legais, pois o preço dos referidos produtos se torna impraticável. A interferência no domínio econômico e no direito do lucro se deve à prevalência do direito à vida, em qualquer hipótese.

Deve-se ressaltar que a atividade econômica é imprescindível para todos os setores sociais, pois ela impulsiona o trabalho e regula o nível dos salários, ao mesmo tempo em que esse fator reflete na capacidade de consumo e na liquidez da economia. Daí a importância do tema para o Direito, que merece maior atenção preventiva do que repressiva, através de políticas econômicas adequadas ao paradigma do Estado de Direito Democrático.

#### **6. Abstract:**

*The following text shows the most ordinary ways with which the State interferes in the economy in order to regulate prices. Considering a Democratic State, it is necessary to explain the constitutional limits of this kind of State regulation.*

**Key words:** Price. State intervention. Price regulation. Democratic State. Economic Order.

#### **7. Bibliografia**

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMY, Marc. **Essai sur l'equilibre de la convention de non-concurrence**. Perpignan: Presses Universitaires de Perpignan, 1999.

MALAUURIE-VIGNAL, Marie. **L'abus de position dominante**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1988.

RIEM, Fabrice. **La notion de transparence dans le droit de la concurrence**. Paris: L' Harmattan, 2002.

SANTANA, Carlos Alberto Caboz. **O abuso da posição dominante no direito da concorrência**. Lisboa: Scire Leges, 1980.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999.

THORSTENSEN, Vera. **OMC – Organização mundial do comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico: a ordem econômica na constituição portuguesa**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.



# OS CONSELHOS DE DIREITOS DO IDOSO E O DESAFIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA\*

Éder Ferreira\* \*

Mariana Furtado Arantes\* \*\*

## Resumo:

O presente artigo põe em discussão o alcance e a finalidade dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas, com ênfase no segmento do idoso. Tem, pois, como objetivo difundir a temática dos Conselhos e dos direitos do idoso, principalmente entre os acadêmicos e profissionais do direito, já que eles têm um papel fundamental na construção/defesa do Estado Democrático de Direito e de suas instituições, e na ampliação e consolidação de uma cultura jurídica crítica.

**Palavras-chave:** Conselhos. Estatuto do Idoso. Política Nacional do Idoso. Controle Social. Democracia Direta.

## Sumário:

1. Introdução – 2. Conselhos gestores de políticas públicas: natureza e composição – 3. Atribuições dos Conselhos – 4. Conselhos de direitos do idoso: as especificidades de um segmento – 5. Fundos da política do idoso – 6. Direitos do idoso – 7. Considerações finais – 8. *Abstract* – 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Na década de 1990, em resposta aos movimentos sociais de 1970 e 1980, o Brasil assistiu à luta e à legalização da democracia instituída na constituição de 1988, que, em seu art.1º, § único, expõe que “*Todo poder emana do povo, que o exerce indiretamente, por representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta constituição*”.

A constituição de 1988 prevê a criação de canais de participação: Conselhos, Conferências, Fóruns, Orçamento participativo, Plebiscito, iniciativa popular de lei e referendo. Com a promulgação da referida constituição, a edição de legislações sociais e a política de descentralização administrativa do Estado, houve uma generalização das gestões participativas e do controle social, principalmente por oferta estatal, como, por exemplo, os Conselhos vinculados ao repasse de verbas federais aos municípios.<sup>1</sup>

Os Conselhos, então, são resultado dessas lutas dos movimentos sociais das décadas de 1970 e 1980 contra o autoritarismo, a corrupção, o corporativismo dos tradicionais mecanismos de luta popular (partidos, sindicatos, associações...), e por melhores condições de vida, reivindicando espaços de controle social das políticas públicas sociais, até então dominadas pelos agentes estatais.

Os Conselhos são uma tentativa de instituir mecanismos publicizadores na aplicação

\* Adaptação da Cartilha dos Conselhos de Direitos do Idoso, publicada pelos autores pela Editora do Senado Federal.

\*\* Membro da Comissão de Implantação do Conselho Municipal de Direitos do Idoso em Uberaba – MG Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba – UNIUBE.

\*\*\* Graduada em Ciências Sociais – UNIUBE, em 2004. Membro da Comissão de Implantação do Conselho Municipal de Direitos do Idoso em Uberaba – MG Assistente Social da Prefeitura Municipal de Pirajuba e da ASP – Assessoria e Pesquisa Social.

1 Neste sentido, ver: CARVALHO, Maria do Carmo A. A. **Participação social no Brasil hoje**, 1998.



do dinheiro público, uma vez que cabe a eles a administração dos fundos de apoio às políticas sociais. Sendo assim, os Conselhos surgem como estratégia de os cidadãos redirecionarem a gestão das políticas públicas em busca do acesso aos direitos e à cidadania.

Os Conselhos são, ainda, uma forma de os cidadãos reconquistarem a soberania popular na gestão do bem público, o que dependerá da democratização da cultura política da sociedade, assim como da publicização de todas as ações do Estado e da sociedade civil.<sup>2</sup>

A Lei n. 8.842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso – PNI, e que tem por objetivo assegurar os direitos sociais desse segmento (art. 1º), impôs, em caráter de obrigatoriedade, a criação de Conselhos gestores nos três níveis da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Tendo a referida lei reservado, em seu Capítulo III, as normas relativas à organização e gestão da PNI, conferiu aos Conselhos a prerrogativa de participação na coordenação geral de tal política por meio da supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação (arts. 5º e 7º da Lei n. 8.842/94).

Atribuiu, ainda, aos Conselhos o caráter permanente, paritário e deliberativo, garantindo, pois, sua composição por igual número de representantes dos órgãos e entidades governamentais e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área (art. 6º da Lei 8.842/94).

Posteriormente, o Estatuto do Idoso (Lei n.10.741/03) ampliou a competência dos Conselhos quando lhes propugnou a tarefa de zelar pelo cumprimento de todos os direitos estabelecidos pelo estatuto (art. 7º da Lei n. 10.741/03).

E, no que se refere às entidades de atendimento ao idoso, o estatuto lhes conferiu a responsabilidade por sua própria manutenção. Apesar disso, deve-se destacar a obrigatoriedade do respeito às normas emanadas do poder público sob orientação dos Conselhos, bem como a necessidade de inscrição dos programas de atenção ao idoso no Conselho Municipal, ou, em sua falta, no Conselho Estadual ou Nacional (art. 48 da Lei n. 10.741/03).

Essa disposição obriga as entidades de atendimento ao idoso a inscrever seus programas junto ao Conselho para que possam concorrer às verbas destinadas pelo governo federal para esse segmento. Dessa forma, não havendo conselho municipal do idoso, aquelas entidades terão de concorrer aos recursos no âmbito estadual, o que pode se tornar um obstáculo à eficácia da PNI.

## 2. CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NATUREZA E COMPOSIÇÃO

Os Conselhos gestores de políticas públicas são espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e Sociedade Civil, de natureza deliberativa e consultiva, cuja função é formular e controlar a execução das políticas públicas setoriais. Os Conselhos são, atualmente, o principal canal constitucional de participação popular encontrada nas três instâncias de governo (federal, estadual e municipal).<sup>3</sup>

2 Cf. RAICHELIS, Raquel. *Esfera pública e conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática*, 2000 e WANDERLEY, Luiz Eduardo W. *Desafios de uma gestão pública democrática na integração regional*. *Revista Serviço Social e Sociedade*, 2004.

3 No mesmo sentido: CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *Participação social no Brasil hoje*, 1998.



Os Conselhos são espaços públicos porque constituem uma arena de debate e discussão na construção de acordos e na elaboração de políticas públicas. É, pois, a possibilidade legal de explicitação dos interesses, reconhecimento da existência das diferenças e da legitimidade do conflito e da troca de idéias como procedimento de tomada de decisões sobre a elaboração, acompanhamento, fiscalização e avaliação das políticas públicas.<sup>4</sup>

A composição dos Conselhos é plural porque permite a participação de pessoas de qualquer gênero, crença religiosa, etnia, filiação partidária, convicção filosófica, ou seja, existe a possibilidade de que os Conselhos sejam compostos por toda a pluralidade de pessoas que constituem a sociedade brasileira. Isso implica a adoção das diferenças como fator essencial na elaboração, supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação das políticas públicas.

Com relação à paridade, significa que os Conselhos devem ser compostos por um número par de Conselheiros, sendo que, para cada Conselheiro representante do Estado, haverá um representante da sociedade civil. (Por exemplo: se um Conselho tiver 14 Conselheiros, 7 serão representantes do Estado e 7 representarão a sociedade civil).

A natureza deliberativa dos Conselhos é sua capacidade própria de decidir sobre a formulação, controle, fiscalização, supervisão e avaliação das políticas públicas, inclusive nos assuntos referentes à definição e aplicação do orçamento, como instituição máxima de decisão. Por isso representa uma instância superior ao Estado. (Por exemplo: se o prefeito quiser desenvolver um projeto social e o Conselho quiser a implantação de outro no lugar daquele, deve prevalecer a vontade do Conselho, dado seu caráter deliberativo).

A natureza consultiva dos Conselhos, por sua vez, significa que o Estado, para decidir sobre o direcionamento das políticas públicas, deve consultar o Conselho correspondente ao setor/segmento em questão. O objetivo é atender às reais necessidades do setor/segmento a que se destinam as políticas públicas (Por exemplo: se o prefeito, com o secretário de saúde, resolve implantar um programa de saúde, antes deve consultar o Conselho Municipal de Saúde, que, por ser composto por profissionais, representantes de instituições que atuam no setor, usuários do serviço, entre outros, tem maior condição de conhecer os “problemas” de saúde do município).

### 3. ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS

E qual é, então, o papel dos Conselhos gestores de políticas no Estado Democrático de Direito? É promover o reordenamento das políticas públicas brasileiras rumo à governança democrática, podendo realizar diagnósticos, construir proposições, fazer denúncias de questões que corrompem o sentido e o significado do caráter público das políticas, entre outros. Significam, assim, o rompimento com a distância entre a participação popular e a esfera em que há as tomadas de decisões.

Sendo assim, os Conselhos podem ser criados para a formulação, acompanhamento e fiscalização de políticas públicas (assistência social, idoso, saúde, educação...), programas (programa bolsa-família, programa primeiro emprego, alimentação escolar...) ou por temas de trabalho (Mulher, Cultura, Esporte, Transporte...)<sup>5</sup>

4 Cf. TATAGIBA, Luciana. *Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil*, 2002.  
5 TATAGIBA, Luciana. *Op. Cit.*, 2002.

Os Conselhos gestores da política do idoso não apenas podem, mas devem ser criados, pois a Política Nacional do Idoso – PNI (Lei n. 8.842/94) e o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03) obrigam a criação de Conselhos de direitos do idoso nos governos federal, estaduais e municipais.

#### **4. CONSELHOS DE DIREITOS DO IDOSO: AS ESPECIFICIDADES DE UM SEGMENTO**

Os Conselhos de direitos do idoso são compostos por representantes de entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso, pastorais da pessoa idosa, grupos de convivência de idosos, associações de aposentados, idosos usuários de serviços públicos, profissionais que atuam no atendimento ao idoso, entre outros que possuam vinculação ao segmento.

Os Conselheiros representantes de entidades governamentais são indicados pelo chefe do Poder Executivo respectivo (União, Estados e Municípios), e os representantes de entidades não-governamentais são eleitos em fórum próprio ou na conferência bienal. A atividade de Conselheiro não é remunerada, nem gera vínculo empregatício, sendo considerada atividade de relevância pública.

São atribuições dos Conselheiros de direitos do idoso supervisionar, acompanhar, fiscalizar e avaliar a Política Nacional do Idoso – PNI nos Municípios, nos Estados e na União (art. 7º da PNI), além de zelar por todos os direitos do idoso definidos no estatuto (art. 7º do Estatuto do Idoso). Isso implica a competência de fiscalização das instituições governamentais e não-governamentais que atendem o idoso, as quais devem ser cadastradas junto ao conselho.

Para tanto, eles devem requisitar relatórios das entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso; realizar visitas a essas instituições; promover fóruns de debates abertos à população; notificar a Vigilância Sanitária, o Ministério Público e o Poder Legislativo para informar infrações a direitos do idoso; garantir o efetivo controle social da política de atenção ao idoso, do orçamento e da gestão de fundos do idoso (nacional, estadual e municipal).

No que tange ao Estatuto do Idoso, os Conselheiros deverão zelar pelos direitos do idoso, supervisionando, acompanhando, fiscalizando e avaliando as Políticas Nacional, Estadual e Municipal do Idoso, além de receber e encaminhar denúncias, requisitar vistorias e elaborar relatórios para o Ministério Público e/ou para a Vigilância Sanitária, realizar e estimular campanhas de divulgação dos direitos do idoso, promover cursos de capacitação de cuidadores e de profissionais que atuam no atendimento ao idoso, bem como, para Conselheiros e demais interessados, exigir a publicidade das prestações de contas dos recursos públicos e privados recebidos pelas entidades de atendimento, entre outros.

Dessa forma, o grande desafio que se coloca aos Conselheiros é: superar a fragilidade da Sociedade civil no que tange à sua formação, uma vez que não se pode negar o passado autoritário da história brasileira; superar a pouca capacitação técnica e política para a negociação e proposição de políticas públicas; buscar a transparência das gestões governamentais; estabelecer parcerias com a sociedade; lutar pela democratização da cultura política do Estado e sociedade, buscando a co-gestão de políticas públicas. Além de conhecer profundamente a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso.

## 5. FUNDOS DA POLÍTICA DO IDOSO

Os fundos de atenção à política do idoso são órgãos da administração pública, ou seja, compõem a administração direta do governo (federal, estadual ou municipal), porém são controlados pelo conselho de direitos do idoso correspondente (federal, estadual ou municipal). Têm como finalidade operacionalizar as políticas nacional, estadual e municipal do idoso, mediante o financiamento e fomento de projetos e programas de atenção ao idoso, bem como o apoio a entidades de atendimento ao idoso.

## 6. DIREITOS DO IDOSO

São direitos do idoso, que devem ser zelados pelo conselho, dentre outros:

- a) – Ser considerado idoso, se tiver idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;
- b) – Receber proteção integral;
- c) – Ter oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade;
- d) – Ter absoluta prioridade na efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária;
- e) – Não ser objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão;
- f) – Exercer atividade profissional, respeitada sua condição física, intelectual e psíquica;
- g) – Ter Benefício de Prestação Continuada – BPC/LOAS, se tiver idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos e renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo vigente;
- h) – Não ser o computado o BPC já concedido a qualquer membro da família para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS;
- i) – Ter firmado contrato de prestação de serviços nas instituições de longa permanência ou casa-lar;
- j) – Não ter que suportar com valor superior a 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido, como participação no custeio de instituições de longa permanência ou casa-lar em que esteja abrigado;
- k) – Ter reconhecida sua dependência econômica pelo acolhimento em face de situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar;
- l) – Ter moradia digna (no seio familiar natural ou substituto, ou desacompanhado, quando desejar, ou em instituição pública ou privada);
- m) – Ter gratuidade no transporte coletivo público urbano e semi-urbano, se maior de 65 (sessenta e cinco) anos (podendo lei municipal e/ou estadual reduzir o limite de idade para 60 (sessenta) anos);
- n) – Ter reserva de 10% (dez por cento) dos assentos no transporte coletivo público urbano e semi-urbano;
- o) – Ter identificação da reserva de assentos no transporte coletivo público urbano e semi-urbano, mediante afixação de placa de reservado preferencialmente para idosos;
- p) – Ter, no transporte coletivo interestadual, reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo, se auferir renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos<sup>6</sup>;

<sup>6</sup> Este direito está suspenso por medida liminar deferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, a pedido das companhias de transporte interestadual.

- q) – Ter, no transporte coletivo interestadual, desconto de 50% (cinquenta por cento) no valor das passagens, no mínimo, que excederem as duas vagas gratuitas, se auferir renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;
- r) – Ter reserva de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade do idoso;
- s) – Ter prioridade no embarque no sistema de transporte coletivo;
- t) – Ter prioridade na tramitação dos processos e procedimentos na execução de atos e diligências judiciais e administrativas em que figure como parte ou interveniente, em qualquer instância.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Conselhos de direitos do idoso são, na verdade, Conselhos gestores de políticas e Conselhos tutelares dos direitos do idoso, já que, além de acompanhar, fiscalizar e supervisionar a política do idoso, cabe a esses Conselhos zelar pelos direitos definidos pelo estatuto.

A eficiência dos Conselhos do idoso possibilitará o controle social da administração pública, uma vez que deliberarão sobre os fundos, representarão instância supra-estatal no (re)direcionamento das políticas, possuindo natureza consultiva no que tange à definição e aplicação do orçamento.

Eles são, pois, o principal canal participativo do Estado Democrático de Direito brasileiro, potencializando o exercício direto da democracia e viabilizando a construção da cidadania plena.

## 8. Abstract:

*This piece of work discusses the extension and the aims of Public Policies Councils with emphasis on elderly people. As law professionals and students play an important role in standing up for rights and defending the Democratic State, this paper has the purpose of spreading the theme of elderly rights and consolidating a critical juridical thought.*

*Key words: Councils. Elderly Protection Law. National elderly Policy. Social control. Democracy.*

## 9. Referências:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2004.

\_\_\_\_\_. Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/03. Brasília: Senado Federal, 2003.

\_\_\_\_\_. Política Nacional do Idoso, Lei n. 8.842/94. Brasília: Senado Federal, 2003.

CARVALHO, Maria do Carmo A. A. Participação social no Brasil hoje. São Paulo: POLIS, 1998.

RAICHELIS, Raquel. Esfera pública e Conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática. –2.ed.– São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_, WANDERLEY, Luiz Eduardo W. Desafios de uma gestão pública democrática na integração regional. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo: Cortez, n.78, p. 5-32, jul.2004.

TATAGIBA, Luciana. Os Conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, Evelina (Org.) Sociedade civil e espaços públicos no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2002. (p. 47-103).



# ATUAIS PROBLEMAS GEPOLÍTICOS DA HUMANIDADE

André Del Negri<sup>1</sup>

## Resumo:

Esse estudo procura demonstrar a tormenta por que passam os Estados modernos em razão de suas vulnerabilidades ao mercado globalizado, assim como a importância de uma exata reconstituição das estruturas constitucional-fundamentais das sociedades.

Palavras-chave: Sociedade. Mercado Globalizado. Estrutura Constitucional.

## SUMÁRIO:

1. O enigma da Constituição européia e a tensão criativa da humanidade – 2. A inconstante constante política globalizante neoliberal – 3. O império bélico como lastro econômico do mundo – 4. A política de deseducação governamental como violência sobre as gerações – 5. Conclusão – 6. *Riassunto* – 7. Referências.

## 1. O ENIGMA DA CONSTITUIÇÃO EUROPÉIA E A TENSÃO CRIATIVA DA HUMANIDADE

Desde a aurora da revolução industrial, a sociedade vem se tornando cada vez mais engenhosa no desenvolvimento de maneiras de transformar a modernidade em algo altamente desenvolvido. Do modernismo do século XIX, ao modernismo do século XX, prosperou e cresceu para além de nossa imaginação. A questão, agora, é saber como iremos lidar com os problemas, nesse início de século XXI, com uma população mundial de aproximadamente 6,5 bilhões, e a possibilidade de haver, em 50 anos, mais 3 bilhões de pessoas no planeta ([www.ined.fr/index.html](http://www.ined.fr/index.html)). É uma idéia melancólica. Esses são os ritmos peculiares de preocupação da alta modernidade. É um fato verdadeiramente relevante e notável. E o problema se põe em um contexto curioso: os europeus estão satisfeitos com a atual situação? A resposta é não. E surge a panacéia européia: um projeto de Constituição para a Europa. A Constituição proposta não é socialista, não é liberal. Refuta a ditadura. Busca a liberdade. O certo é que ela é capaz de estimular a fantasia.

DIETER GRIMM<sup>2</sup>, por ocasião da assinatura do Tratado de Maastrich, escreveu um artigo favorável à formalização de um tratado e não de uma Constituição para a Europa, porque em verdade não há um Estado europeu.

Dessa forma, GRIMM começa seu artigo indagando se há ou não uma Constituição, e qual a diferença entre tratados internacionais e Constituições. Para tanto, ele volta às origens do Constitucionalismo, no início da modernidade, para vê-lo como resultado de um processo de maturação, diante da falta de um povo verdadeiramente europeu, por isso conclui: uma Constituição para a Europa não pode existir. Com sua inegável cultura em Teoria da Constituição, DIETER GRIMM vai sinalizar que há na União Européia algo próximo a onze

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Universitário de Teoria da Constituição e Direito Constitucional na Universidade de Uberaba. Advogado e Assessor Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG.  
<sup>2</sup> GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa?. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LÜTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Einaudi, 1996.





línguas, nenhuma das quais abraça a maioria da população. Tanto o inglês, como o francês, são consideradas línguas estrangeiras para mais de 80 % da população. Com todo o peso de sua autoridade, GRIMM assim se expressa: “(...) al maggiore ostacolo per una europeizzazione di quella sottostruttura politica da cui dipendono il funzionamento di un sistema democratico e l’efficienza di un Parlamento. Si tratta della lingua.”<sup>3</sup> Daí, uma Constituição para a Europa poderia ser perigosa, pois não há um Povo europeu.

Não cremos, entretanto, que a questão da língua possa ser um entrave à decolagem da União Européia, desde que se estabeleçam resultados econômicos e garantia aos cidadãos desses Estados-Países em assegurar seus direitos fundamentais com qualidade, ainda que haja onze línguas ou mais a serem reconhecidas dentre de um único ordenamento jurídico (UE).

Queremos, agora, buscar um outro raciocínio. Referimo-nos ao fato de que muitos se opõem à idéia de uma Constituição, dizendo que o tratado constitucional que está sendo submetido ao referendo dos europeus, mesmo que seja aprovado por todos os países, não será jamais uma verdadeira Constituição, pois trata-se apenas de um documento de recopilação cuidadosa e exaustiva, de quase todos os acordos e tratados que já haviam sido assinados pelos países membros da União Européia (UE) durante as últimas décadas. Dada, entretanto, essa disposição, como visto, JÜRGEN HABERMAS <sup>4</sup> diz ser “ilegível o projeto já pela razão ordinária de conservar o cipoal de tratados internacionais a não ser, como toda e qualquer Constituição genuína, um arcabouço transparente de normas fundamentais.” Em consequência, a “ilegibilidade tem uma razão mais profunda: falta a perspectiva que permitiria às pessoas reconhecer por que a Europa necessita de uma Constituição, agora.”

Assim, para entendermos toda vinculação do processo de elaboração da Constituição, necessário se faz saber que toda base está no Tratado de Roma, de 1957, o qual criou a Comunidade Econômica Européia (França, Itália, Alemanha, Holanda, Bélgica e Luxemburgo). Surgiu então, em 1992, o Tratado de Maastricht, criando a União Européia, que fixou o quadro institucional como o Conselho Europeu, Conselho de Ministros, Comissão e Parlamento, e, no ano de 2000, foi lançado o Tratado de Nice, o qual reformou as instituições em virtude da adesão de novos membros. A Europa esquematiza-se, em 28 de fevereiro de 2002, na primeira reunião sobre o seu próprio futuro, presidida por VALÉRY GISCARD D’ESTAING, o qual, em junho de 2003, apresentou um projeto de Constituição ao Conselho Europeu de Thessalonique (Grécia).

A Constituição somente entrará em vigor quando os vinte e cinco países membros a ratificarem, seja pelos seus parlamentos ou por intermédio de referendos, como demonstraram alguns países (Irlanda, Dinamarca, Luxemburgo, Polónia, Espanha entre outros). Até agora, França e Holanda responderam com um ‘não’, democrático e avassalador. E o curioso é que, quando essa nova Constituição aparenta ser realmente sólida, descobre-se, porém, que há uma grande oscilação, e que, como já escreveu BERMAN MARSCHALL, tudo que é sólido desmancha no ar.<sup>5</sup>

3 [...] o maior obstáculo para uma europeização daquela subestrutura política da qual dependem o funcionamento de um sistema de um sistema democrático e eficiência de um de um parlamento. Trata-se da língua. (Tradução livre).

4 HABERMAS, Jürgen. *A imagem contra o poder*. Folha de São Paulo, MAIS, 12 de junho de 2005, p. 3.

5 BERMAN, Marschall. Tudo o que é sólido desmancha no ar: *a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

## 2. A INCONSTANTE CONSTANTE POLÍTICA GLOBALIZANTE NEOLIBERAL

Declinou o geógrafo MILTON SANTOS<sup>6</sup> que os últimos anos do século XX testemunharam grandes mudanças em toda a face da Terra, que vivencia, até hoje, uma ação humana mundializada que impõe à maior parte da humanidade uma globalização perversa, onde a “Tiranía do dinheiro e a tiranía da informação são os pilares da produção da história atual do capitalismo globalizado”. Aliás, outra não é a advertência do historiador ERIC HOBSBAWM ao ressaltar que “Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar.”<sup>7</sup>

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES<sup>8</sup> já sinalizou que a globalização surgiu para o mundo no meio da década de 80, nas escolas de negócios norte-americanas, como um movimento complexo de abertura de fronteiras econômicas, permitindo às atividades econômicas capitalistas estenderem seu campo de ação no planeta. Os anúncios de que, com o progresso técnico realizaríamos uma globalização com a mais completa humanização do planeta, soam, agora, irônicos, como bem salientou MILTON SANTOS.<sup>9</sup> De fato, em matéria de decepção, a globalização se realizou, não a serviço da humanidade, mas sim das firmas multinacionais, que fizeram com que os territórios não tivessem mais fronteiras rígidas.

O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) justificou que o Brasil tem uma das piores distribuições de renda do mundo: menos de 1% dos brasileiros mais ricos detêm parcela de renda semelhante à de metade dos brasileiros mais pobres (58 milhões de brasileiros vivem com US\$ 1 por dia). Assalta a todos nós que, em um país com mais de 180 milhões de habitantes, onde a maioria precisa viver, comer e morar, a perversidade sistêmica demonstra que o número de pobres, com renda abaixo de meio salário mínimo, atinge 53,9 milhões de pessoas em 2003. Desses, 21,9 milhões seriam indigentes. Os brasileiros vivendo em favelas ou em assentamentos são 6,6 milhões.

Advirta-se que esse povo vive em um país de sufoco tributário (38% do PIB), com os juros lá em cima, mortes por questão de terra, analfabetismo, péssimas estradas, obras faraônicas inconclusas, ausência de bons hospitais, inanição de índios, assassinatos impunes de moradores de rua, meninos malabaristas no trânsito, números estonteantes de violência urbana, assaltos e seqüestros. Se sobrar tempo, podem pensar sobre corrupção, penitenciárias e favelas...

Outra não fora a razão para que MILTON SANTOS<sup>10</sup> escrevesse: “A fome deixa de ser um fato isolado ou ocasional e passa a ser um dado generalizado e permanente. Ela atinge 800 milhões de pessoas espalhadas por todos os continentes, sem exceção.” Retenha-se, inclusive, que “2 bilhões de pessoas sobrevivem sem água potável” e que “no fim do século XX havia mais 600 milhões de pobres do que em 1960 e que 1,4 bilhão de pessoas ganham menos de um dólar por dia.” O mesmo autor<sup>11</sup> confirma que “saímos de uma pobreza para entrar em outra. Deixa-se de ser pobre em um lugar para ser pobre em outro”. É assim que ele qualifica essa condição mundial atual como **pobreza estrutural globalizada**, muito pior do que a denominada

6 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: *do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 35-37.

7 HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 562.

8 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, Tomo I, p. 73.

9 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, 2004, p. 64-65.

10 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, 2004, p. 59.

11 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, 2004, p. 73.



pobreza “**incluída**”, a qual era uma pobreza que se produzia num lugar e não se comunicava com outro.

Então chegamos ao ponto em que encontramos o acordo anunciado em junho de 2005, do perdão da dívida (US\$ 40 bilhões), o qual partiu do G8 (grupo composto pelos sete países mais industrializados do mundo mais a Rússia), envolvendo o BIRD, o FMI e o Banco de Desenvolvimento Africano. Foram beneficiados 18 países, dentre os quais podemos citar: BENIN, BOLÍVIA, BURKINA FASSO, ETIÓPIA, GANA, GUIANA, HONDURAS, MADAGASCAR, MALI, MAURITÂNIA, MOÇAMBIQUE, NICARÁGUA, NÍGER, RUANDA, SENEGAL, TANZÂNIA, UGANDA e ZÂMBIA. Percebe-se que a África foi o continente mais beneficiado, dos dezoito países.

Depois de submeter esse perdão da dívida, todos devem adotar metas de governabilidade como medidas anticorrupção e usar parte do dinheiro economizado em saúde, educação e combate à pobreza. A lição é atualíssima. Realmente, a tomada dessa decisão é um resultado muito bom, pois afasta o fardo do endividamento excessivo e permite que esses países planejem melhor suas políticas de desenvolvimento.

Recordamo-nos de que, no Brasil, o processo de privatização se deu com FERNANDO COLLOR e FERNANDO HENRIQUE. Apesar de incoerentemente o Executivo propagandear melhoras na situação do País, essa divulgação não condiz com a realidade. O Governo LULA impôs mais impostos à população, o aumento dos juros, e deixou de investir pesadamente na área social, a fim de honrar compromissos com banqueiros e com o FMI (Fundo Monetário Internacional). Recorde-se que, em dois anos, o referido Governo<sup>12</sup> pagou, só de juros, R\$ 273 bilhões, retirando dinheiro das áreas sociais como saneamento, saúde, reforma agrária, e, mesmo assim, a dívida cresce. Isto é, o Governo gasta mais recursos ao dia para pagar juros do que nas áreas de transporte, saúde, educação, entre outros. Os Bancos lucraram R\$ 6,335 bilhões, no Brasil, entre janeiro e março de 2005; valor 52% maior do que o registrado nos primeiros três meses de 2004, de acordo com o levantamento realizado pelo Banco Central. A pesquisa mostra que, dos 106 Bancos que atuam no país, os lucros estão bastante concentrados num número reduzido de Bancos.

### 3. O IMPÉRIO BÉLICO COMO LASTRO ECONÔMICO DO MUNDO

Somos de opinião de que não se pode concluir que a evolução das ciências em geral só trouxe benefícios para a humanidade.

Aliás, o mecanismo mais problemático da Modernidade foi o conceito de Ciência, e um dos marcos da chamada Pós-Modernidade é um livro do filósofo francês, JEAN-FRANÇOIS LYOTARD<sup>13</sup>, escrito na década de 50, onde ele desenvolveu um estudo descritivo sobre como o **saber** é produzido, distribuído e legitimado no **capitalismo** contemporâneo, sendo que o questionamento central de sua obra é exatamente sobre essa noção de ciência que se torna, agora, absolutamente perigosa, produzindo bomba atômica e tendo sido levada às últimas possibilidades pelo nazismo através de instrumentações em campos de concentração. Enfim, fica claro, nesta época, que o saber é um perigo e que a **ciência** é utilizada a serviço do **mercado**.

Nas condições atuais, é preocupante a notícia do Instituto Internacional de Pesquisas sobre a paz de Estocolmo (SIPRI), de que em 2004 o **mundo** teve gastos militares que

12 Jornal da Câmara, segunda-feira, 6 de junho de 2005, Ano 7, N° 1441, p. 4.

13 LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.



ultrapassaram a barreira de 1 US\$ trilhão. Confirma-se que o PIB dos EUA foi da ordem de US\$ 11 trilhões, e o brasileiro, de US\$ 550 bilhões. Foi a primeira vez que isso ocorreu depois da guerra fria, e os EUA respondem por cerca de metade do total de gastos. Em termos globais, o total de gastos equivale a 2,6 do PIB mundial, e entre os países que mais aumentaram em investimentos bélicos estão a Índia e a China. Desse conjunto de variáveis, US\$ 1 trilhão por ano é dinheiro mais do que suficiente para acabar com a fome e eliminar várias doenças que afligem a humanidade.

De conseguinte, a **tecnociência**, cujo uso é condicionado pelo **mercado**, o qual é **centralizado** nas mãos de um número extremamente limitado de firmas, como, por exemplo, as empresas do setor de defesa, que estão mergulhadas em dinheiro nos EUA. Hoje, o orçamento de aquisição do Pentágono está na casa dos US\$ 78 bilhões ao ano, dinheiro que repousa nos cofres das três principais empresas<sup>14</sup> do setor de defesa, as quais são parciais ou quase integralmente dependentes do Pentágono, que se vê forçado a recorrer seguidamente ao Congresso para cobrir os custos da guerra do Iraque.

#### 4. A POLÍTICA DE DESEDUCAÇÃO GOVERNAMENTAL COMO VIOLÊNCIA SOBRE AS GERAÇÕES

Visto da exposição do item precedente, confirma-se que a política estatal fora dos balizamentos constitucionais dos direitos fundamentais pode identificar um ponto de descontrole e exclusão social em massa. Não é isso, por sua vez, o que se pretende nos países ditos democráticos, como o Brasil. Um dos traços marcantes desse período histórico em que vivemos em nosso país é, pois, o péssimo quadro das condições sociais. Dentro desse quadro, uma nova publicação do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), órgão ligado ao Ministério do Planejamento, no ano de 2005, confirmou a **deficiência na educação** brasileira. Em pleno século 21, há cerca de 15 milhões de brasileiros analfabetos, alcançando 11,6 % da população. Dos que se matriculam no ensino fundamental, 70% chegam à 8ª série. Entre as crianças até 6 anos, apenas 37% vão às escolas públicas ou privadas. Isso é um absurdo!

Releva notar que os brasileiros gastam com televisão mais do que o triplo de tempo que passam lendo. Em uma semana, são 18,4 horas em frente à TV e 5,2 diante dos livros ([www.nopworld.com](http://www.nopworld.com)). Creio devemos problematizar esses dados pelo lado do controle da opinião pública, da alienação da realidade, da violação da liberdade de consciência de forma coletiva. Assim, teremos seguidores cegos orientados tão-somente por ideologias e não esclarecimentos, por parte de um grupo que detém o controle da informação, principalmente por meio da televisão. Com isso, não negamos que **plebiscitos** e **referendos** possam ser facilmente **manipulados** através dos meios de comunicação. Ocorre que tal forma de atuar sobre as pessoas se percebe claramente nas expectativas pessoais do eleitor, por intermédio de imagens fabricadas valorizando o líder carismático e transformando o **Estado em um espetáculo**.<sup>15</sup>

Qualquer opinião sobre Educação envolve necessária análise em face das medidas que estão sendo discutidas e tomadas no Brasil nos últimos anos. É preciso ter em mente que Educação tem que ser trabalhada em todas as etapas do ensino ao mesmo tempo, desde o

14 WEYNE, Leslie. New York Times. Trad. Paulo Migliacci. Folha de São Paulo, 8 de junho de 2005, A 8.

15 SCHARIZEMBERG, Roger Gerard. O estado espetáculo. Rio de Janeiro: Diefel, 1978.



**básico ao superior**, passando pelo profissional e pela **pós-graduação**. A não-aplicação dessas medidas atinentes à integração entre todos os níveis educacionais encerra o risco de não lograr êxito na área da educação. Neste passo, está a criação do **FUNDEB** (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica), que tem a previsão de a União investir R\$ 4,3 bilhões no ensino fundamental, médio e pré-escolar, e a **SECAD** (Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade), que passa a priorizar parcerias com prefeituras e estados em detrimento de organizações não-governamentais, o que previa alfabetizar 20 milhões de jovens e adultos até 2006. Surpreendentemente não se fala mais na meta de 20 milhões. Ao reverso do ensino fundamental e médio, a Educação Superior se estrutura com o **PROUNI** (Programa Universal para Todos), o qual prevê a distribuição de bolsas parciais e integrais em instituições de ensino superior particulares a alunos com renda de até três salários mínimos. O projeto “Escola de Fábrica”, anunciado pelo MEC, com apoio no Decreto presidencial de 2004, autorizou a unificação dos dois níveis e prevê a volta do ensino médio integrado ao profissionalizante, oferecidos dentro de empresas.

Ainda continua a discussão das **Cotas**. A Reforma Universitária prevê que as Universidades Federais reservem, em cada processo seletivo, pelo menos metade das vagas a alunos oriundos de escolas públicas. As vagas seriam divididas entre negros, pardos e indígenas, na proporção da sua presença na unidade federativa, valendo-se dos dados do IBGE.

Vê-se que a matéria impõe receios. Em tema de Direito Constitucional Democrático, ideal é que **não** haja um direito à diferença na **fundamentalidade**, sob pena de espancamento à democracia.<sup>16</sup> Não se pode olvidar que o direito fundamental é para oferecer um piso de igualdade. Claro, pois, que as pessoas são diferentes. Mas também não pode ter guarida na Democracia uma lei que estabeleça vagas para determinadas pessoas, pois elas já deveriam ter os seus direitos fundamentais assegurados. Essas pessoas já vêm deficientes, não porque lhes faltam determinadas funções orgânicas, mas, sim, porque o Estado não promoveu a compensação para estabelecer uma igualdade no plano de fundamentalidade do direito que não considera essas diferenças, uma vez que o **direito à vida** de uma pessoa não pode ser diferente do direito à vida de uma pessoa portadora de necessidade especial. Suponha-se que um portador de deficiência visual, **antes da entrada em vigor** da lei 11.126/05, a qual permite ao deficiente visual ingressar em ambientes de uso coletivo acompanhado do cão-guia, quisesse fazer uma viagem por uma empresa aérea em companhia de seu cão. Ora, se a empresa anunciar que **não** vai deixar entrar nenhum passageiro acompanhado de animais, ela não está cumprindo **direito fundamental**, que é *erga omnes*.

Assim, em raciocínio de extremos, de um lado, as **ações afirmativas** recebem aplausos tão elogiosos, que, no Brasil, já chegaram até ganhar estatuto de política de Estado, o que, para nós, é um princípio de negação da igualdade política dos cidadãos, pois faz perdurar incógnito se pode haver desigualdade perante a lei. DEMÉTRIO MAGNOLI<sup>17</sup>, Doutor em Geografia Humana, em importante escrito, assegura que a genética provou que a espécie humana não se divide em raças. Há, aí sim, uma conclusão de que um uma pessoa branca é geneticamente tão diferente de outra pessoa branca quanto de um negro africano. “Se eu tiver acesso às impressões digitais do DNA de dez europeus, dez africanos, dez ameríndios e dez chineses,

16 LEAL, Rosemire Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.78-86.

17 MAGNOLI, Demétrio. Desiguais perante a lei. Revista Época, 10 de março, 2003, p. 29.

não vão saber quem é de qual grupo.” Se todos são diferentes, cuida-se, aqui, de estabelecer que as raças humanas foram inventadas pelo racismo. Acontece que não usamos acatar esse discurso de implementação de cotas pela administração governativa brasileira como meio de reparar as injustiças cometidas pelos brancos contra os negros quando da escravidão. Em razão disso, a democracia não pode se impermeabilizar, ou se tornar um tema anedótico por causa de uma linguagem vazia, repetitiva, pois se fala em democracia nos livros dogmáticos, mas não se situa democracia cientificamente (trabalho de esclarecimento). Nesse sentido, merece lembrança que a concepção aristotélica de igualdade geométrica (direitos iguais para iguais e desiguais para desiguais) não socorre à Democracia. Por óbvio, essas idéias não podem ter continuidade na contemporaneidade. Neste novo milênio, nós temos que preservar as diferenças, mas **após assegurar a igualdade fundamental** de direito. Em razão disso, a grita da doutrina é geral por escrever e defender diferenças sem cogitar da fundamentalidade de direito. Não se dá entre nós que essa política de cotas seja democrática. O que se dá, ao reverso, é que, com isso, a República Federativa do Brasil atua anticonstitucionalissimamente, mostrando-se um Estado ideologicamente oco.

## 5. CONCLUSÃO

Uma simples recordação do que tem ocorrido no Brasil e no mundo, no século passado, e as expectativas para o início deste novo milênio podem revelar o desvio evidente a que se têm lançado os Estados com suas políticas econômicas. A questão, agora, é saber como iremos enfrentar os problemas. O primeiro deles é o de uma população mundial de aproximadamente 6,5 bilhões, e a possibilidade de haver, em 50 anos, mais 3 bilhões de pessoas no planeta. Merece reflexão outro ponto de contato: um projeto de Constituição para a Europa resolveria o problema da própria Europa? Observe-se, de passagem, que esses são os ritmos da alta modernidade, cuja presteza é reclamo da própria sociedade. Seja, pois, na consagração da produção de uma Constituição européia ou não, o fato é que a condição mundial atual é muito ruim, com uma linha de pobreza que se reproduz num lugar e rapidamente se comunica com outro.

Enquanto isso é preocupante, corre a notícia de que, em 2004, o mundo teve gastos militares que ultrapassaram a barreira de 1 US\$ trilhão, o que, aliás, é dinheiro mais do que suficiente para acabar com a fome e eliminar várias doenças que afligem a humanidade.

Detendo-se na condição brasileira, um outro traço marcante do período em que vivemos é, pois, o péssimo quadro das condições sociais. Dentro desse quadro, confirma-se a deficiência na educação brasileira, que, em pleno século 21, ainda possui cerca de 15 milhões de brasileiros analfabetos, alcançando 11,6 % da população. Se o Brasil quiser reduzir a pobreza e suas desigualdades, tem que partir para uma política de **educação para todos**, ampliando o acesso a escolas de qualidade.

Apenas se pode dizer que a conclusão para esses sobressaltos existentes no mundo, como a fome, por exemplo, jamais serão redimensionados tão-somente por meio de megafestivals exibidos por cantores e atores pelo fim da miséria no mundo.

Pensamos que o envio de protestos contra a pobreza para os líderes do G8, a fim de que eles **tomem decisões** salvadoras, dignas de homens de boa-vontade, **fora** da parlamentarização de leis autorizantes (devido processo legislativo), de cada Estado que compõe o G8, pouco significa.



Essas reivindicações, que não passam pelos centros de dialogicidade (parlamentos), promovem uma deslocação da execução (efetivação), dos direitos fundamentais para uma órbita que preconiza decisões extrassistêmicas descobertas por pessoas de inteligência salvadora que estão sempre prontas para mudar a história, por intermédio de movimentos sociais completamente ideológicos.

O que não pode ocorrer é a exclusão de institutos jurídicos, como o devido processo constitucional, à disposição dos cidadãos e do Ministério Público, a fim de exercitar a garantia, a produção, a execução e a fiscalização dos direitos fundamentais.

#### **6. *Riassunto:***

*A questo studio si attribuisce cercare il problema per il quale passano gli Stati moderno influenzati dagli vulnerabili dallo scambio del mercato globalizzato e l'importanza della precisa recostituzione delle strutture costituzionale fondamentali delle società.*

**Parole-chiavi:** Società. Mercato Globalizzato. Strutture Costituzionale.

#### **7. REFERÊNCIAS**

BERMAN, Marschall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés, Ana Maria Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

GRIMM, Dieter. *Una costituzione per l'Europa?* In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LÜTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*: Einaudi, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *A imagem contra o poder*. Trad. Peter Neumann. Folha de São Paulo, Caderno Mais, 12 de junho de 2005, p. 3.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MAGNOLI, Demétrio. *Desiguais perante a lei*. Revista Época, 10 de março, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, Tomo I.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: 2004.

SCHARTZEMBERG, Roger Gerard. *O estado espetáculo*. Rio de Janeiro: Diefel, 1978.

WEYNE, Leslie. New York Times. Trad. Paulo Migliacci. Folha de São Paulo, 8 de junho de 2005, A 8.



# O NOVO CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS HETEROTÓPICAS DE NATUREZA PROCESSUAL

Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup>

## Resumo:

Este artigo tem por objetivo analisar disposições do Código Civil de 2002 que interferem no Direito Processual Civil, a exemplo do conhecimento de ofício da prescrição, da coisa julgada na solidariedade ativa, do chamamento do processo do segurado, do litisconsórcio necessário em ações reais imobiliárias, de denunciação da lide, de nomeação à autoria contra o detentor da coisa, do chamamento ao processo em ação de alimentos, e de garantia de evicção na arrematação. Essa interferência do Direito Material no Direito Processual vem ao encontro da concepção de que a visão estática das categorias processuais perde, dia a dia, importância, ao passo que é na visão dinâmica ou funcional que se divisa, com maior intensidade, o verdadeiro papel do processo contemporâneo. A idéia de devido processo legal evolui a passos largos para a de processo justo, onde os efeitos materiais alcançados é que justificam a exegese das normas processuais.

**Palavras-chave:** Inter-relação de normas materiais e processuais. Normas de natureza dúplice. Regras heterotópicas materiais/processuais. Interferência do CC no CPC.

## SUMÁRIO:

1. Interferência da nova lei civil na seara do direito processual civil – 2. Algumas normas do Código Civil que diretamente estabeleceram regras processuais inovadoras – 3. Prescrição e Decadência: cognoscibilidade *ex officio* – 4. Solidariedade ativa e coisa julgada – 5. Chamamento ao processo, do segurado, em ação direta da vítima contra a seguradora – 6. Chamamento da seguradora na ação de responsabilidade civil manejada apenas contra o segurado – 7. Litisconsórcio entre cônjuges nas ações reais imobiliárias – 8. Denunciação da lide *per saltum* – 9. Nomeação à autoria na ação reivindicatória contra o detentor – 10. Chamamento ao processo em ação de alimentos – 11. Regras traçadas pelo Código Civil para as arrematações reguladas pelo Código de Processo Civil – 11.1 Evicção – 11.2 Impedimentos à arrematação – 11.3 Hipoteca legal – 12. *Abstract* – 13. Referências.

## 1. INTERFERÊNCIA DA NOVA LEI CIVIL NA SEARA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Houve época em que, na doutrina pátria, apresentava-se como tema de grande relevância a completa e perfeita distinção entre as normas de direito civil e as de direito processual civil, até mesmo porque diversa era a competência constitucional para legislar acerca de cada um desses ramos do direito. Enquanto, no regime da 1ª Constituição Republicana, o direito privado se inseria na competência legislativa da União Federal, o direito processual ordinariamente deveria ser legislado pelos Estados. Diante do risco de invasão de competência, era muito importante a caracterização de cada novo preceito normativo, já que sob o rótulo de lei civil poder-se-iam estar criando ou inovando regras de processo, ou vice-versa, gerando de qualquer maneira preceitos inconstitucionais e, portanto, inválidos.

1 - Graduado pela UNIUBE em 1961. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG Desembargador Aposentado do TJMG Doutor em Direito. Advogado.

No regime de diversidade de competência legislativa não se admite, obviamente, que um Código Civil se ocupe de matéria típica de direito processual, e tampouco um Código de Processo Civil pode aventurar-se a disciplinar assuntos próprios do direito material privado.

Uma vez, porém, que a ordem constitucional tenha unificado, como se dá na atual Carta Magna brasileira, a competência para legislar sobre direito privado e direito processual, é de todo irrelevante o fato de uma norma rotulada de lei civil conter algum preceito de natureza processual, ou um Código de processo civil incluir em seu texto alguma regra própria da lei material civil.

Sobrevindo, então, um Código Civil, como o de 2002, importa estar atento o processualista para verificar se no novo estatuto de direito privado não constou alguma regra que possa ter cunho processual e que seja diversa da que anteriormente vigorava no bojo do Código de Processo Civil.

Qualquer conflito normativo entre os dois estatutos legais não se resolverá pela especialização da lei, nem pela pesquisa da natureza intrínseca do preceito, mas pelos princípios do direito intertemporal consagrados pela Lei de Introdução<sup>2</sup>. A lei nova revoga a anterior, desde que tenha cuidado do mesmo tema, de maneira diversa, pouco importando o tipo de Código dentro do qual o preceito inovativo tenha sido editado<sup>3</sup>.

Daí o interesse que, após o advento do Código Civil de 2002, tem se verificado, entre os processualistas, à procura de artigos que de alguma forma tenham instituído regras de natureza processual inovadoras e, assim, tenham derogado, em algum ponto, o Código de Processo Civil<sup>4</sup>.

Aliás, sem embargo da autonomia científica do estudo do direito processual, a moderna doutrina do processo não se cansa de ressaltar seu caráter instrumental, o que o coloca em irrecusável simbiose junto ao direito material. Na verdade, é hoje mais relevante destacar os pontos de contato entre os dois grandes segmentos da ordem jurídica do que isolá-los em compartimentos estanques, de bela configuração acadêmica, mas de escassa repercussão para a função prática ou de resultado que do direito processual se espera na pacificação social e na realização efetiva do direito material.

“Daí por que” - lembra LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA - “o direito processual sofre ingentes influxos do direito material, com a estruturação de procedimentos adequados ao tipo do direito material, adaptando a correlata tutela jurisdicional. Não é estranho, inclusive, haver normas processuais em diplomas de direito material e, de outro lado, normais materiais em diplomas processuais (chamadas pela doutrina de *normas heterotópicas*)<sup>5</sup> .

2 “Se, ao contrário, o mesmo órgão está autorizado pela Constituição a legislar sobre direito civil e sobre direito processual, terão de conviver as normas que ele edite em ambos os terrenos; e eventuais discrepâncias serão resolvidas, no plano infraconstitucional, mediante a aplicação de princípios tradicionais, como o de que a norma posterior revoga a anterior, e o de que a norma especial posterior revoga a anterior, e o de que a norma especial afasta, no seu âmbito próprio, a incidência da norma geral” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o Direito Processual. *Revista Forense*, v. 364, p. 182, nov/dez. 2002)

3 “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (Dec.-Lei n° 4.657, de 04.09.42, art. 2°, § 1°)

4 “Cumpre destacar que uma recém-lançada codificação pode abalar *diretamente* algumas regras processuais, pois um novo Código de direito material pode trazer regras de direito instrumental ou processual. E nesse ponto se tem a *revogação* de normas processuais até então existentes, pois as regras de direito processual em nova legislação, ainda que inseridas no contexto de um novo Código Civil, afetam as normas processuais em vigor, caso haja choque quanto à disciplina de matérias” (CAVALCANTE, Mantovani Colares. Alguns impactos do novo Código Civil no direito processual brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 6, p. 61, set. 2003).

5 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no Processo -Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 5, p. 69, agosto 2003).

## 2. ALGUMAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL QUE DIRETAMENTE ESTABELECEM REGRAS PROCESSUAIS INOVADORAS

Não se pretende neste estudo proceder a uma varredura nos milhares de dispositivos do novo Código Civil para verificar todos os que, direta ou indiretamente, tenham alguma conotação com o direito processual. O objetivo é mais modesto e se cinge à análise e interpretação de alguns artigos que, de forma ostensiva, tenham feito enunciações típicas de preceitos processuais e, com isto, tenham afetado regras anteriormente traçadas pelo Código de Processo Civil, em matéria de jurisdição contenciosa, sobretudo.

Com esse propósito enfocaremos os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002:

- a) **Art. 194** (conhecimento pelo juiz, de ofício, da prescrição);
- b) **Art. 274** (coisa julgada em torno da solidariedade ativa);
- c) **Art. 788** (chamamento do processo do segurado, em ação direta da vítima contra a seguradora);
- d) **Art. 1.647, I e II** (litisconsórcio necessário em ações reais imobiliárias);
- e) **Art. 456** (denúnciação da lide *per saltum*);
- f) **Art. 787, § 3º** (denúnciação ou chamamento);
- g) **Art. 1.228** (nomeação à autoria na ação contra o detentor);
- h) **Art. 1.698** (chamamento ao processo em ação de alimentos);
- i) **Art. 447** (garantia de evicção diante da arrematação).

## 3. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: COGNOSCIBILIDADE *EX OFFICIO*

Ao disciplinar os efeitos da citação válida, o art. 219, *caput*, do CPC, neles incluía o de *interromper a prescrição*, regra que se harmonizava com o art. 172, I, do Código Civil da 1916, assim redigido: “A prescrição interrompe-se: I - pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente”.

O § 1º do art. 219 do CPC, porém, havia introduzido um mecanismo de retroatividade que não existia na sistemática da lei material, segundo o qual, embora a causa interruptiva da prescrição fosse realmente a citação, os seus efeitos retroagiam “à data da propositura da ação”.

O novo Código Civil foi além da literalidade do art. 219 do CPC e dispôs que o ato que interrompe a prescrição não é mais a citação, mas o despacho do juiz que ordena sua realização (Código Civil, art. 202, I). Ressalvou, contudo, que esse despacho somente interromperá a prescrição se o interessado, de fato, promover a citação no prazo previsto na lei processual.

A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque, se a citação ocorrer fora do prazo do art. 219, § 2º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a consumação da citação não há interrupção alguma. Sempre haverá de realizar-se a citação, e o efeito se manifestará na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o

mesmo efeito concreto.

A efetiva derrogação do preceito processual ocorreu em face do § 5º, do art. 219 do CPC, onde se vedava o conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direitos patrimoniais. É que o Código Civil de 2002 criou uma regra especial em relação aos débitos do absolutamente incapaz, autorizando ao juiz conhecer da prescrição independentemente de alegação da parte quando beneficiar devedor privado da capacidade civil, em caráter absoluto (Código Civil, art. 194).

O Código Civil de 2002, ao permitir o conhecimento *ex officio* da prescrição benéfica ao incapaz, não só derogou o art. 219, § 5º, do CPC, como quebrou a clássica distinção entre os casos de *objeção* e *exceção*, em matéria de prescrição e decadência.

Com efeito, historicamente exceção substancial sempre se entendeu como defesa que o demandado opõe à eficácia da pretensão do demandante, de sorte que o juiz somente pode apreciá-la quando exercida pela parte. Como a prescrição corresponde a uma *exceção substancial*, a regra observada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil atual era a de que não podia o magistrado conhecer de ofício os efeitos da prescrição<sup>6</sup>. Já para a decadência, vigorava o regime da *objeção* - isto é, o de causa não de paralisação da pretensão, mas de eliminação ou extinção dela - de sorte que natural era o poder do juiz de apreciá-la *ex officio*. Afinal, a caducidade representa o desaparecimento completo do direito potestativo de alguém. Se não mais existe o direito subjetivo, não pode evidentemente o juiz tutelá-lo<sup>7</sup>.

Por isso, sempre se manteve a observância, entre nós, no plano do processo civil, do princípio de que a decadência, como *objeção* que é, haveria de ser conhecida e levada em conta pelo julgador, na solução do litígio, quer tivesse sido, ou não, argüida pelo demandado<sup>8</sup>.

Nada obstante essa tradição, o Código Civil de 2002 escolheu novos rumos para disciplinar o tratamento processual da prescrição e da decadência, pois:

- a) embora continue a vigorar a regra das exceções no tocante à necessidade de provocação do demandado, para a prescrição em benefício do absolutamente incapaz a norma não mais vigora, visto que o juiz pode acolhê-la de ofício (Código Civil, art. 194);
- b) Quanto à decadência, a cognoscibilidade *ex officio* continua prevalecendo para as causas extintivas *legais*. Quando, porém, a hipótese for de prazo convencional de caducidade, o regime não será o clássico da decadência, mas o das exceções, ou seja, o juiz não poderá atuar para seu reconhecimento sem provocação do demandado (Código Civil, art. 211).

6 "A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão..., só encobre a eficácia do direito" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 6, p. 10-11). "A exceção opera no plano de eficácia. Quem excetua não nega a eficácia, busca neutralizá-la ou retardá-la" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 3.3.1, p. 21)

7 Para CALMON DE PASSOS, o fato impeditivo ou extintivo, configurador da exceção, quando o juiz o ignorava porque a parte não o argüi, não leva a uma sentença *injusta* (no sentido de ser contrariado o direito). Pelo princípio dispositivo, somente ao interessado cabe decidir sobre a conveniência de opor ou não a exceção de que dispõe. A *objeção*, contudo, corresponde a fatos impeditivos ou extintivos que o magistrado não pode ignorar, "porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre *injusta* (contrária ao direito), se não foram aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado" (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 255).

8 "Costumava-se dizer que a decadência era uma objeção, e como tal, poderia ser conhecida *ex officio* pelo juiz" (DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, n. 3.3.2, p. 25).



Nessa perspectiva, pode-se concluir, com DIDIER JR., que “o legislador civil, atento aos aspectos práticos, e preocupado com a justiça das decisões, passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra”. É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador.

#### 4. SOLIDARIEDADE ATIVA E COISA JULGADA

Para o Código de Processo Civil, a coisa julgada é a qualidade de que se reveste a sentença, quando não mais esteja sujeita a recurso, e que a torna “imutável e indiscutível” (CPC, art. 467).

Essa intangibilidade da solução judicial dada ao litígio não é absoluta, pois a lei impõe à autoridade da *res iudicata* limites objetivos e subjetivos. Objetivamente, a força da sentença trânsita em julgado manifesta-se “nos limites da lide e das questões decididas” (CPC, art. 468). No plano subjetivo, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (CPC, art. 472).

Vale dizer: embora relacionada com o litígio sentenciado, não são abrangidas pela indiscutibilidade questões não enfrentadas pela sentença, desde que a sua posterior solução não importe modificar a situação jurídica assentada com autoridade de coisa julgada. Nem ficam privados do direito de discutir os reflexos da sentença em sua esfera jurídica os terceiros que de nenhuma forma figuraram no processo em que se formou a *res iudicata*.

Da existência de coisa julgada decorre, para os sujeitos da relação processual finda, um impedimento processual a que se reabra disputa em juízo, no mesmo ou em outro processo, e entre as mesmas partes, sobre a lide e as questões já definitivamente julgadas.

Essa sistemática processual sofreu interferência inovativa por parte do art. 274 do Código Civil de 2002, onde se encontra regra heterotópica de indiscutível efeito sobre a disciplina do Código de Processo Civil traçada por seu art. 472 para os limites subjetivos da coisa julgada.

Eis o preceito do dispositivo do novo Estatuto Civil:

“Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”.

A norma permite, claramente, o desdobramento em duas situações bem distintas, a que correspondem soluções também diferentes, quais sejam:

- a) *Um credor solidário aciona o devedor e perde a demanda* (tem o pedido julgado improcedente), caso em que a coisa julgada fica subjetivamente restrita às partes do processo, tal como se prevê no art. 472 do CPC. Por conseguinte, outros credores não estarão inibidos de exercerem em novo processo a pretensão de exigir o cumprimento

9 DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 25

da mesma obrigação. A indiscutibilidade do julgamento anterior não os atinge, visto que não figuraram como partes no processo em que a sentença foi proferida e assumiu a autoridade de *res iudicata*<sup>10</sup>.

- b) *Um credor solidário aciona o devedor e ganha a demanda* (seu pedido é julgado procedente). Aqui surge a grande novidade heterotópica da norma do Código Civil: embora a sentença tenha sido dada em favor de um dos credores solidários apenas, os demais poderão dela se prevalecer. A eficácia da sentença, portanto, dar-se-á *ultra partes* e *secundum eventum litis*: se for desfavorável ao credor demandante, não prejudicarão os demais co-credores; se for favorável, todos os credores solidários da mesma obrigação dela se beneficiarão.

Até aqui está tudo muito claro na compreensão do preceito com que o Código Civil alterou, em parte, a regra processual constante do art. 472 do Código de Processo Civil. A dificuldade surge diante da ressalva aposta no final do texto do novel art. 274 da lei material, *in verbis*:

“O julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”.

A propósito da solidariedade, é bom registrar que, sem embargo de poder cada credor exigir por inteiro a obrigação, ou cada devedor se sujeitar ao cumprimento integral dela, não há necessariamente uniformidade da situação jurídica de todos os devedores ou de todos os credores.

Nesse sentido, dispõe o art. 273 do Código Civil que o devedor acionado por um dos credores solidários não pode opor “exceções pessoais oponíveis aos outros”. Isto quer dizer que, diante da obrigação solidária, podem coexistir exceções *comuns* e exceções *pessoais*. Vale dizer: as defesas com que se resiste à pretensão podem variar, conforme seja o credor que promove a exigência do cumprimento da prestação. O que a lei civil não tolera é que o devedor demandado se defenda com exceções pessoais que digam respeito a outro ou outros credores. Cada credor sujeita-se, porém, a sofrer as exceções comuns a toda a obrigação solidária e mais as que pessoalmente se lhe apliquem na demanda individual.

Se o devedor derrubar a pretensão de um dos credores com base em exceção pessoal, a improcedência da demanda em nada prejudicará a futura pretensão de outros credores, contra quem o devedor não terá a mesma exceção a opor.

Aliás, se a exceção é acolhida, pouco importa saber se ela é comum ou particular, porque, quando há insucesso da demanda do credor solidário, nunca se forma a coisa julgada *ultra partes*, segundo a primeira parte do art. 274. Sob o ponto de vista processual, a norma “dá suporte do fenômeno da coisa julgada *secundum eventus litis* e *in utilibus*, já que, pela própria previsão legal em análise, o resultado desfavorável a um dos credores solidários não atinge os demais”<sup>11</sup>.

10 “Se um dos credores solidários aciona o devedor comum e perde a ação, esta sentença desfavorável não atingirá os demais credores, que poderão ainda acionar o devedor comum” (FIUZA, César. *Direito Civil*. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.004, p. 309).  
11 BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296, nota 39. Nesse sentido, também, a tese de FREDIE DIDIER JÚNIOR: “Embora permita a co-legitimação ativa, o legislador instituiu o regime da extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada que porventura surja de processo instaurado por um dos credores: os credores que não participaram do processo apenas podem ser beneficiados com a coisa julgada, jamais prejudicados” (DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 76).

Assim, não se vê maior significado na ressalva que o legislador inseriu na segunda parte do art. 274, já que, se alguma exceção tiver alguma influência no fracasso da demanda, nunca se formará a coisa julgada oponível aos co-credores que não figuram no processo.

Ademais, em sua literalidade é de difícil interpretação o teor da Segunda parte do art. 274, quando correlaciona o julgamento favorável ao credor com decisório fundado “em exceção pessoal ao credor que o obteve”. Se só ao demandado cabe excepcionar, como pode uma sentença contrária ao devedor fundar-se na exceção pessoal que ele mesmo invocou em vão?

A impressão que prevalece diante desse dilema parece ser a de que a literalidade do dispositivo não traduz o que, de fato, esteve na intenção normativa do legislador. A ressalva final, para não ficar totalmente sem sentido, deve cingir-se ao impedimento de formar-se a coisa julgada contra os outros credores na parte em que a exceção pessoal foi rejeitada, “que, exatamente por isso, nada tem que ver com os outros”<sup>12</sup>.

Merece acolhida, nessa ordem de idéias, a exegese proposta por FREDIE DIDIER JÚNIOR:

“Segundo nosso entendimento, o que se afirma no Código civil é que: a) se um dos credores vai a juízo e perde, qualquer que seja o motivo (acolhimento de exceção comum ou pessoal), essa decisão não tem eficácia em relação aos demais credores; b) se o credor vai a juízo e ganha, essa decisão beneficiará os demais credores”. A ressalva da lei a essa extensão só pode se referir a outra “exceção pessoal que possa ser oposta a outro credor não participante do processo”<sup>13</sup>.

Em suma: frente ao art. 274 do Código Civil, a sentença obtida por um credor solidário contra o devedor comum estende sua eficácia em benefício dos demais co-credores, formando a coisa julgada *ultra partes*. Esta eficácia exterior do julgado não impede ao devedor vencido o manejo de novas exceções pessoais que acaso disponha contra outro ou outros credores que não figuraram no primitivo processo, e que ulteriormente venham a cobrar a mesma obrigação. A respeito dessas exceções, não se pode pensar em eficácia da coisa julgada, porque versam sobre questões que não figuraram no processo anterior, nem poderiam ter figurado, e por dizerem respeito a pessoas que tampouco participavam da relação processual em que a sentença foi proferida. São essas questões estranhas ao objeto da causa já decidida que, segundo a ressalva do art. 274 do Código Civil, não podem ser prejudicadas pela coisa julgada.

## 5. CHAMAMENTO AO PROCESSO, DO SEGURADO, EM AÇÃO DIRETA DA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA

O Código Civil deu nova definição ao contrato de seguro. Ao invés de conceituá-lo como causa de instituição da obrigação de indenizar o prejuízo eventualmente sofrido pelo segurado, a nova definição atribuiu-lhe a função de “garantir interesse legítimo do segurado” (Código Civil, art. 757).

12 DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, n. 9, p. 76

13 DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 76

Nessa mesma perspectiva, o seguro de responsabilidade civil é visto como a garantia prestada, pela seguradora, de que realizará “o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro” (Código Civil, art. 787).

Em razão dessa natureza de contrato de garantia, o Código Civil de 2002 prevê a obrigação da seguradora de pagar a indenização diretamente ao terceiro prejudicado, na hipótese de seguro obrigatório de responsabilidade civil (art. 788, *caput*). Embora não se tenha feito expressa menção a igual direito da vítima, para o seguro facultativo de responsabilidade civil, a solução não pode ser diferente, uma vez que, por definição da lei, a obrigação da seguradora, em qualquer seguro da espécie (obrigatório ou facultativo), é a de *garantir* “o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

A novidade, em termos processuais, está no parágrafo único do art. 788, que cogita, na ação direta da vítima contra a seguradora, da possibilidade de a seguradora promover a citação do segurado “para integrar o contraditório”, caso queira manejar a “exceção de contrato não cumprido”.

Que tipo de intervenção de terceiro será esta? Não se trata, evidentemente, de denunciação da lide, porque a seguradora não tem direito regressivo a exercer contra o segurado inadimplente, a título de um vínculo de garantia entre eles, pelo menos no sentido segurado-seguradora. O que caracteriza a denunciação da lide é o concurso de duas relações materiais distintas: uma entre autor e réu, e outra entre a parte denunciante e o denunciado. Nesta última nem sequer figura o outro litigante, isto é, aquele que na causa principal litiga com o denunciante.

Já no chamamento ao processo, a relação que se discute na causa é a mesma que serve de base para a intervenção do terceiro. Vale dizer, este também mantém relação material com o adversário daquele que o chama para o processo. O chamado vem para o processo como um co-responsável pela obrigação reclamada pelo demandante<sup>14</sup>. Este escolheu o réu, mas poderia ter igualmente demandado contra o terceiro. O seu chamamento, por iniciativa do réu, destina-se a ampliar o pólo passivo do processo, de modo que, sendo proferida a sentença condenatória, seus efeitos atinjam todos os coobrigados, e dessa maneira possa o réu primitivo, perante o chamado, ratear ou reclamar por inteiro o que vier a despender para cumprir a sentença. Nesse sentido, dispõe o art. 80 do CPC: “A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua cota, na proporção que lhe tocar”.

A situação da seguradora, na espécie, equivale à do fiador que é executado diretamente pelo credor e que chama ao processo o afiançado (CPC, art. 77, I).<sup>15</sup>

14 “Nas hipóteses de denunciação da lide o terceiro interveniente não tem vínculo ou ligação jurídica com a parte contrária do denunciante na ação principal. A primitiva relação jurídica controvertida no processo principal diz respeito apenas ao denunciante e ao outro litigante originário (autor e réu). E a relação jurídica de regresso é exclusivamente entre o denunciante e o terceiro denunciado. Já no chamamento ao processo, o réu da ação primitiva convoca para a disputa judicial pessoa que, nos termos do art. 77, tem, juntamente com ele, uma obrigação perante o autor da demanda principal, seja como fiador, seja como coobrigado solidário pela dívida aforada. Vale dizer que só se chama ao processo quem, pelo direito material, tenha um nexo obrigacional com o autor” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, n. 123, p. 124. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975, n. 109 e 110, p. 172 e 174; SANTOS, Emrane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. I, p. 95).

15 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Algumas regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo cit.*, p. 80.

Portanto, a intervenção de terceiro previsto no art. 788, parágrafo único, do Cód. Civil 2002, não é a denunciação da lide, mas o chamamento do processo. Aliás, essa figura interventiva já, antes do Código Civil, havia sido prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, exatamente para que, sendo convocado o segurador pelo fornecedor demandado, o julgador pudesse proferir sentença contra ambos, permitindo, dessa maneira, ao consumidor executá-la diretamente contra qualquer um deles (CDC, art. 101, II)<sup>16</sup>.

Por conseguinte, o parágrafo único do art. 788 do atual Código Civil, ao permitir a citação do segurado por provocação da seguradora, criou, na verdade, *um novo caso de chamamento ao processo*, ampliando, assim, o elenco do art. 77 do Código de Processo Civil<sup>17</sup>.

## 6. CHAMAMENTO DA SEGURADORA NA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MANEJADA APENAS CONTRA O SEGURADO

Não há mais dúvida de que, no direito brasileiro, é viável a ação direta da vítima contra a seguradora do causador do dano<sup>18</sup>. Esta ação direta, todavia, não exclui, como é óbvio, a possibilidade de a vítima demandar diretamente contra o segurado, já que este é o responsável primário pelo ato ilícito.

A respeito dessa hipótese, o Código Civil de 2002 estatuiu a seguinte regra:

“Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador” (art. 787, § 3º).

Uma vez que as intervenções de terceiro são previstas pelo Código de Processo Civil em *numerus clausus*, urge definir como se procede processualmente para cumprir o aludido preceito do Estado Civil. No regime do Código Civil de 1916, que tratava do seguro como obrigação de reembolso, a denunciação da lide era o mecanismo processual adequado, pois se destinava justamente a instrumentalizar as garantias de regresso (CPC, art. 70, III).

Com o Código Civil atual, o segurador garante diretamente o pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado. Assim, perante a vítima estabelecem-se dois responsáveis pela reparação: o causador do dano e a seguradora. Logo, não há mais direito de regresso, mas direito do segurado a que a seguradora cumpra a prestação objeto da garantia securitária. O seguro de responsabilidade civil, nesse contexto legal, opera como estipulação em favor de terceiro. Havendo responsabilidade direta da seguradora em face do beneficiário (vítima do dano), sua convocação pelo segurado para participar não pode mais ser feita por meio da denunciação da lide. O remédio interventivo adequado será o chamamento ao processo,

---

16 Código de Defesa do Consumidor, art. 101: “(...) II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade facultando-se em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este”.

17 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *op. cit.*, p. 81

18 Já antes do Código Civil vinha decidindo o STJ que, em acidente de trânsito, a ação indenizatória “pode ser intentada diretamente contra a seguradora que contratou com o proprietário do veículo causador do dano” (STJ, 4ª T., REsp. 294.057/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 28.06.2001, DJU 12.11.2001, p. 155. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp 228.840/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 26.06.2000, DJU 04.09.2000, p. 150).

figura própria para trazer a juízo terceiro que, diante do litígio em tramitação, tem também responsabilidade própria junto ao autor.

O novo Código Civil, ao conferir a estrutura de contrato de garantia ao seguro de responsabilidade civil, adequou-se, em termos gerais, ao mecanismo que o CDC já instituíra para a seguradora no âmbito das relações consumeristas: a seguradora não deve ser convocada como denunciada à lide, e sim como chamada ao processo, para que possa ser incluída na eventual condenação solidariamente com o fornecedor (CDC, art. 101, II).

Por força, portanto, do § 3º do art. 787 do Código Civil de 2002, incluiu-se mais uma hipótese de chamamento do processo no elenco do art. 77 do Código de Processo Civil.

## 7. LITISCONSÓRCIO ENTRE CÔNJUGES NAS AÇÕES REAIS IMOBILIÁRIAS

De acordo com o art. 10, *caput*, do CPC, o cônjuge necessita de *consentimento* do outro “para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários”. Ocupando a posição passiva da relação processual, ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações “que versem sobre direitos reais imobiliários” (§ 1º, I, do mesmo dispositivo processual).

Essa disciplina processual decorria da definição dos poderes conjugais traçada pelo Código Civil de 1916, que, a respeito do tema, assim dispunha:

- a) referindo-se aos imóveis e aos direitos reais a eles pertinentes, “o marido não pode, sem o consentimento da mulher, *qualquer que seja o regime de bens*: ... II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos” (art. 235, II);
- b) “a mulher não pode, sem autorização do marido... I - praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235)”;

O Código Civil de 2002 inovou, a respeito da legitimação dos cônjuges para esse tipo de pleito judicial, estatuiu no art. 1.647 que, “ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode sem autorização do outro, *exceto no regime da separação absoluta*: ... II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos”.

Vale dizer: para o direito civil atual, não há mais exigência do consentimento de um cônjuge para que o outro litigue sobre bem imóvel incomunicável, dentro do regime da separação absoluta.

Derrogou-se, por regra heterotópica, a norma do Código de Processo Civil que, nas ações em foco, exigia a autorização conjugal para a propositura da demanda, e o litisconsórcio necessário quando os cônjuges figurassem no pólo passivo do processo, sem distinção do regime matrimonial de bens (art. 10 e § 1º). Agora, o cônjuge poderá, acerca dos bens particulares, demandar e ser demandado sem a presença e sem o consentimento do consorte, desde que o regime de seu casamento seja o da separação absoluta<sup>19</sup>.

A questão que subsiste é a de a regra do art. 1.647, do CC/2002, aplicar-se ao regime da separação de bens, qualquer que seja a sua modalidade, isto é, tanto a separação legal como a convencional. Para FREDIE DIDIER JR., subsistiria a necessidade de vênua conjugal

<sup>19</sup> “Diferentemente do regime do antigo CC/1916, em cujo sistema a postulação de direitos reais imobiliários, dependia, *independentemente do regime de bens*, da outorga do outro cônjuge, o CC/2002, dispensa tal outorga quando se tratar de regime de separação absoluta de bens. Neste caso, não há mais, ao que parece, justificativa para manter-se o litisconsórcio necessário a que alude o art. 10 do CPC” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *op. cit.*, p. 81).

no regime de separação legal (art. 1.641), devendo aplicar-se a ressalva do art. 1.647 apenas à separação convencional (art. 1.687)<sup>20</sup>. Penso, todavia, que não há razão para se tratar, *in casu*, de maneira diferente os regimes da separação obrigatória e da separação convencional. É, aliás, o que também pensa o Prof. MIGUEL REALE<sup>21</sup>, ao cuidar da sucessão entre cônjuges no regime da separação de bens.

A nova sistemática do Código Civil deve refletir, também, sobre o parág. único do art. 669 do CPC, onde se exigia a intimação da penhora ao outro cônjuge quando recaísse sobre bem imóvel do executado casado, cuja razão de ser derivava do litisconsórcio necessário nas ações reais imobiliárias e da necessidade de outorga conjugal nos atos de alienação de bens imóveis. Como agora, para a lei material, nos casos de separação absoluta, não mais vigora semelhante exigência, desnecessária se torna a medida intimatória a que alude o parágrafo único do art. 69 da lei processual<sup>22</sup>.

## 8. DENUNCIÇÃO DA LIDE “*PERSALTUM*”

No sistema anterior ao Código Civil de 2002, a denúncia sucessiva, isto é, a que atingia alienantes anteriores ao que transferiu o bem ao atual titular evicto, regia-se pelo art. 73 do CPC, cujo enunciado era o seguinte:

*“Para os fins do disposto no art. 70, o denunciado, por sua vez, intimar-se-á do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente”.*

A exegese dominante era, pois, no sentido de que a denúncia da lide somente cabia contra aquele de quem o denunciante tivesse havido o bem ou direito ameaçado de evicção. Embora pudesse estabelecer-se uma cadeia de denúncias, cada uma delas haveria de ser provocada pelo respectivo titular do direito de regresso.

Entendia-se, portanto, que a denúncia da lide poderia ser feita sucessivamente (e de forma cumulativa no mesmo processo), mas não poderia ocorrer *per saltum*<sup>23</sup>.

O tema foi enfocado de maneira diferente pelo novo Código Civil, ao tratar, em seu art. 456, da garantia da evicção. Eis que nele se dispõe:

*“Para exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo”.*

Com esta inovação, o direito de reclamar os efeitos da garantia da evicção passou a ser exercitável, mediante a denúncia da lide, não só ao alienante imediato, mas também perante qualquer outro que anteriormente tenha figurado na cadeia das transmissões do bem ou do direito<sup>24</sup>.

20 DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 117

21 REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 61-64.

22 DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, n. 16.7, p. 120

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, n. 121, p. 125.

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, n. 121, p. 125.

Conferindo-se ao evicto direito de avançar na cadeia regressiva dos sucessivos alienantes, a lei civil acabou por instituir uma solidariedade passiva entre eles e perante aquele que sofre a evicção. O que afinal suportar o garantir terá, naturalmente, direito de reembolso junto aos alienantes que o precederam na cadeia<sup>25</sup>.

Há quem entenda que continua prevalecendo o veto à denúnciação *per saltum*, porque o novo Código Civil, no art. 456, teria recomendado observar-se o disposto nas leis de processo<sup>26</sup>. No entanto, o que se previu no dispositivo do Código Civil foi apenas a necessidade de observar-se o procedimento traçado pela lei processual para a denúnciação da lide. Não foi a legitimidade para exercer o direito de garantia emanado da evicção, nem tampouco o seu alcance objetivo e subjetivo.

Melhor, portanto, a exegese feita por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem se deve ver, na lei civil posterior ao CPC, “a viabilidade de denunciar a lide a quem não tem relação jurídica de direito material direta com o denunciante. É esse o entendimento de se “notificar do litígio o alienante imediato *ou qualquer dos anteriores*”. Até porque - conclui o autor - “a não se entender assim, a *novidade* da lei civil não tem significação jurídica alguma. O art. 73 do CPC, em última análise, é *alimentado* pela nova regra de direito civil”<sup>27</sup>.

## 9. NOMEAÇÃO À AUTORIA NA AÇÃO REIVINDICATÓRIA CONTRA O DETENTOR

Ao definir os poderes do proprietário, o art. 524 do Código Civil de 1916 arrolava o de reaver seus bens “de quem quer que injustamente os *possua*”. Isto levava a doutrina a definir a ação reivindicatória como sendo a que cabe ao proprietário sem posse contra o possuidor sem título oponível ao dono.

Como o *detentor* não tem posse, pois apenas conserva a posse alheia, em virtude de relação de dependência e de cumprimento de ordens do proprietário ou possuidor (CC/1916, art. 487), o CPC instituiu a figura da nomeação à autoria (art. 62), por meio da qual o detentor, sendo demandado em nome próprio, deveria informar em juízo quem seria o proprietário ou possuidor, isto é, o legitimado a figurar no pólo passivo da ação real.

O art. 1.228 do Novo Código Civil alterou a descrição do direito de reivindicar pertencente ao proprietário, dispondo que lhe cabe, em relação à coisa, “o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a *possua* ou *detenha*”.

Diante da literalidade da atual norma de direito material, chegou-se à conclusão de que o art. 62 do Código de Processo Civil teria sido revogado, já que, após o Código Civil de 2002, teria sido conferida ao detentor (além do possuidor) a legitimidade passiva para a ação reivindicatória<sup>28</sup>.

No entanto, para se reconhecer que o detentor, sem ser o titular do direito em disputa, pudesse defendê-lo, em nome próprio, ter-se-ia de conferir-lhe os poderes de um *substituto processual*. A substituição processual, no entanto, é excepcionalíssima e somente pode ocorrer nas expressas hipóteses autorizadas por lei (CPC, art. 6º)<sup>29</sup>.

25 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, n. 121, p. 125.

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. I, p. 203-204.

27 BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros cit.*, p. 259

28 VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2.003, v. 16, p. 26

29 “CPC, art. 6º - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.



Nesse sentido, não é a circunstância de autorizar, na reivindicação, a presença do detentor da coisa alheia que irá dispensar a nomeação à autoria do respectivo dono ou possuidor. Lei alguma confere ao mero detentor o poder de dispor dos direitos do titular da propriedade ou posse, nem sequer lhe outorga a representação deste.

Para se formar validamente a relação processual em que se reclama a posse ou propriedade da coisa litigiosa, forçosamente tem de ser citado aquele que se coloca na situação atual de possuidor ou dono. Somente em presença dele se estabelecerá a relação processual configuradora do devido processo legal assegurada pela ordem constitucional<sup>30</sup>.

Quando, pois, o art. 1.228 do Código Civil em vigor proclama que o proprietário pode reivindicar sua coisa do possuidor ou detentor, não está autorizando a formação de um processo em que apenas o detentor ocupe o pólo passivo<sup>31</sup>. Está simplesmente prevendo que o processo de reivindicação, manejado pelo proprietário, tem eficácia contra quem quer que embarace o seu direito a ter consigo a coisa própria. Nada mais do que isto, ou seja: pouco importa saber a que título alguém conserve em seu poder a coisa do reivindicante, se não dispõe de título a esse oponível.

A autorização de incluir o detentor na relação processual da reivindicatória não tem outro objetivo senão o de eliminar qualquer possibilidade de tentativa, após a sentença, de fugir ao seu cumprimento a pretexto de ser estranho à relação processual e, por isso, não alcançável pela *coisa julgada*. De forma alguma, porém, pode-se pretender que o art. 1.228 do Código Civil tenha legitimado uma reivindicação apenas em face do detentor, salvo se este detiver a coisa em virtude de relação estabelecida diretamente entre o dono (reivindicante) e o réu (detentor).

Se aconteceu de a demanda desenvolver-se tão somente contra o detentor em nome de terceiro, aí, sim, ter-se-á uma sentença inexecúvel perante o verdadeiro titular da situação jurídica litigiosa, qual seja o que se acha realmente na condição de proprietário ou possuidor.

Nessa ordem de idéias, o texto inovador do art. 1.228 do atual Código Civil não revogou o art. 62 do CPC. Sua aplicação deve ser feita de maneira a harmonizá-lo com a figura da nomeação à autoria, e nunca no sentido de anulá-la. Ou seja, se a demanda for intentada contra ambos (detentor e possuidor), citar-se-ão os dois na posição de co-ocupantes da coisa litigiosa. Se, todavia, a demanda for proposta apenas contra o detentor, continuará ele com o dever de nomear à autoria o terceiro proprietário ou possuidor, em cumprimento de cujas ordenas ou instruções detém a coisa litigiosa<sup>32</sup>. Somente não haverá nomeação à

30 “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV); e não se observa o devido processo legal, sem se assegurar aos litigantes “o contraditório e ampla defesa” (CF, art. 5º LV)

31 Para que a reivindicatória seja intentada apenas contra o detentor, é preciso que a demanda se trave entre o dono da coisa e aquele a quem o próprio dono concedeu a detenção. Nunca se poderá pensar em ação reivindicatória do dono da coisa apenas contra o detentor que a retém em nome e por ordem de terceiro, como é óbvio. É bom lembrar, outrossim, que o detentor que se recusa a entregar a coisa ao dono transforma sua detenção em *posse injusta*, ou *precária*, porque obtida por meio de abuso de confiança (Código Civil, art. 1.200). A reivindicação, nestas condições, não vai contra um simples detentor, mas contra um detentor que, injustamente, passou a comportar-se como possuidor.

32 ALEXANDRE FREITAS CÂMARA é radical na exegese do art. 1.228 do novo Código Civil: A cláusula “ou detenha”, contida no referido artigo do CC-2002, “deve ser considerada como não escrita, por ferir o devido processo legal”. Proferida a sentença apenas contra o detentor, seria ela inútil porque inexecúvel contra quem não participou do processo (CF. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. I, p. 194-195 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil cit.*, p. 102, que conclui: “A despeito da redação do art. 1.228 do CC/2002, não possui o mero detentor (art. 1.198) legitimidade passiva *ad causam* para a ação reivindicatória, razão pela qual deve nomear à autoria o verdadeiro possuidor/proprietário, tudo na forma como prescreve o art. 62, que se mantém incólume” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais cit.*, p. 102).

autoria, repita-se, quando a demanda se passar entre o dono e o detentor que ele mesmo constituiu.

## 10. CHAMAMENTO AO PROCESSO EM AÇÃO DE ALIMENTOS

O art. 1.698 do Código Civil de 2002 é, em matéria de prestação de alimentos entre parentes, mais um exemplo de norma heterotópica, porque cogita de um caso de chamamento ao processo, a par daqueles arrolados no art. 77 do CPC. A hipótese se aproxima da solidariedade prevista no inciso III do dispositivo processual, mas que não chega a subsumir-se nela.

O enunciado da referida norma do Código Civil, que se aplica às ações de alimentos, é o seguinte:

*“Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.*

Já se pretendeu ver em tal expediente processual uma modalidade de denunciação da lide, já que a prestação de alimentos não seria nem divisível nem solidária, mas sujeita a uma ordem sucessiva de legitimidade<sup>33</sup>. Também já se cogitou, na espécie, de um litisconsórcio *sui generis*<sup>34</sup>.

Mas denunciação da lide não se entrevê, porque o réu da ação de alimentos não invoca relação de garantia nem tampouco exerce direito de regresso, não havendo como identificar o “chamamento a integrar a lide”, de que fala o art. 1.698 do Código Civil, com a destinação da figura interventiva disciplinada no art. 70 do Código de Processo Civil. Tampouco se pode afastar a figura do chamamento ao processo para substituí-la por uma singela e atípica formação de litisconsórcio facultativo (e *sui generis*) superveniente, visto que as medidas processuais de intervenção de terceiro são sabidamente típicas e constam de previsão legal em *numerus clausus*.

Ora, a intervenção de terceiros concebida para formar o litisconsórcio incidental ou superveniente entre os vários coobrigados da mesma relação obrigacional é justamente o chamamento ao processo, prevista no art. 77 do CPC. É verdade que o inciso III do questionado artigo fala em chamamento “de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum”. E a dívida de alimentos não configura obrigação solidária. É, no entanto, pela incapacidade do devedor de suportá-la por inteiro, obrigação que se torna comum entre os diversos alimentantes que deverão complementá-la.

Assim, mesmo não sendo obrigação solidária, a comunhão de devedores justifica sua inserção na sistemática do chamamento ao processo, porque a razão de ser da submissão dos devedores solidários ao referido remédio processual interventivo - a dívida comum a diversos obrigados - se faz presente no concurso de vários responsáveis pela satisfação do débito alimentar.

33 LOTUFO, Renan. Alimentos - obrigação avoenga. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Síntese, n. 8, p. 78, jan/mar. 2001.  
34 CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 157

Forte na preocupação de efetividade e instrumentalidade que o processo deve trazer ao tornar realidade os mandamentos do direito material, creio, como CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, que o chamamento ao processo é a figura mais apta a realizar o “chamamento para integrar a lide” recomendado pelo art. 1.698 do Código Civil. O caso não é de solidariedade, como se prevê no inc. III do art. 77 do Código de Processo Civil. Indubitavelmente, “é de responsabilidade subsidiária a ser exercida consoante as ‘forças’ de cada um dos responsáveis pelo pagamento dos alimentos”. Admitida essa premissa, forçoso é concluir que “o chamamento ao processo é instituto que bem realiza, processualmente, este regime de direito material”<sup>35</sup>.

FREDIE DIDIER JÚNIOR, por sua vez, prefere posicionar-se ao lado de YUSSEF SAID CAHALI, afastando, dessa maneira, o cabimento do chamamento ao processo pela inexistência de solidariedade entre o réu e os chamados a integrar a lide; e preferindo ver na espécie um litisconsórcio superveniente, cuja formação nem sequer seria de iniciativa do réu, mas do autor da ação alimentícia<sup>36</sup>. Deve-se registrar que o próprio YUSSEF SAID CAHALI, invocado como base para a tese de rejeição ao cabimento do chamamento ao processo, em ação de alimentos, é de entendimento que a intervenção preconizada pelo Código Civil se opera por “provocação do réu”, embora se trate de uma “intervenção em benefício do autor”<sup>37</sup>.

O certo, no entanto, é que nem sempre o réu chama para o processo alguém que apenas se destine a cobrir a parcela de alimentos que não está em condições de custear. Segundo os próprios termos do art. 1.698 do Código Civil, o chamamento pode ser para que, dentre todas as pessoas que devam concorrer na prestação dos alimentos, estabeleça-se a quota de cada uma segundo “a proporção dos respectivos recursos”<sup>38</sup>.

Enfim, não me parece que se deva radicalizar na definição da forma de convocação dos demais co-responsáveis pela prestação alimentícia, numa época em que se bate pelas tutelas diferenciadas e, sobretudo, pela maior utilidade dos mecanismos processuais na busca pelo processo eficaz e justo.

Como adverte CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, o que se afigura mais relevante do que defender, com unhas e dentes, o prevalectimento da interpretação por ele sugerida (a de que o chamamento a integrar a lide previsto no art. 1.698 do Código Civil equivale ao “chamamento ao processo do art. 77, III, do Código de Processo Civil), “é verificar como o processo pode melhor servir ao direito material. Só isso. Chamando-se ao processo ou intervindo na qualidade de litisconsorte passivo, o que mais importa, sobretudo em ação de alimentos, é que o alimentando possa ver satisfeito, da maneira mais completa possível, o direito material (a necessidade de receber alimentos) que motivou seu ingresso em juízo”<sup>39</sup>.

A oportunidade é muito boa para, mais uma vez, ressaltar que o dogmatismo e o conceitualismo, assim como o formalismo exacerbado, cada vez menos se prestam ao progresso do estudo do direito processual. A visão estática das categorias processuais perde, dia a dia, importância, ao passo que é na visão dinâmica ou funcional que se divisa, com maior intensidade, o verdadeiro papel do processo contemporâneo. A idéia de devido processo

35 BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros cit.*, p. 289.

36 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais cit.*, p. 126

37 CAHALI, *op. cit.*. Para PONTES DE MIRANDA, “o réu pode pedir a citação dos outros devedores, ou deixar que a ação prossiga, ficando a ação de reembolso contra os outros, se for o caso”. E “se há dois ou mais devedores do mesmo grau, podem ser demandados alguns ou todos, ou um só (...). Cada obrigado pode exigir que se lhe determine a quota” (*Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983, t. 9. §1.001, p. 221).

38 MIRANDA, Pontes de. *Tratado cit.*, t. 9. §1.001, p. 221.

39 BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros cit.*, p. 292

legal evolui a passos largos para a de processo justo, onde os efeitos materiais alcançados é que, de longe, justificam a exegese das normas processuais e minimizam o desgaste de tempo e energia provocado pelas complicadas explicações dogmáticas e conceituais que, geralmente no terreno do processo, muito pouco contribuem para o aprimoramento político e social da prestação jurisdicional.

## 11. REGRAS TRAÇADAS PELO CÓDIGO CIVIL PARA AS ARREMATAÇÕES REGULADAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De três modos o Código Civil de 2002 invocou significativamente no regime das arrematações disciplinadas pelo Código de Processo:

- a) Pelo art. 447, consagrou-se a incidência da garantia da evicção também nas alienações operadas em hasta pública, o que não era previsto no CPC;
- b) Pelo art. 497, acrescentaram-se novas hipóteses de impedimentos à compra em hasta pública, ampliando-se o elenco do § 1º do art. 690 do CPC;
- c) Pelo art. 1.489, generalizou-se a garantia da hipoteca legal para todas as arrematações de imóvel cujo preço não seja pago à vista, ampliando-se, portanto, a previsão do art. 700 do CPC.

### 11.1 Evicção

Era velha e séria a discussão sobre a sujeição da compra em licitação judicial ao regime da garantia de evicção<sup>40</sup>.

O Código Civil de 2002 eliminou, de vez, a controvérsia. Seu art. 447, de forma expressa, dispõe que em todos os contratos onerosos o alienante responde pela evicção e que essa garantia subsiste “ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública”.

Não há dúvida, pois, que, doravante, se ocorrer, após a arrematação, que o adquirente venha a entrar em litígio com terceiro sobre o domínio da coisa adquirida na hasta pública, terá o direito de fazer uso da denúncia da lide, como meio de exercer a competente pretensão de regresso, em busca do ressarcimento do prejuízo que a evicção possa lhe acarretar (CPC, art. 70, I, do CPC).

Resta determinar quem responderá pela indenização do arrematante, uma vez operada a evicção. Responde FREDIE DIDIER JR., informando que a doutrina brasileira segue a lição do LIEBMAN, reconhecendo que a pretensão regressiva voltar-se-ia contra o devedor, porque foi ele quem se enriqueceu indevidamente, ao solver o débito executado com o valor de uma coisa que não lhe pertencia; sendo ele insolvente, poderia o arrematante voltar-se contra o credor-exeqüente, que não tinha o direito de se pagar com o produto da alienação de bem de terceiro<sup>41</sup>.

ARAKEN DE ASSIS, depois de se filiar à corrente de LIEBMAN, acrescenta um

40 ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 8.ed. São Paulo, RT, 2002, p. 740-741; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais cit.*, p. 77

41 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais cit.*, p. 78; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III, n. 865, p. 235; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, n. 73, p. 124; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. V, n. 1220, p. 268

último responsável pela evicção, o Estado, por ter sido, em última análise, quem promoveu a hasta pública. Se foi no desempenho de um serviço público que a transferência onerosa do bem se processou, não há mesmo como se recusar a reconhecer a responsabilidade estatal pela reparação do prejuízo acarretado ao arrematante vítima de evicção<sup>42</sup>.

### 11.2 Impedimentos à arrematação

Segundo o § 1º do art. 690 do Código de Processo Civil, na arrematação, “é admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens”. O próprio dispositivo, no entanto, excepciona, em três incisos, as pessoas que não têm legitimação para arrematar.

É a esse rol que o art. 497 do Código Civil de 2002 acresceu dois novos impedimentos, os quais foram enunciados em seus incisos II e IV. Dessa forma, além dos impedidos pelo texto primitivo do CPC, estão agora privados de legitimação para arrematar:

- a) os servidores públicos, em geral, em relação aos “bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta” (CC, art. 497, II);
- b) os leiloeiros e seus prepostos, em relação aos “bens de cuja venda estejam encarregados” (CC, art. 497, IV).

Quanto ao impedimento que já vigorava para o juiz e auxiliares do foro (CPC, art. 690, § 1º, inc. III), o inc. III do art. 497 do Código Civil esclareceu que a restrição legal é aplicável apenas à arrematação que ocorra “no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade”.

### 11.3 Hipoteca legal

No sistema do Código de Processo Civil, apenas na hipótese de venda judicial por intermédio de corretor é que, sendo realizada a prazo, o negócio deveria ser garantido por hipoteca judicial sobre o próprio imóvel alienado (CPC, art. 700).

Pelo art. 1.489 do Código Civil de 2002, entre os casos de hipoteca conferida pela própria lei (isto é, casos de *hipoteca legal*), figura a garantia em favor do credor (exequente), para assegurar o pagamento do restante do preço da arrematação (inc. V do citado artigo).

Ao invés de exceção, a hipoteca legal passou a ser a regra aplicável a qualquer arrematação de imóvel que não seja à vista, compreendendo, destarte, tanto a hipótese do art. 690, como a do art. 700, ambos do Código de Processo Civil<sup>43</sup>.

42 ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução cit.*, p. 742.

43 Diante da inovação do art. 1.489, inc. V, do novo Código Civil, nas arrematações de imóvel, tomou-se *despicienda* a caução de que cogitava o *caput* do art. 690 do CPC, uma vez que a hipoteca legal, doravante, representará eficaz garantia do pagamento da dívida sob execução (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras Processuais cit.*, p. 82). A hipoteca constará, portanto, da própria carta de arrematação e, com ela, será registrada no Registro Imobiliário, para os fins de direito.

### 12. Abstract:

*This study analyses topics of the 2002 Brazilian Civil Code, which interfere in Civil Process Law, modifying or completing it, such as the final term for filling a lawsuit, among others. This intervention of Civil Law into Process Law is in accordance with the idea that the vision of process categories loses their importance day by day. Meanwhile, the dynamic vision achieves more relevance, as in that lie the roots of the real role of contemporary process. The due process of law idea evolves to the notion of just process, where the material effects achieved justify the interpretation of process rules.*

**Key words:** *Relation between material and process rules. Double nature rules. Heterotopic process/material rules. Brazilian Civil Code interference into Brazilian Civil Process Code.*

### 13. REFERÊNCIAS:

- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 8.ed. São Paulo, RT, 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4.ed. São Paulo: RT, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CAVALCANTE, Mantovani Colares. Alguns impactos do novo Código Civil no direito processual brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 6, set. 2003.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no Processo – Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 5, agosto 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.
- FIUZA, César. *Direito Civil*. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.004.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LOTUFO, Renan. Alimentos - obrigação avoenga. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Síntese, n. 8, jan/mar. 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. V.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o Direito Processual. *Revista Forense*, v. 364, nov/dez. 2002
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- SANTOS, Ermane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III.
- VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2.003.



# O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Hidemberg Alves da Frota<sup>1</sup>

## RESUMO:

Este artigo analisa o princípio da dignidade da pessoa humana à luz do Direito brasileiro, Comparado e Internacional, a fim de demonstrar que possui fundamento jurídico dogmático e ampla presença nos ordenamentos jurídicos pátrio, estrangeiro e internacional.

**Palavras-chaves:** Dignidade da pessoa humana. Teoria Geral do Direito Constitucional. Direitos Humanos. Direitos da Personalidade.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O princípio da dignidade da pessoa humana como matriz dos direitos humanos, núcleo do ordenamento jurídico e pólo irradiador dos direitos da personalidade – 3. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira de 1988 – 4. O princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Positivo Estrangeiro: 4.1 Lei Básica de Israel sobre Dignidade Humana e Liberdade, de 1992; 4.2 Constituição Italiana, de 1948; 4.3 Constituição Argentina, de 1853, no texto reformado em 1994; 4.4 Constituição Belga, de 1994; 4.5 Constituição Chilena, de 1980; 4.6 Constituição Mexicana, de 1917; 4.7 Constituição Russa, de 1993; 4.8 Constituição Venezuelana, de 1999; 4.9 Constituição Alemã, de 1949; 4.10 Constituição Espanhola, de 1978; 4.11 Constituição Portuguesa, de 1976; 4.12 Constituição Paraguaiá, de 1992; 4.13 Constituição Cubana, de 1976, no texto reformado em 1992; 4.14 Constituição Peruana, de 1993; 4.15 Constituição Guatemalense, de 1985; 4.16 Constituição Grega, de 1975; 4.17 Constituição Irlandesa, de 1937; 4.18 Constituição Turca, de 1982, no texto reformado em 1995; 4.19 Constituição Européia, de 2004; 4.20 Constituição Sul-Africana, de 1996; 4.21 Constituição Polonesa, de 1997; 4.22 Constituição Indiana, de 1950; 4.23 Constituição Costa-Riquenha, de 1949, no texto reformado em 2001; 4.24 Constituição Suíça, de 1999; 4.25 O Instrumento de Governo de 1974, no texto reformado em 2000 (Ato Constitucional Sueco) – 5. O princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Internacional dos Direitos Humanos: 5.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; 5.2 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966; 5.3 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; 5.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 – *Pacto de San José da Costa Rica*; 5.5 Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000 – 6. Considerações Críticas – 7. Conclusão – 8. *Abstract* – 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja estribar no Direito Positivo o princípio da dignidade da pessoa humana, em particular sua privilegiada condição de matriz dos direitos humanos e núcleo do ordenamento jurídico, socorrendo-se da análise comparativa da Constituição brasileira de 1988 com vinte e cinco Textos Magnos estrangeiros (a grande maioria inserida em ordens jurídicas ocidentais e democráticas) e cinco instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas — CIESA. Advogado. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCrim.



Embasado na doutrina e na jurisprudência alienígena e nacional, o texto adiante alinhavado expressa a concepção atual do princípio da dignidade da pessoa humana como nascente dos direitos humanos — inclusive dos direitos fundamentais — e norma central do ordenamento jurídico, a fim de, em seguida, demonstrar que tal entendimento ecoa não apenas a visão dogmático-pretoriana, mas também o conteúdo do Direito Prescritivo brotado das ordens constitucionais pátria e estrangeiras, além do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MATRIZ DOS DIREITOS HUMANOS, NÚCLEO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E PÓLO IRRADIADOR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na ótica do Direito Natural, a dignidade da pessoa humana é valor eterno, transcende as barreiras do tempo e do espaço<sup>2</sup> e entoa o anseio universal de nascer, viver e morrer com dignidade<sup>3</sup>. Atributo ínsito à (e inseparável da) condição humana<sup>4</sup>, acompanha o ser humano do nascimento à morte<sup>5</sup>, seja ele indivíduo virtuoso ou não, sob quaisquer enfoques<sup>6</sup>.

*A pessoa é digna não porque o direito positivo assim o diz, não porque há um consenso social em torno de um valor. Não se trata de um axioma intermitente que, à barlavento das mudanças sociais, ocupa seu lugar no tempo e no espaço ou dele se ausenta consoante o consentimento de cada sociedade em cada momento histórico em particular.*

*Que motivo lógico há, que força a respeitar a dignidade do facinora, do teratoma social, daquele que socialmente perde a forma humana, que por sua conduta delinqüente conspurca a dignidade não apenas de outrem mas a sua própria? Que razão há para que a sociedade trate como humano aquele que renuncia a sua própria forma humana? Que constrange o Estado a não se tornar mero agente de vingança reduzindo a justiça à mera reciprocidade como queriam os pitagóricos? A resposta está na substância do indivíduo, que mesmo na forma desumana, lombrosiana, teratogênica, esconde uma essência que contém a substância comum de todo o gênero humano.<sup>7</sup>*

Conquanto a compreensão da dignidade da pessoa humana reflita (1) a mentalidade prevalecente em determinado local e período, (2) o papel desempenhado pela dimensão material e espiritual da existência humana em certo segmento do *continuum* espaço-temporal e (3) a nossa habilidade de apreender a realidade<sup>8</sup>, a sua essência — imorredoura enquanto houver no universo ao menos um ser humano — viceja mesmo se adversas as “contingências sociais,

2 GRAHAM, Ron (Ed.). *The essential Trudeau*. Toronto: M & S, 1998, p. 80. Apud ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 1.

3 ULLRICH, Dierk. Op. cit., p. 2.

4 *Ibid.*, p. 4.

5 *Ibid.*, p. 2.

6 DI LORENZO, Wambert Gomes. Abertura da constituição. *Direito & Justiça*: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, ano 23, v. 24, n. 2, jul.-dez. 2001, p. 194. Sobre a abordagem jusnaturalista do princípio da dignidade da pessoa humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 111-115.

7 DI LORENZO, Wambert Gomes. Abertura da constituição. *Direito & Justiça*: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, ano 23, v. 24, n. 2, jul.-dez. 2001, p. 194.

8 ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 2.



culturais, ideológicas, temporais e geográficas”.

Segundo o jusnaturalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>10</sup> é *alma mater* dos direitos humanos, deles necessita e deles não se separa<sup>11</sup>. Os acessórios seguem o principal. Eterno, o caráter perene do princípio da dignidade da pessoa humana transforma em intemporais os direitos humanos, mas, aos olhos da história do Direito Prescritivo, varia no espaço e no tempo o modo de se interpretarem o princípio da dignidade da pessoa humana e seus aderentes.

“A dignidade humana” — infere Jabur — diz respeito ao “conteúdo indispensável à existência saudável, capaz de preencher as naturais exigências de ordem física e espiritual do homem”<sup>12</sup>.

*É a reunião e manutenção ileisa da vida e de seus prolongamentos, de maneira que o direito à integridade corporal, à saúde, assim como o direito à liberdade socialmente regulada, o direito à honra, à privacidade, o direito ao trabalho e à educação, a uma velhice adequada e assistida, e o direito ao lazer; espelham a dignidade do ser humano.*<sup>13</sup>

Apesar de ladearem o ser humano onde ele estiver, independente do beneplácito e da presença da sociedade e do Estado, a dignidade da pessoa humana e os direitos a ela integrados devem se respaldar no Direito Positivo — precaução necessária contra atos ofensivos à pessoa humana, praticados pelo Poder Público, pelo indivíduo e demais atores sociais<sup>14</sup>.

Com efeito, desde o fim da Segunda Guerra Mundial<sup>15</sup>, o “complexo e multifacetado”<sup>16</sup> conceito de dignidade da pessoa humana se espargiu pelo Direito Prescritivo, originário dos Direitos Internos Constitucionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>17</sup> (os dois planos de positivação dos direitos humanos<sup>18</sup>), sagrando-se *valor comum* das democracias<sup>19</sup>.

No último meio século, o princípio da dignidade da pessoa humana se firmou como esteio recorrente da jurisprudência de cortes judiciárias superiores<sup>20</sup>, em ordenamentos jurídicos dos sistemas jurídicos *anglo-saxão* e *romano-germânico*. No Canadá, influencia a interpretação da *Carta de Direitos e Liberdades de 1982*<sup>21</sup> feito pela Suprema Corte federal<sup>22</sup>.

9 Ibid., p. 5, tradução nossa.

10 Em vez de se aludir ao princípio da *dignidade humana*, optou-se nesta monografia, em deferência à doutrina constitucionalista, por se referir ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, porque esta expressão diz respeito ao ser humano (o indivíduo), enquanto aquela concerne à humanidade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 116.

11 LÓPEZ, Luis Guerra. Concepto de derechos humanos y problemas actuales. *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, año 1, n. 1, feb.-oct. 1993, p. 58.

12 JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RI, 2000, p. 210.

13 Ibid., loc. cit.

14 Ibid., p. 76-77.

15 ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 2. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 109.

16 ULLRICH, Dierk. Op. cit., página não numerada.

17 Ibid., loc. cit.

18 SQUELLA, Agustín. Derechos humanos y derecho positivo. *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, año 1, n. 1, feb.-oct. 1993, p. 201-203.

19 ULLRICH, Dierk. Op. cit., página não numerada, 2.

20 Ibid., página não numerada.

21 CANADÁ. Constitutional Act, 1982. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

22 ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2003, página não numerada.

Nos Estados Unidos, na segunda metade do século XX, serviu de espeque para a Suprema Corte federal, em repetidas ocasiões, *mitigar a pena de morte*<sup>23</sup>. Na Alemanha, irradiado pelo art. 1º.1, da *Lei Fundamental de 1949*<sup>24</sup>, aparece no arquétipo normativo constitucional como *valor nuclear; princípio fundamental e direito individual*<sup>25</sup>, escorando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, *contrária a transformar o ser humano em mera ferramenta do Estado*<sup>26</sup>, inclusive na *prevenção do crime*<sup>27</sup>, e a do Supremo Tribunal de Justiça Federal, o qual proibiu em 1995 material publicitário da Benetton que *estigmatizava soropositivos*<sup>28</sup>. Na União Européia, a Corte Européia de Direitos Humanos, fincada no princípio da dignidade da pessoa humana, reconheceu o direito de *evitar morte dolorosa e indigna* e incluiu no *campo de incidência da esfera privada* a integridade física e psicológica, a identidade social e de gênero e a orientação sexual do indivíduo<sup>29</sup>. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reputou detrimientos ao princípio da dignidade da pessoa humana a “instauração de inquérito, quando evidente a *atipicidade da conduta*<sup>30</sup>”<sup>31</sup>, o *crime de estupro*<sup>32</sup>, as provas ilícitas decorrentes de *violação de domicílio* (escritório de empresa), em face de busca e apreensão realizada por agentes fiscais sem prévia autorização judicial<sup>33</sup>, e a ordem judicial a determinar a *condução coercitiva de réu a laboratório*, a fim de se proceder à “coleta do material indispensável à feitura do exame DNA”<sup>34</sup>.

Ao serem os direitos humanos positivados na ordem constitucional, grassa diversidade terminológica. A Constituição paraguaia<sup>35</sup> (Título II) e o Ato Constitucional<sup>36</sup> canadense de 1982<sup>37</sup> (Parte I)<sup>38</sup> se contentam em citar *direitos*. As Constituições sul-africana<sup>39</sup>

23 MILLER, Russel. The shared transatlantic jurisprudence of dignity. *German Law Journal*, Toronto, v. 4, n. 9, set. 2003, p. 932-934.

24 ALEMANHA. Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <<http://www.alemanha.org.br>>. Acesso em: 15 mai. 2004.

25 ULLRICH, Dierk. Op. cit., página não numerada.

26 MILLER, Russel. Op. cit., p. 930, 934.

27 Ibid., loc. cit.

28 SMITH, Craig. More disagreement over human dignity: Federal Constitutional Court's most recent Benetton advertising decision. *German Law Journal*, Toronto, v. 4, n. 6, jun. 2003, p. 533-534.

29 MILLNS, Susan. Death, dignity and discrimination: the case of Pretty v. United Kingdom. *German Law Journal*, Toronto, v. 3, n. 10, out. 2002. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acesso em: 29 set. 2004.

30 Gifos nossos.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 82.969-PR. Paciente: Luiz Alberto Alvim Gerhardt. Impetrante: Banco do Brasil S.A. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 30 de setembro de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 81.360-RJ. Paciente: Marcello Danilo Moraes Mattos. Impetrante: Célio Marcos Braga. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 19 dez. 2002, p. 71.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 79.512-RJ. Pacientes: Avelino Fernandes Rivera e outros. Impetrantes: George Tavares e outros. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 71.373-RS. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator do acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de novembro de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

35 PARAGUAI. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.py/constitu.html>>. Acesso em: 16 set. 2004.

36 O Direito Constitucional Positivo canadense se compõe de vários atos constitucionais. Cf. CANADÁ. Constitutional Act, 1982. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

37 CANADÁ. Constitutional Act, 1982. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

38 ULLRICH, Dierk. Concerning visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 2.

39 ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za>>. Acesso em: 16 mai. 2004.

(seç. 1<sup>a</sup>, alínea “a”), guatemalteca<sup>40</sup> (Título II) e venezuelana<sup>41</sup> (Título III) são menos genéricas: aludem aos *direitos humanos*. A Constituição belga<sup>42</sup> atine aos *droits de ses nationaux* (Título II). A Constituição italiana menciona os *diritti dei cittadini* (Parte I). O preâmbulo da Lei Básica de Israel sobre Dignidade Humana e Liberdade, de 1992<sup>43</sup>, e da Constituição polonesa veiculam a expressão *dirights humanos fundamentais*, assim como o art. 11, da Constituição japonesa<sup>44</sup>. A Constituição brasileira favorece a nomenclatura *dirights fundamentais* (Título II), a exemplo das Constituições europeia<sup>45</sup> (Título II, da Parte I)<sup>46</sup>, irlandesa<sup>47</sup> (arts. 40 a 44), alemã<sup>48</sup> (arts. 1º a 19), grega<sup>49</sup> (art. 25), indiana<sup>50</sup> (Parte III), portuguesa<sup>51</sup> (art. 16), espanhola<sup>52</sup> (Título I), peruana<sup>53</sup> (Capítulo 1, do Título I), turca<sup>54</sup> (Parte II), russa<sup>55</sup> (art. 55.1) e suíça<sup>56</sup> (Capítulo 1, do Título II).

No entanto, quando “parcela significativa”<sup>57</sup> da doutrina pátria e a Constituição brasileira (art. 4º, inc. II)<sup>58</sup> se reportam ao feixe de direitos da pessoa natural incrustado em *atos jurídicos internacionais (declarações internacionais e tratados multilaterais)*, remetem-se aos *dirights humanos*, porquanto “atribuídos ao homem independentemente de alguma vinculação com determinada ordem jurídica, assumindo, portanto, uma validade de cunho universal”<sup>59</sup>. Todavia, ao se referir ao mais precioso repertório de direitos explicitamente reconhecidos à pessoa corpórea pelo Direito Constitucional Positivo, a nossa dogmática — em vez de aludir aos direitos humanos — usa a expressão *dirights fundamentais*, exclusiva, portanto, daqueles direitos do ser humano previstos na Constituição na qualidade de *parcela essencial e imprescindível* do ordenamento jurídico (desfrutando, em outras palavras, de

40 GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala. Disponível em: <<http://www.concyt.gob.gt/constitucion1.htm>>. Acesso em: 17 set. 2004.

41 VENEZUELA. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

42 BÉLGICA. La Constitution Belge. Disponível em: <<http://www.senate.be>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

43 ISRAEL. Basic Law: Human Dignity and Liberty. Disponível em:

<[http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2004.

44 JAPÃO. The Constitution of Japan. Disponível em: <<http://www.solon.org>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

45 UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: <<http://ue.eu.int>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

46 Síntese amplificadora dos Tratados de Roma (1957), de Maastricht (1992), de Amsterdã (1997) e de Nice (2001), o Tratado Constitucional celebrado em Roma no dia 29 de outubro de 2004 foi ratificado por Espanha, Lituânia, Hungria, Eslovênia, Itália, Grécia, Eslováquia, Áustria, Látvia, Chipre, Malta e Luxemburgo. Contudo, em referendos ocorridos no primeiro semestre de 2005, a França e os Países Baixos rejeitaram sua ratificação, o que fez a maioria dos demais Estados-membros postergarem para data indeterminada a decisão sobre a matéria. Para entrar em vigor, a Constituição europeia requerer ratificação unânime, o que dependeria do resultado favorável de novos referendos na França e nos Países Baixos. Cf. WIKIPEDIA: the free encyclopedia. *European Constitution*. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

47 IRLANDA. Constitution of Ireland. Disponível em: <<http://www.oasis.gov.ie>>. Acesso em: 16 set. 2004.

48 ALEMANHA. Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <<http://www.alemanha.org.br>>. Acesso em: 15 mai. 2004.

49 GRÉCIA. The Constitution of Greece. Disponível em: <<http://www.cecl.gr>>. Acesso em: 16 set. 2004.

50 ÍNDIA. Constitution of India — with all the Amendments. Disponível em: <<http://indiacode.nic.in>>. Acesso em: 18 set. 2004.

51 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

52 ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

53 PERU. Constitución Política del Perú (1993). Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe>>. Acesso em: 16 set. 2004.

54 TURQUIA. The Constitution of the Republic of Turkey. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.tr>>. Acesso em: 17 set. 2004.

55 RÚSSIA. La Constitution de la Fédération de Russie. Disponível em: <<http://www.constitution.ru>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

56 SUÍÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em: <<http://www.admin.ch>>. Acesso em: 11 out. 2004.

57 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. *Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, dez. 1999, p. 365.

58 Id. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 12, n. 46, abr.-jun. 2003, p. 194-195.

59 Id. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. *Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, ano 26, n. 76, dez. 1999, loc. cit.

“caráter básico e fundamental para a ordem estatal”<sup>60</sup>). Assim sendo, os direitos fundamentais correspondem aos “direitos humanos ‘positivados’, cuja denominação evoca seu papel fundamentador do sistema jurídico político dos Estados de Direito”<sup>61</sup>.

Enquanto os direitos humanos avultados pelo Direito Internacional, em regra, identificam-se com o Direito Natural, os direitos fundamentais correspondem ao eixo do Direito Positivo (de caráter nacional ou comunitário).

*As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente<sup>62</sup> vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>63</sup> (grifos do autor)*

Acomodado na espinha dorsal das Cartas Constitucionais, o conjunto dos direitos fundamentais forma a “*constituição dentro da constituição*”<sup>64</sup> <sup>65</sup>. A impressão de haver uma Constituição dentro de outra se fortalece ao se compulsar a Constituição europeia, de 2004, cujos direitos fundamentais não só gozam de compartimento privativo (*Parte IF*<sup>66</sup>), como também de *preâmbulo próprio* (herança do breve período em que constituiu instrumento autônomo, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000*<sup>67</sup>, depois inserida *ipsis litteris* no Tratado Constitucional da UE). Outro caso ilustrativo fica por conta do Estatuto Maior da África do Sul<sup>68</sup>, a intitular *Bill of Rights* (“Carta de Direitos”<sup>69</sup> ou “Declaração de Direitos”<sup>70</sup>) a passagem dedicada aos direitos fundamentais (seçs. 7<sup>a</sup> a 39).

Nas democracias contemporâneas o feixe de direitos fundamentais corresponde ao aglomerado nuclear de *direitos humanos* do Direito Prescritivo, Nacional (a exemplo da ordem constitucional pátria) e Comunitário (seara na qual é pioneira a União Europeia), invariavelmente consubstanciando os direitos “de maior importância na consciência e cultura jurídica”<sup>71</sup> daquela sociedade.

60 *Ibid.*, p. 366.

61 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El concepto de los derechos humanos y su problemática actual. *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, año 1, n. 1, feb.-oct. 1993, p. 181, tradução nossa.

62 Trata-se de citação de texto escrito em português europeu.

63 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 517.

64 Grifos nossos.

65 ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 74, tradução nossa.

66 UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: <<http://ue.eu.int>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

67 UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <<http://www.acime.gov.pt>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

68 ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za>>. Acesso em: 16 mai. 2004.

69 VALLANDRO, Leonel; VALLANDRO, Lino. *Dicionário ilustrado verbo inglês português*. [3. ed.?] Porto Alegre: Verbo-Globo, 1976, v. 1, p. 150.

70 *Ibid.*, loc. cit.

71 CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

Em sintonia com o Direito Estrangeiro, no plano normativo brasileiro o *princípio da dignidade da pessoa humana* unifica os direitos fundamentais<sup>72</sup>, alicerça a vida nacional<sup>73</sup> e protege o ser humano “contra o arbítrio do poder estatal”<sup>74</sup>. Ao esgrimir por condições mínimas<sup>75</sup> ao florescimento da vida e da personalidade humana<sup>76</sup> na ótica jurídica, “política, social, econômica e cultural”<sup>77</sup>, preceitua “a igualdade de oportunidades para que todos os seres humanos possam desenvolver suas potencialidades de forma harmônica e coerente, a partir de aptidões pessoais e afinidades”<sup>78</sup>.

Valor maior em torno do qual orbita a ordem constitucional de 1988, situa-se no centro do ordenamento jurídico pátrio<sup>79</sup>. Enquistado no art. 1º, inc. III, da CF/88, de lá se espalha para o resto do nosso sistema jurídico.

*[...] a dignidade humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; 3) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social.*<sup>80</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, repisa-se, é a norma nuclear do Direito Positivo, orbitando em derredor de si não apenas os direitos essenciais ao ser humano, mas todo o plexo normativo jurídico. Em que pese a lúcida observação de que nem todo direito humano é *imprescindível* à dignidade da pessoa humana só por ter sido posto no catálogo dos direitos fundamentais<sup>81</sup>, todas as normas jurídicas (inclusive as positivadas) devem, em essência, pela via direta ou indireta, *homenagear a dignidade da pessoa humana e dela decorrer*.

72 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 58-59. Apud AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

73 AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147.

74 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39. (Coleção Temas Jurídicos)

75 AFONSO DA SILVA, José. Op. cit., p. 149.

76 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., loc. cit. Apud AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, loc. cit. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Op. cit., loc. cit.

77 AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147.

78 SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 38, n. 153, jan.-mar. 2002, p. 182.

79 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53.

Nesse sentido: Id. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47/48, jan.-dez. 1997, p. 103; Id. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, jan.-dez. 1999, p. 86; Id. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 45/46, jan.-dez. 1996, p. 46. Em sentido diverso, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana adstrito “à estrutura do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica”, mas, ao mesmo tempo, postulado informador da ordem jurídica, política, social, econômica e cultural, cf. AFONSO DA SILVA, José. Op. cit., loc. cit.

80 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*, São Paulo, n. 53, mar.-mai. 2002, p. 100.

81 “[...] basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. Não pretendo polemizar especificamente as diversas hipóteses que aqui podem ser referidas, reportamo-nos, a título meramente exemplificativo, ao art. 5º, incs. XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como ao art. 7º, incs. XI, XXVI, XXIX, sem mencionar outros exemplos que poderiam facilmente ser garimpados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108.

*[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.<sup>82</sup>*

*Com a Carta democrática de 1988, a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.<sup>83</sup>*

*Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.<sup>84</sup>*

*Sin Duda alguna es González Pérez el autor que más extensamente se ha ocupado de describir el despliegue del principio de dignidad en el ordenamiento jurídico español. Para este autor, el principio de dignidad cumple la cuádruple función de fundamentar el orden jurídico, orientar la interpretación del mismo, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas, y determinar una norma de conducta y, eventualmente, un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales. En relación con los derechos, la dignidad de la persona fundamenta a todos ellos, incluidos los llamados derechos sociales, pero es más patente su conexión, a juicio de este autor, con los relativos a la vida, integridad física y moral, libertad personal, honor, intimidad personal y familiar, libertad de expresión, educación, objeción de conciencia y libertad ideológica y religiosa. Pero su capacidad fundamentadora permite extraer consecuencias más allá del ordenamiento estrictamente constitucional, en el plano del Derecho civil (familia, derechos de la personalidad, obligaciones y contratos); Derecho del trabajo (respeto a la dignidad del trabajador); Derecho administrativo (actividad de la Administración, situación de los funcionarios, situaciones militares, status de los reclusos en instituciones penitenciarias, de los usuarios de servicios públicos; situación de escolares y estudiantes, etc.); Derecho penal (principio de culpabilidad, autodefensa de la dignidad personal, agravamiento de delitos, por lesión directa de la dignidad); e incluso Derecho procesal.<sup>85</sup> (grifos nossos)*

Do cotejo da Constituição brasileira com Diplomas Constitucionais estrangeiros e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, dessume-se exercer o princípio da dignidade da pessoa humana este mosaico de funções:

- a) afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável;
- b) garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade;
- c) libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições

82 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53. Em idêntico sentido: Id. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, jan.-dez. 1999, p. 86.

83 Id. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 45/46, jan.-dez. 1996, p. 46.

84 Id. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47/48, jan.-dez. 1997, p. 103.

85 SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio del derecho público. *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, año 2, n. 4, ene.-jun. 1995, p. 299.

existenciais mínimas; d) garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito; e) igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo (igualdade perante a lei).<sup>86</sup>

Reitera-se: embora eternos, em companhia do ser humano em que época e onde estiver, independente de como a sociedade e o Estado o enxergam, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (daquele dimanados) se positivam com o fito de melhor assegurar o respeito a (e a efetivação de) condições mínimas imprescindíveis à dimensão espiritual e material da existência humana, inspirando a interpretação autêntica dos órgãos judiciários (inclusive as cortes superiores) e moldando o ordenamento jurídico, a começar pela ordem constitucional, na qual o princípio da dignidade da pessoa humana se transforma em princípio fundamental do aparelho estatal e os direitos humanos originam o catálogo dos direitos fundamentais, feixe básico de normas das Cartas Constitucionais ocidentais e/ou democráticas.

Ao se contrastar a Constituição da República brasileira com vinte e cinco Textos Magnos estrangeiros<sup>87</sup> de democracias (salvo Cuba) e cinco instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (duas<sup>88</sup> declarações internacionais<sup>89</sup> e três tratados multilaterais<sup>90</sup>), constata-se a dignidade da pessoa humana disseminada nas mais diversas ramificações do Direito Positivo, untada aos *direitos fundamentais civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, de solidariedade e fraternidade*<sup>91</sup>, compromissada em promover a *igualdade, a justiça, a liberdade, o desenvolvimento (material e espiritual) e a integridade (física, psíquica, moral e intelectual) do ser humano, apoiar o magistério e a magistratura e defender as classes e os grupos sociais desfavorecidos pelo poder econômico e negligenciados pela coletividade.*

O estudo do Direito Constitucional Comparado e do Direito Internacional dos Direitos Humanos comprova: o princípio da dignidade da pessoa humana é *matriz dos direitos humanos*

86 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 363. Apud MOREIRA, Gerfran Carneiro. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região*, Manaus, ano 8, n. 8, jan.-mar. 2000, p. 39-40.

87 Lei Básica de Israel sobre Dignidade Humana e Liberdade, de 1992; Constituição italiana de 1948; Constituição argentina, de 1853, no texto reformado em 1994; Constituição belga de 1994; Constituição chilena de 1980; Constituição mexicana de 1917; Constituição russa de 1993; Constituição venezuelana de 1999; Constituição alemã de 1949; Constituição espanhola de 1978; Constituição portuguesa de 1976, reformada em 2004; Constituição paraguaia de 1992; Constituição cubana de 1976, no texto reformado em 1992; Constituição peruana de 1993; Constituição guatemalense de 1985; Constituição grega de 1975; Constituição irlandesa de 1937; Constituição turca de 1982, no texto reformado em 1995; Constituição europeia, de 2004; Constituição sul-africana de 1996; Constituição polonesa de 1997; Constituição indiana, de 1950; Constituição costa-riquenha de 1949, no texto reformado em 2001; Constituição suíça de 1999; o ato constitucional sueco *O Instrumento de Governo* de 1974, no texto reformado em 2000.

88 Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

89 Citou-se acima a locução *declarações internacionais*, porque tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia surgiram desprovidas do caráter vinculativo próprio dos tratados multilaterais. Em relação à discutida força impositiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 37. (Coleção Temas Jurídicos). Nesse sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 430. Sobre a controversa obrigatoriedade da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (antes do advento da Constituição europeia), cf. GARCÍA, R. Alonso. The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. *European Law Journal*, Oxford, v. 8, n. 4, dec. 2002, p. 492.

90 Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (*Pacto de San José da Costa Rica*).

91 Para a análise acurada das espécies de direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, passim.

e *norma maior e fundamentadora da ordem jurídica* não só na ótica dogmático-pretoriana, mas também em razão do conteúdo do Direito Prescritivo emanado das ordens constitucionais (pátria e estrangeiras) e da ordem jurídica internacional.

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira de 1988, sobreleva sua faceta de princípio fundamental da República, orientador das relações internacionais, da ordem econômica, dos direitos civis e sociais. Em relação às Constituições alienígenas, a par do papel de princípio constitucional fundamental, destaca-se como alicerce do princípio da igualdade, pano de fundo do direito ao desenvolvimento da personalidade humana e substrato dos direitos civis, sociais e econômicos, percorrendo, em consequência, a mesma trilha do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, *não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural*. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.<sup>92</sup> (grifos nossos)

[...]

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do Homem, *não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos das pessoas tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais*. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., *não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana*.<sup>93</sup> (grifos nossos)

[...]

[...] a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões; e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, *é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza*.<sup>94</sup> (grifos nossos)

92 AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147.

93 *Ibid.*, p. 147-148.

94 *Ibid.*, p. 149. Nesse sentido: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 182.



*Âmago do ordenamento jurídico, catalisador dos direitos humanos*, o princípio da dignidade da pessoa humana desemboca no *direito ao desenvolvimento*, no direito do ser humano expandir (e cultivar o ótimo de) sua existência na *dimensão material e espiritual, nas searas civil, política, social, econômica e cultural, ancorado na solidariedade e na fraternidade*.

O direito ao desenvolvimento, como tratado por Celso D. de Albuquerque Mello, ‘é definido por Z. Haquani como um conjunto de princípios e regras que servem dependentemente ao homem, enquanto indivíduo ou membro do corpo social (Estado, nação, povo etc.) que poderá obter, na medida do possível, a satisfação de suas necessidades econômicas, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade’. Também traz esse Autor a noção de que tal direito é o começo e o fim de todos os direitos do homem, sendo um corolário do direito à vida e seu fundamento seria a preservação da espécie humana. Os credores desse direito são o homem, os povos e os estados, enquanto que o devedor seria a sociedade internacional. O desenvolvimento é condição para a dignidade humana.<sup>95</sup>

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a *nascente* dos direitos humanos, dele se desdobram os direitos civis, de onde defluem os direitos personalíssimos (arts. 11 a 21, do Código Civil brasileiro de 2002)<sup>96</sup>, a consubstanciam direitos subjetivos privados indispensáveis à dignidade do ser humano<sup>97</sup> por serem primordiais ao desenvolvimento<sup>98</sup> da sua personalidade e à salvaguarda da sua incolumidade física, moral, psíquica e intelectual<sup>99</sup>, dimensões da integridade pessoal invariavelmente imbricadas entre si.

Abriga-se nos direitos da personalidade os *direitos essenciais* a esta, “sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada”<sup>100</sup> — esclarece De Cupis —, escoimada “de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos<sup>101</sup> *perderiam todo o interesse para o indivíduo*<sup>102</sup> — o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”<sup>103</sup>.

Não se questiona que, quanto aos direitos fundamentais, o foco clássico do Direito Constitucional repouse em *regular a harmônica convivência do particular com o aparelho estatal*. Esse é o âmago do esforço histórico de propiciar *albergue constitucional* aos direitos individuais. Por outro lado, o Direito Constitucional Positivo, embora nascido na esfera publicista, *submete todo o ordenamento jurídico a seus comandos*. Norma Ápice da nossa ordem jurídica, a Constituição da República ajusta às suas disposições *todo o Direito Prescritivo, Público e Privado*. Tão inconcebível quanto esperar do Direito Internacional o

95 MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. A universalidade dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 10, abr.-jun. 1995, p. 149.

96 BRASIL. Código de Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2004.

97 JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000, p. 75, 362.

98 *Ibid.*, p. 88.

99 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.

100 DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 24.

101 *Direitos subjetivos* são os *direitos do sujeito*, faculdades ou poderes de agir do indivíduo, reconhecidos pelo Estado. *Direitos objetivos* são as *normas de conduta do ser humano em sociedade*, impostas pelo Estado. Cf. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 76-77.

102 Grifos nossos.

103 DE CUPIS, Adriano. *Op. cit.*, loc. cit.

reconhecimento da incidência de direitos humanos tão-somente na esfera pública é imaginar que o núcleo do Texto Constitucional se adstrinja às plagas publicistas do Direito Positivo, abstendo-se de se infiltrar em seus sítios privatistas.

[...] os direitos fundamentais, inseridos na Constituição, possuem um campo de atuação muito mais amplo do que a simples proteção do indivíduo contra o Estado. constituem-se, também, em legítimos preceitos para a realização da vida social, possuindo um elevado significado para as relações entre os particulares. Identicamente, possuem as normas constitucionais para um autêntico e social estado de direito, efeitos imediatos no âmbito privado, nas relações jurídicas entre os indivíduos que são imprescindíveis para uma sociedade livre. Propõe [a moderna doutrina que se desenvolveu em torno da teoria do direito geral de personalidade], por isso, o necessário superamento da tradicional dicotomia de direito público e direito privado em relação ao direito de personalidade, por não ter mais lugar na noção de Estado *social*, que prescinde a tradicional separação de direito público, como o conjunto de normas que visam a regular as relações entre o Estado e o particular, e de direito privado, que se constituiria em regras para regular as relações entre os particulares, apenas. [...] as normas emanadas da Constituição e das declarações internacionais, cujo país as adote e seja signatário de algum tratado, não trazem, somente, regras que interessam ao Estado no que lhe diz respeito diretamente ou nas suas relações com os particulares, mas, igualmente, interessam aos particulares nas suas relações privadas, pois o efeito da Constituição é amplo, atingindo todas as relações jurídicas dentro de um conceito de comunidade social [...]. (grifo do autor)

104

[...] se chegaria à inevitável conclusão de que os direitos fundamentais sendo direitos simplesmente do âmbito publicístico, não tutelariam matéria privada.

[...]

Creio que, ao revés, [os direitos fundamentais] tanto podem tutelar o público como o privado, sendo o que há de fundamental em todo o ordenamento, e por isso ganhando dimensão pública, ainda que com incidência privatística.

[...]

Efetivamente, embora se possa afirmar, a *contrário sensu*, que os direitos da personalidade nascem como direitos subjetivos, com escopo no âmbito privado, para, só depois, adquirirem *status* constitucional, enquanto direitos fundamentais, passam, inegavelmente, a deter essa natureza jurídica.<sup>105</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de Justiça<sup>106</sup> da Alemanha, em dissonância “com a jurisprudência do antigo Tribunal Supremo do *Reich*”<sup>107</sup>, respalda o *direito geral da personalidade* formulado por Otto von Gierke, “marco unitário, catalisador

104 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 57-58.

105 CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 60, 63.

106 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 56. Nesse sentido: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 52.

107 SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., loc. cit.

de tudo que pudesse afetar o livre desenvolvimento da personalidade<sup>108</sup>, centrando os direitos da personalidade na *intangibilidade da dignidade da pessoa humana* (art. 1º.1, da Lei Fundamental de Bonn) e no *livre desenvolvimento da personalidade* (art. 1º.2, da mesma Constituição teutóne)<sup>109</sup>. Aos 2 de abril de 1957, a 6ª Câmara daquela Suprema Corte pontificou: o direito geral da personalidade “tem por objetivo proteger a personalidade e a dignidade humana contra toda e qualquer lesão, não só praticada pelo Estado,<sup>110</sup> — reprise Szaniawski — “mas também por particulares, estando em primeiro plano o livre desenvolvimento da personalidade, elevado pela jurisprudência a um direito obrigatoriamente observável<sup>111</sup>”.

A invocação dos precedentes de tais órgãos judicatórios certifica o enlaçamento entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana e endossa este silogismo: se os direitos da personalidade se radicam nos direitos fundamentais ou são expressões privatistas destes (como prefere a doutrina civilista tradicional<sup>112</sup>) e se os direitos fundamentais, por sua vez, repousam no princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, em última análise, desnovelam-se do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade não só pertencem ao círculo dos direitos fundamentais, como também compõem a parcela dos direitos fundamentais mais próxima do princípio da dignidade da pessoa humana. Sem personalidade, o ser humano não teria *individualidade* e, por conseguinte, não haveria dignidade da pessoa humana.

A diferenciação de uma pessoa para outra não as divide ou as separa de modo absoluto, mas ao contrário, as iguala, porque exatamente esta dignidade confere ao ser humano, *por ser ímpar por ser único*, a diferença de um para o outro. Não somos criaturas fabricadas em série, numeradas como fotografamas de um filme, antes somos únicas, indivisíveis, somos indivíduos, e como tal *temos uma personalidade*, uma racionalidade. *E é isso que em conjunto conforma toda a dignidade da pessoa humana.*<sup>113</sup> (grifos nossos)

A *teoria dos direitos fundamentais* no Direito Constitucional e a *teoria dos direitos da personalidade* no Direito Civil almejam a “salvaguarda da dignidade humana”<sup>114</sup>, agasalhando-se no Direito Positivo direitos sem os quais a existência e o desenvolvimento do ser humano se inviabilizariam.

Recorda o magistério civilista:

A proteção desses direitos [personalíssimos], *no círculo privado*, “reafirma e completa a política de preservação da dignidade da pessoa humana” [...].

Os direitos personalíssimos são a maior expressão da dignidade humana, [...] “supõem a concretização e explicitação” de seu valor [...].

108 Ibid., p. 51.

109 Ibid., p. 52.

110 SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 58.

111 Ibid., loc. cit.

112 JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000, p. 81.

113 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Violência e dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 7, jul.-set. 1994, p. 66.

114 JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000, p. 75.

Do art. 16 do Código Civil austríaco, Zeiller [...] concebeu os direitos personalíssimos como aqueles que permitem “afirmar a dignidade de um ser racional livremente atuante” [...].

[...] o resguardo da dignidade é também realizado sob o influxo dos direitos personalíssimos, a partir da preservação de cada um deles, da manutenção intacta da integração somática e psíquica da pessoa, como elementos que, unidos, a exteriorizam. [...]

[...]

[...] a dignidade corporifica-se mediante o reconhecimento, preservação e consagração dos direitos personalíssimos e das liberdades civis, [...], *entre as quais a privacidade vem ganhando foros*.<sup>115</sup> (grifos nossos)

Corroboram as lições do Direito Constitucional:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, *onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas*, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.<sup>116</sup> (grifos nossos)

[...]

De acordo com a lição de Pérez Luño, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o *pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo*”.<sup>117</sup> (grifos nossos)

### 3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Postulado fundamental da República incluído no art. 1º, inc. III, da CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Cidadã também influencia as relações internacionais (art. 4º, inc. II), a ordem econômica (art. 170, *caput*, 1ª parte), o combate à pobreza (art. 79, *caput*, 1ª parte, do ADCT), a promoção do magistério do ensino fundamental (art. 60, *caput*, parte final, do ADCT) e o planejamento familiar (art. 226, § 7º, 1ª parte), assim como a proteção do menor (art. 227, *caput*, 1ª parte) e do idoso (art. 230, *caput*, 2ª parte).

A par disso, mostra-se implícito em outros dispositivos da Constituição Federal de 1988, a exemplo do art. 5º, inc. III (ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante<sup>118</sup>), inc. X (“garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas”<sup>119</sup>) e inc. XLI (“prevê a punição, por lei, de qualquer discriminação

115 JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 208-210.

116 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118.

117 *Ibid.*, p. 120.

118 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 182.

119 *Ibid.*, loc. cit.

atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”<sup>120</sup>). art. 7º, inc. IV (“institui como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o salário mínimo, fixado em lei, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família”<sup>121</sup>) e inc. XXX (“proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”<sup>122</sup>). art. 193, parte final (respeitante ao bem-estar e à justiça sociais<sup>123</sup>) e art. 205 (consagra a educação ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho<sup>124</sup>).

#### 4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO ESTRANGEIRO

##### 4.1 Lei básica de israel sobre dignidade humana e liberdade, de 1992

A *Lei Básica*<sup>125</sup> de Israel sobre Dignidade Humana e Liberdade, de 17 de março de 1992<sup>126</sup>, encapsula o *direito à vida e à integridade física* (seçs. 2ª e 4ª), *liberdade* (seç. 1ª (a), 1ª parte, c/c seç. 5ª) e *propriedade* (seç. 3ª), bem como à *vida privada e à intimidade* (seç. 7ª). Sua seç. 1ª (emendada aos 9 de março de 1994) vê nos *direitos humanos fundamentais* o espírito reitor da *Declaração de Estabelecimento do Estado de Israel*.

##### 4.2 Constituição italiana de 1948

A Carta Política italiana de 1948<sup>127</sup> preconiza a *dignidade social e o pleno desenvolvimento humano* (art. 3º, 1ª parte), a *existência digna e livre para o trabalhador e sua família* (art. 36, *caput*, 2ª parte), o *princípio de humanidade da pena* (art. 27) e o *respeito à dignidade da pessoa humana pela iniciativa econômica privada* (art. 41.1).

##### 4.3 Constituição argentina, de 1853, no texto reformado em 1994

A Constituição argentina, de 1853, no texto reformado em 1994<sup>128</sup>, evoca *tratamento digno e equitativo quer aos trabalhadores* (art. 14 *bis*, *caput*), *quer aos consumidores e usuários de bens e serviços* (art. 42, *caput*, parte final). Aduz os *direitos trabalhistas* (art. 14 *bis*) e o *direito à moradia digna* (art. 14.2, parte final) como *desdobramentos do princípio da dignidade do trabalhador*.

##### 4.4 Constituição belga de 1994

A Constituição belga de 1994<sup>129</sup> posiciona a dignidade da pessoa humana como

120 Ibid., p. 182-183.

121 Ibid., p. 183.

122 Ibid., loc. cit.

123 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

124 Ibid., loc. cit.

125 O Direito Constitucional Positivo israelense se compõe de várias Leis Básicas. Cf. ISRAEL. *Basic Laws*: introduction. Disponível em: <<http://www.knesset.gov.il>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

126 ISRAEL. Basic Law: Human Dignity and Liberty. Disponível em: <[http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2004.

127 ITÁLIA. Constituição italiana. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

128 ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

129 BÉLGICA. La Constitution Belge. Disponível em: <<http://www.senate.be>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

*corolária do princípio da igualdade* (art. 23.1) e *norma geradora dos direitos econômicos, sociais e culturais* (art. 23.2), em especial os direitos relacionados a *condições equitativas de trabalho e livre escolha da profissão* (art. 23.3.1), *à segurança social e assistência social, médica e jurídica* (art. 23.3.2), *à moradia decente* (art. 23.3.3), *ao meio-ambiente sadio* (art. 23.3.4) e *ao desenvolvimento sócio-cultural* (art. 23.3.5).

#### 4.5 Constituição chilena de 1980

A Constituição chilena de 1980<sup>130</sup> encadeia o princípio da dignidade da pessoa humana aos *princípios da igualdade e liberdade* (art. 1º, *caput*, 1ª parte).

#### 4.6 Constituição mexicana de 1917

A Constituição mexicana de 1917<sup>131</sup> rechaça qualquer *discriminação deletéria à dignidade da pessoa humana e aos direitos e liberdades das pessoas* (art. 1º.3, 2ª parte), a exemplo das discriminações concernentes à *etnia, nacionalidade, gênero (sexismo), idade, capacidades diferentes, condição social e de saúde, religião, opinião, preferências e estado civil* (art. 1º.3, 1ª parte). Invoca a *dignidade feminina* como uma das normas regentes dos *sistemas normativos indígenas* (art. 2º.5, alínea “A”, inc. II, 1ª parte). Situa o *princípio da dignidade da pessoa humana* como *uma das normas diretivas do desenvolvimento integral e sustentável do México* (art. 25.1, parte final) e *uma das molas propulsoras do direito à educação* (art. 3º.3, alínea “c”), *do direito à moradia* (art. 4º.5, 1ª parte), *dos direitos da criança* (art. 4º.7, parte final) e *dos direitos trabalhistas* (art. 123.1, 1ª parte).

#### 4.7 Constituição russa de 1993

A Constituição russa de 1993<sup>132</sup> recende o inderrogável *dever do Estado proteger a dignidade da pessoa humana* (art. 21.1). Rejeita quaisquer *tratamentos ou punições severas ou humilhantes*, tais quais a *tortura e outras formas de violência* (art. 21.2, 1ª parte). Repele submeter o ser humano, sem seu consentimento, a *experimentos de cunho médico, científico e correlatos* (art. 21.2, 2ª parte).

#### 4.8 Constituição venezuelana de 1999

A Constituição venezuelana de 1999<sup>133</sup> enraiza em si os *princípios da dignidade e do desenvolvimento do ser humano* (art. 3º, *caput*), razão pela qual decanta o *direito à integridade física, psíquica e moral* (*caput et seq.*, do art. 46, c/c n. 2, do art. 55), *à vida privada e à inviolabilidade do domicílio* (art. 47, *caput*), *à segurança pública afeta aos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana* (art. 55, *caput* e n. 2, c/c art. 332), *à assistência aos idosos* (art. 80, 2ª parte) e *às pessoas com incapacidades ou necessidades especiais* (art. 81), *à ocupação produtiva, à existência digna e aos direitos trabalhistas* (art. 87), *ao salário suficiente para a vida digna do trabalhador e de sua família* (art. 91, *caput*, 1ª parte), *à segurança social dos trabalhadores que lhes permita uma vida digna* (art. 100, parte final), *ao tratamento equitativo e digno dos consumidores de produtos e serviços* (art.

130 CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponível em: <<http://www.bcn.cl>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

131 MÉXICO. Constitución Política. Disponível em: <<http://www.cddheu.gob.mx>>. Acesso em: 19 set. 2004.

132 RÚSSIA. La Constitution de la Fédération de Russie. Disponível em: <<http://www.constitution.ru>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

133 VENEZUELA. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.gobiernonlinea.ve>>.

117, 1ª parte) e o dever do Estado promover a dignidade da pessoa humana nas relações internacionais (art. 152) e na ordem sócio-econômica (art. 299).

#### 4.9 Constituição alemã de 1949

Lapida-se na Lei Fundamental alemã de 1949<sup>134</sup> a *inviolabilidade da dignidade* (art. 1º.1, 1ª parte) e *dos direitos da pessoa humana* (art. 1º.2, 1ª parte), consignando-se o dever do Estado *respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana* (art. 1º.1, 2ª parte) e de se inclinar perante a *auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais enfeixados* no sobredito Diploma Constitucional germânico (art. 1º.3).

#### 4.10 Constituição espanhola de 1978

A Constituição espanhola de 1978<sup>135</sup> apregoa o *progresso cultural e econômico* como meio de se assegurar a todos a *digna qualidade de vida* (preâmbulo), ancora a *ordem política e a paz social no princípio da dignidade da pessoa, nos direitos invioláveis inerentes a ela, no livre desenvolvimento da personalidade e no respeito à lei e aos direitos dos demais* (art. 10.1) e propulsiona o Poder Público daquele país a promover a *moradia digna e adequada para todos os espanhóis* (art. 47, 1ª parte).

#### 4.11 Constituição portuguesa de 1976

A Constituição portuguesa de 1976<sup>136</sup> alberga o *postulado da dignidade da pessoa humana* na condição de *princípio fundamental da República* (art. 1º, 1ª parte), corolário da *igualdade na vida social* (art. 13, n. 1 e n. 2), *do desenvolvimento e proteção da personalidade humana* (art. 26, n. 1 a n. 4) e *dos direitos trabalhistas* (art. 59.1, alíneas “a” e “b”). No mais, constitui a  *moldura* em que se encaixilha a *procriação assistida* (art. 67.2, alínea “e”) e configura um dos *fundamentos* a excepcionarem a *publicidade das audiências dos tribunais* (art. 206)<sup>137</sup>.

#### 4.12 Constituição paraguaia de 1992

A Constituição paraguaia de 1992<sup>138</sup> impele o governo da República a *reconhecer a*

Acesso em: 12 jun. 2004.

134 ALEMANHA. Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <<http://www.alemanha.org.br>>. Acesso em: 15 mai. 2004.

135 ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

136 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

137 Nessa circunstância o temperamento à publicidade das audiências se aplica às cortes situadas *dentro e fora do sistema judiciário português*, porquanto a Carta Política de Portugal põe no rol de tribunais os órgãos julgadores tanto *judiciais*, quanto *extrajudiciais*. Estatui o art. 209, da aludida Constituição:

CAPÍTULO II Organização dos tribunais Artigo 209.º (Categorias de tribunais)

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
- b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;
- c) O Tribunal de Contas.

2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos.

4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.

Cf. PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

138 PARAGUAI. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.py/constitu.html>>. Acesso em: 16 set. 2004.

*dignidade da pessoa humana* (art. 1º.2, parte final), relaciona esta à *liberdade, à igualdade e à justiça* (preâmbulo c/c art. 46), *aos crimes contra a honra* (art. 23.1), *à proteção da vida privada e da intimidade* (art. 33.2), *ao direito ao trabalho* (art. 86.1 c/c art. 92) e *à moradia* (art. 100.1), além de submeter ao princípio da dignidade da pessoa humana a *aplicação de medidas sanitárias* (art. 68.3) e *o serviço militar obrigatório* (art. 129.3, 1ª parte).

#### 4.13 Constituição cubana de 1976, no texto reformado em 1992

A Constituição cubana de 1976, no texto reformado em 1992<sup>139</sup>, eleva à *estatura superior* a dignidade dos cubanos (preâmbulo) e garante o *exercício pleno* desta (art. 9º.1.3 c/c art. 16, *caput*), associando-a ao *desenvolvimento humano* (art. 16, *caput*), *à paz na esfera internacional* (art. 12.1, 1ª parte) e ao princípio da igualdade, contrário a *quaisquer discriminações detrimntosas à dignidade do ser humano* (art. 42 c/c art. 43, *caput*).

#### 4.14 Constituição peruana de 1993

A Constituição peruana de 1993<sup>140</sup> alça a *defesa e o respeito da dignidade da pessoa humana* ao degrau de *fim supremo da sociedade e do Estado daquela nação* (art. 1º). No princípio da dignidade da pessoa humana enxerga quer o *fundamento dos direitos fundamentais do Capítulo I* (arts. 1º a 3º) e *de outros de natureza análoga* (art. 3º), quer a diretriz a influenciar os *direitos trabalhistas* (art. 7º, 2ª parte), *a proteção do incapacitado por deficiência física ou mental* (art. 23.2) e *a remuneração dos magistrados judiciais* (art. 146.2.4).

#### 4.15 Constituição guatemalense de 1985

A Constituição guatemalense de 1985<sup>141</sup> aglutina o *princípio da dignidade da pessoa humana ao princípio da igualdade* (art. 4º, 1ª parte), *à integridade de todas as pessoas* (art. 4º, 3ª parte), *inclusive dos presos* (art. 19, alínea “a”), e *aos direitos trabalhistas* (art. 102, alínea “a”). Faz do ditame em tela norma informadora do procedimento de *revista de pessoas e veículos pelas forças de segurança* (art. 25, parte final) e *da remuneração do magistério* (art. 78, *caput*).

#### 4.16 Constituição grega de 1975

A Constituição grega de 1975<sup>142</sup> dedica art. próprio ao *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 2º), onde estatui o *dever primordial do Estado respeitá-lo e protegê-lo* (n. 1), granjeando, na esfera internacional, sob a chancela do Direito Internacional, a *consolidação da paz e da justiça e a promoção de relações amistosas entre povos e Estados* (n. 2). Considera *ofensivas à dignidade da pessoa humana* e puníveis, nos termos da lei, *quaisquer ofensas ao corpo e à saúde* (inclusive *psíquica*) do indivíduo (art. 7º.2). Converte o comando em realce em *norma informadora da iniciativa econômica privada* (art. 106.2).

139 CUBA. Constitución de la República de Cuba. Disponível em: <<http://www.cuba.cu>>. Acesso em: 17 set. 2004.

140 PERU. Constitución Política del Perú (1993). Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe>>. Acesso em: 16 set. 2004.

141 GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala. Disponível em: <<http://www.concyt.gob.gt/constitucion1.htm>>. Acesso em: 17 set. 2004.

142 GRÉCIA. The Constitution of Greece. Disponível em: <<http://www.cecl.gr>>. Acesso em: 16 set. 2004.

143 IRLANDA. Constitution of Ireland. Disponível em: <<http://www.oasis.gov.ie>>. Acesso em: 16 set. 2004.



#### 4.17 Constituição irlandesa, de 1937

A Constituição irlandesa de 1937<sup>143</sup> *visa a assegurar*, entre outros objetivos, a *dignidade e liberdade do indivíduo* (preâmbulo).

#### 4.18 Constituição turca de 1982, no texto reformado em 1995

Na 1ª parte do art. 17, a Constituição turca de 1982, no texto reformado em 1995<sup>144</sup>, resguarda o *direito à vida*, fomenta a *proteção e o desenvolvimento da dimensão material e espiritual do indivíduo*, proíbe o *desrespeito à integridade física do ser humano* (salvo as exceções constitucionais, elencadas na 2ª parte do art. em questão), vedando *penalidades e tratamentos incompatíveis com a dignidade da pessoa humana*, apenas tolerando *intervenções no corpo humano nas circunstâncias previstas em lei* (quando se mostrarem *imprescindíveis do ponto de vista médico*) ou se, em sede de experimentos científicos ou médicos, *gozarem do consentimento do paciente*.

#### 4.19 Constituição européia, de 2004

O *Tratado Constitucional da União Européia*, de 2004<sup>145</sup>, inclui a *dignidade da pessoa humana* entre seus *valores fundamentais* (art. I-2º, 1ª parte). Designa título exclusivo para a dignidade da pessoa humana, onde prescreve sua *inviolabilidade, respeito e proteção* (art. II-61), o *direito à vida* (art. II-62.1), a *proibição de pena de morte e execução* (art. II-62.2), o *direito à integridade física e mental do ser humano* (art. II-63.1) e o *princípio de humanidade das penas* (art. II-64). Posiciona-se contra as *práticas eugênicas* (art. II-63.2, alínea “b”), a *transformação do corpo humano ou de suas partes em fonte de lucro* (art. II-63.2, alínea “c”), a *clonagem humana reprodutiva* (art. II-63.2, alínea “d”), o *trabalho forçado ou obrigatório, a escravidão, a servidão e o tráfico de seres humanos* (art. II-65, incs. 1 a 3). No domínio da medicina e da biologia, exige *consentimento livre da pessoa*, nos termos da lei (art. II-63.2, alínea “a”). Entre os objetivos da ação da União Européia no tabuleiro das relações internacionais, encarta a *universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e o respeito pela dignidade da pessoa humana* (art. III-292.1).

#### 4.20 Constituição sul-africana de 1996

A Constituição sul-africana de 1996<sup>146</sup> lista entre seus *princípios fundamentais* a *dignidade da pessoa humana, a procura pela equidade e pelo desenvolvimento dos direitos humanos e liberdades* (seq. 1ª, alínea “a”). Tem seu catálogo de direitos fundamentais *centrados nos valores da dignidade da pessoa humana, equidade e liberdade* (seq. 7ª.1), que compõem a *pedra-angular* seja da interpretação judicial da mencionada *Bill of Rights*<sup>147</sup> (seq. 39.1, alínea “a”), seja da democracia sul-africana (seq. 36.1, 1ª parte), a qual deve tolerar restrições àquele *rol de direitos humanos positivados* apenas se essas limitações forem *compatíveis* com a mencionada *tríade fundamental* (seq. 36.1)..

144 TURQUIA. The Constitution of the Republic of Turkey. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.tr>>. Acesso em: 17 set. 2004.

145 UNIÃO EUROPEIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: <<http://ue.eu.int>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

146 ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za>>. Acesso em: 16 mai. 2004.

147 Adota-se nesta monografia a forma masculina para *Bill of Rights*, porque a expressão corresponde (consoante se informou no início desta seção) a *Carta de Direitos ou Declaração de Direitos*. Cf. VALLANDRO, Leonel; VALLANDRO, Lino. *Dicionário ilustrado verbo inglês português*. [3. ed.?] Porto Alegre: Verbo-Globo, 1976, v. 1, p. 150.

#### 4.21 Constituição polonesa de 1997

A Constituição polonesa de 1997<sup>148</sup> invoca a *deferência da Terceira República daquele país* à dignidade da pessoa humana (preâmbulo), vendo nesta a *fonte das liberdades e dos direitos das pessoas e dos cidadãos* (art. 30, 1ª parte). Como se trata de norma jurídica *inviolável* (art. 30, 2ª parte), é *dever do Poder Público* respeitá-la (art. 30, parte final).

#### 4.22 Constituição indiana de 1950

A Constituição indiana, de 1950<sup>149</sup>, abona políticas públicas a homenagearem a *dignidade dos menores* (art. 39, alínea “f”, 1ª parte) e positiva o *dever fundamental dos cidadãos indianos observarem a dignidade feminina* (art. 51A, alínea “e”, parte final).

#### 4.23 Constituição costa-riquenha de 1949, no texto reformado em 2001

A Constituição costa-riquenha de 1949, no texto reformado em 2001<sup>150</sup>, proíbe *discriminações contrárias à dignidade humana* (art. 33, parte final, na redação conferida pela Lei n. 7.880, de 27 de maio de 1999), impõe ao Estado o dever de *combater trabalhos contrários à dignidade do indivíduo* (art. 56, 2ª parte) e preconiza *salário mínimo assecutorio de existência digna* (art. 57, *caput*, 1ª parte).

#### 4.24 Constituição suíça de 1999

A Constituição suíça de 1999<sup>151</sup> preceitua o *respeito e a proteção da dignidade humana* (art. 7º), fazendo desse princípio expressa norma informadora da *assistência a deficientes e incapazes* (art. 12, parte final) e limitadora de *experimentos médicos atinentes à reprodução humana e tecnologia genética* (art. 119.2, 2ª parte), bem como de *transplantes de órgãos, tecidos e células humanas* (art. 119a.1, 2ª parte).

#### 4.25 O instrumento de governo de 1974, no texto reformado em 2000 (ato constitucional sueco)

O ato constitucional sueco<sup>152</sup> *O Instrumento de Governo* de 1974, no texto reformado em 2000<sup>153</sup>, condiciona a atuação do Poder Público ao respeito à *dignidade da pessoa privada* (Capítulo 1, art. 2º, *caput*, parte final).

### 5. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

148 POLÔNIA. The Constitution of the Republic of Poland. Disponível em: <<http://www.senat.gov.pl>>. Acesso em: 18 set. 2004.  
149 ÍNDIA. Constitution of India — with all the Amendments. Disponível em: <<http://indiacode.nic.in>>. Acesso em: 18 set. 2004.  
150 COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualiza con la Reforma 8106/2001. Disponível em: <<http://www.georgetown.edu>>. Acesso em: 11 out. 2004.

151 SUÍÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em: <<http://www.admin.ch>>. Acesso em: 11 out. 2004.

152 O Direito Constitucional Positivo sueco se compõe de vários Atos Constitucionais. Cf. SUÉCIA. The Instrument of Government. Disponível em: <<http://www.riksdagen.se>>. Acesso em: 11 out. 2004

153 SUÉCIA. The Instrument of Government. Disponível em: <<http://www.riksdagen.se>>. Acesso em: 11 out. 2004.

## 5.1 Declaração universal dos direitos humanos, de 1948

Adotada e proclamada aos 10 de dezembro de 1948 pela Resolução n. 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>154</sup> reputa a *dignidade da pessoa humana e a igualdade de direitos (inalienáveis) as âncoras da liberdade, da justiça e da paz no mundo* (preâmbulo). Expressando sua fé nos *direitos humanos fundamentais, na dignidade da pessoa humana, no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres* (preâmbulo), a indicada Declaração apóia a *liberdade e a igualdade de direitos e a dignidade de todas as pessoas* (art. I, 1ª parte), agrega os *direitos econômicos, sociais e culturais ao princípio da dignidade da pessoa humana* (art. XXII, parte final), louva o *livre desenvolvimento da personalidade humana* (art. XXII, parte final) e professa a *remuneração justa e satisfatória* como maneira de se proporcionar ao trabalhador e à sua família *existência compatível com a dignidade da pessoa humana* (art. XXIII.3, 1ª parte).

## 5.2 Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos, de 1966

Promulgado na ordem jurídica brasileira pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966<sup>155</sup>, vislumbra a *dignidade do ser humano como intrínseca a ele e raiz dos seus direitos* (preâmbulo). Segundo estatui, todos os indivíduos privados da sua liberdade, *devem ser tratados com humanidade e com respeito à dignidade ínsita à pessoa humana* (art. 10, § 1º).

## 5.3 Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966

Promulgado na ordem jurídica brasileira pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966<sup>156</sup>, na esteira do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, *reconhece a dignidade do ser humano como inerente a ele* (preâmbulo), *matriz dos seus direitos* (preâmbulo) e *objetivo da educação, junto com o desenvolvimento da personalidade humana* (art. 13, § 1º, 2ª parte).

## 5.4 Convenção americana sobre direitos humanos, de 1969 — *Pacto de San José da Costa Rica*

Promulgado na ordem jurídica brasileira pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969<sup>157</sup>, o chamado *Pacto de San José da Costa Rica*, avulta a *proteção legal da honra e da dignidade de todas as pessoas* (art. 11, § § 1º e 3º) e, em conseqüência, homenageia a *proteção da vida privada, da intimidade e do domicílio* (art. 11, § 2º). Conecta o princípio da dignidade da pessoa humana ao *direito*

154 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2004.

155 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 11 out. 2004.

156 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 11 out. 2004.

157 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

à *integridade pessoal*— física, psíquica e moral (art. 5º, § 1º) —, inclusive do preso (art. 5º, § 2º, 2ª parte), consagrando os *princípios de humanidade* (art. 5º, § 2º, 1ª parte)<sup>158</sup> e de *intranscendência ou personalidade da pena* — a qual não pode passar da pessoa do condenado para outrem — (art. 5º, § 3º)<sup>159</sup>, bem como os *princípios da prevenção especial relacionada ao apenado* (art. 5º, § 6º)<sup>160</sup> e da *igualdade material entre os processados menores e maiores de idade e entre os indivíduos processados e aqueles condenados pela Justiça Criminal* (respectivamente, §§ 5º e 4º, do art. 5º). Tem por inadmissíveis não só a *escravidão, a servidão, o tráfico de escravos e mulheres* (art. 6º, § 1º), como também o *trabalho forçado contrário à dignidade da pessoa humana* (art. 6º, § 2º, parte final).

## 5.5 Carta dos direitos fundamentais da união européia, de 2000

Incorporado em sua inteireza no *Título I, da Constituição européia* (arts. II-61 a II-65), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000<sup>161</sup>, teve seus dispositivos referentes ao princípio da dignidade da pessoa humana delineados nesta monografia quando da análise dos dispositivos da Carta Magna européia. Em resumo, almejam tais disposições *preservar a dignidade da pessoa humana* (art. 1º), *inibindo ofensas à integridade física e mental do indivíduo* (arts. 2º a 4º) e, a contrario sensu, *mantendo inaculado o seu direito ao trabalho livre* (art. 5º).

## 6. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Condicionado à mentalidade jurídica, assentada no mundo do dever-ser, o cultor do Direito, desde as primeiras noções da Teoria do Direito, acostuma-se, como operador do Direito, a concentrar seu raciocínio no manejo, de modo adequado, das engrenagens do ordenamento jurídico e, como cientista do Direito, almeja desvendar os alicerces fundamentais da ordem jurídica, em particular do ramo do Direito de sua predileção.

Inevitavelmente, avistará no princípio da dignidade da pessoa humana a norma jurídica basilar da ordenação jurídica, de alcance geral e vocação universalista, a balizar a atividade e o pensamento jurídicos nas mais distintas ocasiões.

Ao cotejar, como o fizemos alhures, as construções dogmático-pretorianas com o Direito Positivo pátrio e estrangeiro, perceberá o notável papel desempenhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo duro do arquétipo normativo jurídico, o que lhe permitirá invocar esse ditado sem o receio de estar apenas reverberando elucubrações doutrinárias desprovidas de respaldo jurisprudencial e legislativo.

No entanto, o sentimento de incompletude persistirá. Ao contrastar o rico manancial de normas dimanadas ou agasalhadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana com o panorama da experiência humana ao longo da história, sentirá a necessidade de desafiar sua formação jurídica e resgatar o espírito crítico instilado nos ensinamentos fundamental e médio, contudo aterrados e ofuscados durante a carreira jurídica pela indumentária forense e pelo

158 Sobre o *princípio de humanidade* no Pacto de San José da Costa Rica, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 177-178.

159 Sobre o *princípio de intranscendência ou de personalidade da pena* no Pacto de San José da Costa Rica, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 176-177.

160 Sobre a análise crítica da prevenção especial do apenado e do art. 5º, § 6º, do assinalado Pacto, cf. *ibid.*, p. 108-112.

161 UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Disponível em: <<http://www.acime.gov.pt>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

arcabouço legalista oriundo dos milenares antecedentes romanos, com condimentos ibéricos.

No tabuleiro das relações internacionais, muitas vezes, o jurista vê o princípio da dignidade da pessoa humana desvanecido por políticas externas que se valem da paz como entreato para os conflitos armados. Não raro, nos âmbitos nacional, regional e local, nota o ditame em tela, tão recendido pela Ciência do Direito, empalidecer-se cada vez mais pela práxis do corpo social, cujos integrantes se norteiam pela busca do sucesso financeiro, prestígio social e poder político, desconsiderando-se o mínimo ético irradiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico, para os códigos de conduta chancelados pelas correntes filosóficas e religiosas, e para as normas sociais laicas formuladas pela opinião pública e pela cultura popular.

O cerne da problemática envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana não reside, portanto, na sua ausência de arrimo na Ciência do Direito e nas concepções éticas idealizadas pelos múltiplos segmentos sociais e veios de pensamento, mas diz respeito, isto sim, ao fato de que, no presente momento evolutivo da humanidade, parcela considerável dos atores sociais se nega a conceder efetividade às normas éticas acolhidas pela coletividade.

O maior empecilho à efetivação desse postulado precípua à existência humana e à convivência social se encontra no abismo separando a teorização jurídica e ética sufragada pela sociedade e a conduta moral esposada por boa parte dos seres humanos na prática do dia-a-dia, na esfera particular e pública, no meio familiar e profissional, na seara da iniciativa privada e no campo de incidência da atividade estatal.

Os obstáculos à eficácia social do princípio da dignidade da pessoa humana alertam que a ambição profissional do operador do Direito precisa transcender a costumeira busca por *status*. O exercício do Direito consiste em sacerdócio nascido com a sociedade e para a sociedade. Impende a quem atua no ramo estar cômico de que está a serviço de seus pares, envidando esforços em prol da ordem pública e da paz social.

Trata-se de secular mister, caixa de ressonância dos mais diversos matizes e anseios sociais. Os militantes do Direito, antes de tudo, devem se curvar ao interesse público, mesmo se adstritos à advocacia liberal, da iniciativa privada. Todas as carreiras jurídicas hão de servir de instrumento para se fomentar a harmonia da coletividade, pautada pela deferência à dignidade da pessoa humana.

Injustificável o advogado do particular se valer das prerrogativas de causídico para se coadunar com práticas ilícitas, a exemplo do advogado criminalista a assessorar organizações criminosas. O mesmo se diga em relação ao advogado público incumbido de obstar, via arditosas manobras judiciais de cunho protelatório, o cumprimento de obrigações firmadas pela Administração Pública com terceiros; ao membro do Ministério Público a emular a postura de inquisidor à antiga moda jesuítica, propício a perseguições e medidas extremas, induzindo a Justiça a aplicar sanções severas em face de infrações de pequena monta; ao magistrado desinteressado em julgar de forma célere, ou a aceitar subornos, ou prolatar decisões parciais, casuístas, sem a menor preocupação com as partes e com o reflexo da decisão na sociedade.

Na quadra atual, recende-se no País e no resto do globo conjuntura de insegurança e incerteza. A comunidade jurídica, posta no cume da pirâmide social, é instada a renovar sua luta pelos Direitos Humanos e impedir que seu papel de legitimadora do ordenamento jurídico

sedimente injustiças sociais e individuais.

Necessário conciliar a defesa da juridicidade (em especial, da legalidade) com o incenso à ousadia, almejando-se preservar e cauterizar o tecido social em paralelo à abertura de novos caminhos.

Posto de outro modo, o operador do Direito deve ser fiel às normas impostas pelo Estado sem se convolar em cego patrono do *status quo* e sem contribuir para se petrificarem a estrutura social e a evolução humana do ponto de vista não só material como também espiritual.

Existe um *deficit* de cidadania, galvanizado pela inércia de um sistema político ventríloquo de organismos financeiros internacionais, omissos ante o crescente desemprego e violência — vácuo preenchido pelo individualismo e pelo crime organizado.

Não há casta profissional melhor municiada que a nossa de meios e oportunidades de introduzir na infra-estrutura do Poder Público mudanças nos eixos reitores da ação estatal. Ao invés de mero replicador de conceitos legais, cumpre ao operador do Direito se rodear de ossatura humanista e formação moral. Apoiado nelas, ultrapassa a posição de leguleio para alçar à estatura de construtor do Direito, plasmando em seu ofício traços de sua ideologia e compromisso social.

Imprescindível a comunidade jurídica albergar, como denominador comum, a efetiva reverência aos marcos éticos indispensáveis demarcados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a trajetória humana comprova que o valor da dignidade tem servido a interesses múltiplos, às vezes díspares, nem sempre legítimos ou lícitos.

Há milênios a ode à dignidade subsidia argumentos belicistas, a exemplo do discurso em prol da famigerada “guerra justa”, ilustrado pela campanha midiática nos Estados Unidos a favor do advento da Segunda Guerra do Golfo, que converteu o Iraque no celeiro do terrorismo islâmico.

Em defesa da dignidade, homens traídos assassinaram esposas adúlteras; meios de comunicação desconstruíram a imagem de pessoas físicas e jurídicas idôneas; agentes políticos imprudentes alvejaram a honra de seus pares; tribos praticaram antropofagia; exércitos realizaram pilhagem e endossaram a política da terra arrasada; dizimaram-se povos e se arruinaram nações; vicejou o sectarismo ideológico e o fanatismo religioso; regimes autoritários receberam aclamação pública; atrocidades e arbitrariedades auferiram o rótulo de “males necessários”.

O princípio da dignidade da pessoa humana confere ao ser humano o direito de pleitear a todos tratamento digno e, ao mesmo tempo, exige dele retidão compatível com a estima pela dignidade do resto da humanidade.

Em essência, o *éthos* da norma em destaque repousa no amor impessoal e universal, no pacto do ser humano firmado consigo próprio no sentido de se comportar de modo ético no setor público e privado, esteja em ambiência simpática ou não à sua pessoa, seja reconhecido e louvado ou desdenhado e invejado pela postura proba.

A eticidade reclamada pelo princípio da dignidade da pessoa humana não requer apenas que o ser humano pense com lucidez e discernimento, que mire seu raciocínio para a

vereda indicada pelos emblemas da ponderação e do equilíbrio. Hastear a bandeira desse postulado significa, antes de mais nada, direcionar-se pelo amor fraterno, vertido a todos.

O maior atestado de dignidade é encarar a humanidade como uma só; canalizar genuínos sentimentos, pensamentos e atitudes elevados a qualquer um que cruze consigo na estrada da vida, sem se engolfar na ingenuidade; tampouco visar a vantagens pessoais, praticando-se o bem — inclusive de maneira anônima — desprovido de preconceitos e da expectativa de futura retribuição.

## 7. CONCLUSÃO

a) – O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o princípio jurídico maior, de onde dimanam os direitos humanos a originarem o catálogo dos direitos fundamentais (feixe básico de normas das Cartas Constitucionais das democracias hodiernas) e dos direitos personalíssimos (conjunto de direitos subjetivos privados indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade e à salvaguarda da sua incolumidade física, moral, psíquica e intelectual).

b) – Figura no Direito Positivo na qualidade de, máxime, princípio fundamental das ordens estatal, social e econômica e das relações internacionais, corolário do princípio da igualdade e pólo irradiador dos direitos fundamentais.

c) – Trata-se de norma informadora do exercício de diversos afazeres (a exemplo do magistério, da magistratura, do serviço militar obrigatório, do poder de polícia relacionado à segurança pública, da iniciativa econômica privada, e de atividades laborativas e profissionais).

d) – Na Constituição brasileira de 1988, sobreleva, em especial, sua faceta de princípio fundamental da República, orientador das relações internacionais, da ordem econômica, dos direitos civis e sociais.

e) – Em relação às Constituições alienígenas, a par do papel de princípio constitucional fundamental, resplande, acima de tudo, como alicerce do princípio da igualdade, pano de fundo do direito ao desenvolvimento da personalidade humana e substrato dos direitos civis, sociais e econômicos, percorrendo, em consequência, a mesma trilha do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

f) – O direito do ser humano a tratamento digno coexiste com o seu dever de agir de forma reta para com seus pares, imbuído de amor fraterno e universal, independente de contar com respaldo da sociedade. Tal incumbência se fortalece em relação ao profissional do Direito, uma vez que se encontra à sua disposição abundante e multifacetado repositório de normas e fontes jurídicas caudatárias do princípio da dignidade da pessoa humana, a impulsioná-lo a materializar conduta ética de rigor superior à que se espera da maioria dos indivíduos e vincada pelas demandas do interesse público e pelas normas deontológicas de seu mister.

### ***8. The principle of the dignity of the human being in the brazilian, comparative and international law.***

***ABSTRACT:*** *This paper analyses the principle of the dignity of the human being in the light of the Brazilian, Comparative and International Law, in order to prove that it has legal dogmatic ground and overall presence in the national, foreign and international legal orders.*

***Key-words:*** *Dignity of the human being. General Theory of Constitutional Law. Human Rights. Rights of the Personality.*

## 9. REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za/constitution/1996/96cons1.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2004.
- ALEMANHA. Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <[http://www.alemanha.org.br/embaixadabrasilia/spr\\_2/willkommen/infos/grundgesetz/constituicao.htm](http://www.alemanha.org.br/embaixadabrasilia/spr_2/willkommen/infos/grundgesetz/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista USP. São Paulo: n° 53, p. 90-101, mar.-mai. 2002.
- BÉLGICA. La Constitution Belge. Disponível em: <[http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html)>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponível em: <[http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/constitucion\\_politica.htm](http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/constitucion_politica.htm)>. Acesso: 12 jun. 2004.
- CÓDIGO Civil Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais. SP. 4ª Edição, 2004.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. SP. 2004.
- COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualiza con la Reforma 8106/2001. Disponível em: <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Costa/costa2.html>>. Acesso: 11 out. 2004.
- CUBA. Constitución de la República de Cuba. Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em: <[http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo\\_1.htm](http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- GRÉCIA. The Constitution of Greece. Disponível em: <<http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html>>. Acesso: 16.09.04.
- GUATEMALA. Constitución Política de la República de Guatemala. Disponível em: <<http://www.concyt.gob.gt/constitucion1.htm>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- ÍNDIA. Constitution of India — with all the Amendments. Disponível em: <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>. Acesso em: 18 set. 2004.
- IRLANDA. Constitution of Ireland. Disponível em: <<http://www.oasis.gov.ie/utilities/redirect.php?url=http://www.taoiseach.gov.ie/upload/static/256.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2004.



- ISRAEL. Basic Law: Human Dignity and Liberty. Disponível em: <[http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2004.
- ITÁLIA. Constituição italiana. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br/downloads/Constituição%20Italiana.doc>>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000.
- LÓPEZ, Luis Guerra. Concepto de derechos humanos y problemas actuales. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: año 1, nº 1, p. 58-62, feb.-oct. 1993.
- LORENZO, Wambert Gomes di. Abertura da constituição. Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: ano 23, v. 24, nº 2, p. 171-200, jul.-dez. 2001.
- MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. A universalidade dos direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: ano 3, nº 10, p. 144-150, abr.-jun. 1995.
- MÉXICO. Constitución Política. Disponível em: <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2004.
- MILLER, Russel. The shared transatlantic jurisprudence of dignity. German Law Journal. Toronto: v. 4, nº 9, p. 925-934, set. 2003.
- MILLNS, Susan. Death, dignity and discrimination: the case of Pretty v. United Kingdom. German Law Journal. Toronto: v. 3, nº 10, out. 2002. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acesso em: 29 set. 2004.
- MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos)
- MOREIRA, Gerfran Carneiro. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Manaus: ano 8, nº 8, p.19-53, jan-mar 2000.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2004.
- \_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 11 out. 2004.
- \_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 11 out. 2004.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso: 13.06.04.
- PARAGUAI. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.py/constitu.html>>. Acesso em: 16 set. 2004.
- PÉREZLUÑO, Antonio Enrique. El concepto de los derechos humanos y su problemática actual. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: año 1, nº 1, p. 179-195, feb.-oct. 1993.
- PERU. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993). Disponível em: <<http://www2.congreso.gob.pe/congreso/constitucion.doc>>. Acesso em: 16 set. 2004.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: nº 47/48, p. 95-114, jan.-dez. 1997.

\_\_\_\_\_. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: n° 51/52, p. 81-102, jan.-dez. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: n° 45/46, p. 37-50, jan.-dez. 1996.

POLÔNIA. The Constitution of the Republic of Poland. Disponível em: <<http://www.senat.gov.pl/k5eng/dok/konstytu/konstytu.htm>>. Acesso em: 18 set. 2004.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CRP2004.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

RÚSSIA. La Constitution de la Fédération de Russie. Disponível em: <<http://www.constitution.ru/fr/part1.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 38, n° 153, p. 163-191, jan.-mar. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: ano 12, n° 46, p. 193-244, abr.-jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional. Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: ano 26, n° 76, p. 365-396, dez. 1999.

SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio del derecho público. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: año 2, n° 4, p. 287-306, ene.-jun. 1995.

SMITH, Craig. More disagreement over human dignity: Federal Constitutional Court's most recent Benetton advertising decision. German Law Journal. Toronto: v. 4, n° 6, p. 533-539, jun. 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Violência e dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 65-72, jul.-set. 1994.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SQUELLA, Agustín. Derechos humanos y derecho positivo. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: año 1, n° 1, p. 197-205, feb.-oct. 1993.

SUÉCIA. The Instrument of Government. Disponível em: <<http://www.riksdagen.se/english/work/fundamental/government.asp>>. Acesso: 11 out. 2004.

SUIÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/itl/rs/1/c101ENG.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2004.

SUPREMO Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº 71.373-RS. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator do acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 de novembro de 1994. Diário da Justiça da União. Brasília, DF, 22 nov. 1996, p. 45.686.

SUPREMO Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº 79.512-RJ. Pacientes: Avelino Fernandes Rivera e outros. Impetrantes: George Tavares e outros. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. Diário da Justiça da União. Brasília, DF, 16 mai. 2003, p. 92.

SUPREMO Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº 81.360-RJ. Paciente: Marcello Danilo Moraes Mattos. Impetrante: Célio Marcos Braga. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2001. Diário da Justiça da União. Brasília, DF, 19 dez. 2002, p. 71.

SUPREMO Tribunal Federal. *Habeas-corporis* nº 82.969-PR. Paciente: Luiz Alberto Alvim Gerhardt. Impetrante: Banco do Brasil S.A. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 30 de setembro de 2003. Diário da Justiça da União. Brasília, DF, 17 out. 2003, p. 37.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TURQUIA. The Constitution of the Republic of Turkey. Disponível em: <<http://www.mfa.gov.tr/grupe/ec/eca/anayasa.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2004.

ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers*. Berkeley: v. 3, nº 1, p. I-103, jan.-jun. 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000). Disponível em: <[http://www.acime.gov.pt/modules.php?name=Downloads&d\\_op=getit&lid=1](http://www.acime.gov.pt/modules.php?name=Downloads&d_op=getit&lid=1)>. Acesso em: 13 jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: <<http://ue.eu.int/igcpdf/pt/04/cg00/cg00087.pt04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

VENEZUELA. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.gobiernoonlinea.ve/docMgr//sharedfiles/059.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

WIKIPEDIA: the free encyclopedia. *European Constitution*. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.





# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL: PUNIBILIDADE EXTINTA COM BASE EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA

Élcio Arruda<sup>1</sup>

## RESUMO:

O texto cuida do princípio da proporcionalidade como meio idôneo a permitir a reabertura de processo criminal, quando extinta a punibilidade a partir de certidão de óbito falsa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Certidão óbito falsa. Extinção punibilidade. Retomada processo. Possibilidade.

## SUMÁRIO:

Princípio da proporcionalidade: origem, conceito, conformação e critérios para a aplicação no processo penal. Extinção de punibilidade com base em certidão de óbito falsa. A retomada do processo. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Acomodação de garantias constitucionais. A posição do Supremo Tribunal Federal e a doutrina estrangeira.

Hodiernamente, em todos os ramos do direito, é lugar comum a evocação do princípio da proporcionalidade. Ele integra, mesmo, o rol dos princípios jurídicos fundamentais<sup>2</sup>. Neste espaço, esboçar-se-á sua conformação, critérios para seu manejo e uma hipótese idônea à sua concreta aplicação.

O princípio da proporcionalidade é, por vezes, baralhado com o da razoabilidade. Conquanto partindo de premissa comum, os alemães falam de proporcionalidade, enquanto os norte-americanos, de razoabilidade. Até mesmo no âmbito do nosso Pretório Excelso, não raro, as expressões são esgrimidas sob o pálio da sinonímia. É o que noticia Suzana Barros<sup>3</sup>. De qualquer forma, há de se firmar a precisão terminológica, até porque a confusão de palavras enseja a confusão de coisas. A nosso aviso, a razoabilidade é, no fundo, uma faceta do princípio da proporcionalidade, no sentido de traduzir o seu balizamento. Da derradeira denominação, pois, é que faremos uso.

O princípio versado busca estabelecer, *in concreto*, um equilíbrio entre os interesses em jogo. Exige, para tanto, uma técnica de ponderação de valores. É-lhe subjacente, portanto,

1 Graduado pela Uniupe em 1993. Mestre em Direito. Professor de direito penal e processual penal. Juiz do juizado especial federal.

2 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 171.

3 *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 69-74.



a teoria de valores<sup>4</sup>. O seu escopo é a concretização da Lei Maior sem descerrar flanco a incoerências. Dele promana o mandamento da “*proibição do excesso*”, segundo Canotilho<sup>5</sup>. Por isso, aliás, nos Estados Unidos da América do Norte, a técnica é denominada “*constitutional balancing*”<sup>6</sup>.

O processo penal comporta sua aplicação sob forma negativa. Vale dizer, não se procura criar uma decisão razoável, mas, sim, obviar a claramente desarrazoada<sup>7</sup>. Nesta sede, vale lembrar, a preocupação é antiga. Ferri dela já se ocupava, ao apregoar o “*equilibrio entre los derechos del individuo y los de la sociedad, poniendo coto a inaceptables exageraciones*”<sup>8</sup>. Por igual, Alimena acentuava, há muito, a necessidade de tal norteamento<sup>9</sup>.

No particular, é insusceptível de guarida a usual objeção de o princípio em exame conduzir a uma desmedida subjetivação, com agressão ao princípio da legalidade. Os valores, garantias e princípios consagrados na Constituição fundem a diretriz conducente da técnica. De igual modo, o fato de ter sua difusão atrelada à garantia da liberdade individual não é de molde a estorvar o seu manejo – notadamente o de suas premissas – sob um enfoque mais alargado. O direito é uno e, por via de consequência, os princípios não se confinam a uma matriz determinada. A ponderação mais ganha corpo na medida em que a realização da justiça é inerente à proporcionalidade<sup>10</sup>.

Pois bem. Figuremos a hipótese, extraída dos anais forenses, de sentença de extinção de punibilidade firme, escorada em falso passamento (certidão de óbito espúria), onde o réu homicida, anos depois, ainda não operada a prescrição, torna ao local do crime e, confessando-o, passa a jactar-se.

A doutrina refere a existência de soluções díspares<sup>11</sup>.

Seja como for, a meditação, à luz do princípio da proporcionalidade, revela o absoluto despautério da solução de se obstar a persecução pelo crime doloso contra a vida. O direito de um dos membros da comunhão (o direito do réu absolvido à estabilidade do julgado) suplantaria o direito à justiça<sup>12</sup> e à segurança de todos os demais integrantes do corpo social.

---

4 O berço da teoria de valores foi a então República Federal da Alemanha, após a segunda conflagração mundial. Os antecedentes são encontrados na doutrina jusfilosófica da primeira metade do século XX. Entre eles, há a teoria do “direito justo”, formulada por Stammer, em 1911, na qual se parte da concepção de direito como ciência final, enlaçado em meios e fins a exigir retidão. Radbruch, neste sentido, evoluiu uma filosofia formal de valores para outra material. Ao depois da II Guerra Mundial, na Alemanha, a jurisprudência de interesses, assentada num positivismo sociológico e numa concepção programática de direito, transmutou-se para uma jurisprudência de valores (GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 228).

5 Op. cit., p. 171.

6 Cf. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 228-229.

7 Cf. DEGENER, apud GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, op. cit., p. 230.

8 *Sociologia criminal*. Tradução espanhola de Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [18—], p. 193.

9 ALIMENA, Bernardino. *Studi di procedura penale*. Torino: Fratelli Boca, 1906, p. 471.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 81.

11 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 335-336; JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 274; DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 203.

12 A justiça é um valor supremo, consagrado no preâmbulo da Constituição Federal. Logo, a ordem jurídica revestir-se-á de legitimidade apenas se expressar a justiça. Ela é a conformação, no caso concreto, do juízo penal à verdade, ao correto, aos anseios sociais de tranqüilidade e segurança. As vicissitudes conceituais neste campo são irrelevantes – nem mesmo Platão, embora se ocupando exaustivamente do tema, logrou precisar o conteúdo do conceito de justiça : cf. KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 491-492 – , já que “o fato de não se poder saber o que uma coisa é, não significa que não possa saber o que ela não é” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 79). Do contrário, a justiça traduzirá uma fórmula vã, vazia de sentido e oca de conteúdo, talvez uma quimera.

A solução, por certo, não poderia ser reputada justa, por se ressentir de qualquer equilíbrio ou lógica. Seria, de fato, a consagração de absurdo individualismo, infenso ao próprio Estado Democrático de Direito.

A situação sob hipótese descerra lance, ainda, ao “conflito”<sup>13</sup> entre os princípios-garantia<sup>14</sup> da coisa julgada<sup>15</sup> e o da inadmissibilidade das provas ilícitas (CF, art. 5º, inciso LVI). Ora, se a certidão de óbito é espúria, foi obtida à margem da lei, ilicitamente. Daí ser inidônea a produzir qualquer eficácia no âmbito do processo-crime (homicídio) onde exibida<sup>16</sup>. Logo, fenece a *res judicata* e exsurge a imperatividade de retomada da marcha processual. Neste passo, poder-se-ia brandir a aplicação do princípio da proporcionalidade ao fito de tolerar a prova ilícita, porque a acudir o réu. A sustentação não colheria. A uma, porque contraditória em si, ao permitir ao infrator se locupletar à conta da torpeza própria. A duas, porque a prova ilícita, quando abrigada em prol do réu, pressupõe, invariavelmente, o direcionamento à demonstração da inocência própria<sup>17</sup>. Não é o caso. Prevalece, destarte, o princípio-garantia de intolerância às provas ilícitas, com a conseqüente consagração do princípio jurídico fundamental da justiça.

Sob outra óptica, emerge uma “antinomia” entre o princípio-garantia da coisa julgada e o princípio-garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV). Como sabido e ressabido, se o interessado não participa da decisão, assegura-se-lhe, com o *due process of law*, tomar parte da atividade conducente à sua formação. Tal se efetiva através do contraditório, direito à produção de provas (incluindo a ampla defesa), adução de razões e pretensões e a igualdade de tratamento<sup>18</sup>. Nesta conjuntura, a conformação do acervo probatório à lei é premissa inarredável à validade do processo, enquanto veículo de realização de justiça. A desconformidade conduz à sua ineficácia e do eventual julgado conseqüente. Se írrito o veículo onde forjada, insubsiste a decisão. Impõe-se a prolação de outra, observando-se, agora, a magnitude do devido processo legal. As garantias constitucionais do *due process of law* da coisa julgada assim se acomodam, à luz do princípio da proporcionalidade.

A propósito, entre nós, o Pretório Excelso já legitimou a retomada da persecução penal, na hipótese de decisão extintiva de punibilidade à base de falsa certidão de óbito. No caso, segundo a dicção pretoriana, forja-se coisa julgada apenas em sentido estrito e, mais, o

13 A rigor, não se trataria propriamente de um conflito, porque os princípios, em se acomodando, arredam os espaços de tensão.

14 É Canotilho quem, partindo da distinção entre norma-regra e norma-princípio, subdivide os princípios constitucionais em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia (Op. cit., p. 165-174).

15 É a coisa julgada, entre nós, uma tradicional garantia albergada na Carta Política. Tutela a estabilidade do direito ou a segurança das relações jurídicas (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 261; CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62).

16 A Lei Maior, quanto ao tema, fez opção por negar, categoricamente, qualquer validade à prova granjeada ilicitamente, até mesmo por derivação (Cf. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60-61).

17 “Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. Assim, na jurisprudência e na doutrina estrangeiras, tem sido vista a conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994). “Haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os tribunais a aceitá-la. Lembre-se, por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito mas que levaria à absolvição de um inocente. Tal prova teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida, ainda que se sacrifique algum outro preceito legal” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63).

18 Cf. CAMPOS, Ronaldo Benedicto Cunha. Garantias constitucionais e processo. *Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia*, Uberlândia, v. 15, p. 1-30, dez. 1986.

fundamento é um fato juridicamente inexistente e, pois, inidôneo à produção de qualquer efeito<sup>19</sup>. Houve a excepcional supressão dos efeitos da coisa julgada, em detrimento do réu e em prol da justiça.

Na linha da diretriz perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, a legislação italiana prescreve a admissibilidade de ação penal, contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato, quando, depois da decisão extintiva de punibilidade, constatar-se a falsidade do passamento. É o que promana do artigo 69 do vigente Código de Processo Penal<sup>20</sup>. Na espécie, assegura Manzini, a sentença é reputada juridicamente inexistente<sup>21</sup>. É viável, por conseguinte, o prosseguimento do processo. No regime jurídico anterior, Florêncio de Abreu já destacava a pertinência da solução italiana<sup>22</sup>.

O princípio da proporcionalidade, bem se vê, ostenta colossal relevância na solução dos problemas penais.

**ABSTRACT:**

*The text presents the “proportionality principle” as a legitimate form of re-entering for the criminal process, when abated the guilt through fake death certificate*

**KEYWORDS:** *Fake death certificate. Abatement of guilt. Re-entry of the process. Possibility.*

19 “Revogação de despacho que julgou extinta a punibilidade do réu, à vista de atestado de óbito baseado em registro comprovadamente falso: sua admissibilidade, vez que referido despacho, além de não fazer coisa julgada em sentido estrito, fundou-se exclusivamente em fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos” (STF - HC 55.901-SP – 1ª Turma – Rel. Min. Cunha Peixoto – RTJ 93/986). “Habeas corpus. Extinção de punibilidade. Morte do agente. Equívoco da decisão. - Desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada. Habeas corpus indeferido” (STF - HC 60.095-RJ – 1ª Turma – Rel. Min. Rafael Mayer – RTJ 104/1063).

20 “2. La sentenza non impedisce l’esercizio dell’azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell’imputato è stata erroneamente dichiarata” (Il Codice di Procedura Penale, Milano, Giuffrè, 1993, organizado por Giovanni Conso).

21 “En efecto, dicha sentencia, no puede tener eficacia preclusiva más que sobre acción penal cuyo sujeto pasivo haya muerto; si está vivo, en cambio, falta el presupuesto más esencial de aquella declaratoria, la cual es jurídicamente inexistente y, por tanto, no adquiere autoridad de la cosa juzgada” (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1951, v. 2, p. 401).

22 ABREU, Florêncio de. *Comentários do código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 5, p. 422-423.





# PERSPECTIVAS JURÍDICAS CÍVEIS E CRIMINAIS QUANTO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL<sup>1</sup>

Ricardo Cavalcante Motta<sup>2</sup>

## RESUMO:

O presente artigo tem por escopo fornecer subsídio para o debate sobre o tema *racismo* e, no contexto jurídico, sua distinção com o delito de *injúria*, uma vez que, lamentavelmente, práticas discriminatórias, frutos de racismo, estão na ordem do dia. São, mor das vezes, expressões de intolerância que põem em questão os valores da democracia e dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Racismo. Preconceito. Injúria.

## SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A Atuação do Poder Judiciário; 3. Racismo e a Legislação Brasileira; 4. Do Direito à Indenização; 5. Conclusão; 6. *Abstract*; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo cuida do tema *racismo* no contexto jurídico, distinguindo-o do delito de *injúria*. Ambos, com reflexos no Direito Penal, mediante punição, e no Direito Civil, mediante indenização pecuniária à vítima.

Parece simples e até muito claro, a princípio, destacar da Carta Magna, art. 5º, que *“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”*, nas condições explicitadas em seus 77 incisos. Destes, em relação ao tema ora desenvolvido, destaca-se o de número XLII, nos termos: *“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”*.

Já no art. 4º da Lei Maior se fixa que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por princípios, dentre os quais o do *repúdio ao racismo*.

Hoje é rica a legislação, Federal, Estadual e mesmo Municipal que recusa a prática da discriminação racial, especialmente considerando os de origem africana e também as populações nativas, chamadas aqui de índios, não sendo de se esquecer do preconceito contra judeus, árabes dentre outros. Penso também na discriminação regional, diminuindo-se e subestimando-se pessoas conforme a origem geográfica do país, como o sul discriminar o nordeste, em excesso que ultrapasse a brincadeira permitida pelo destinatário.

1 O presente artigo foi originariamente apresentado por ocasião da “Terceira conferência de combate ao Racismo, Xenofobia e outras formas de discriminação”, Coordenado pelo Prof. Gilberto Caixeta da Silva, realizado nos dias 01 e 02 de Junho de 2001 nesta cidade de Uberaba-MG e publicado com o título “A Regra Jurídica e as Práticas Institucionais”, pela GRÁFICA PUBLI, Uberaba, MG, 2001.

2 Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba, MG



Discriminação é coisa grave, geralmente compreendida somente pelos que, de alguma forma já sofreram seus efeitos. Os demais costumam passar ao largo não se detendo da aferição. Discriminações sociais, culturais, sexuais e de várias modalidades que, se detiver na apreciação será possível transportá-la para a forma mais comum, a discriminação racial.

É ainda oportuno salientar que as leis surgem para regulamentar as relações sociais, não sendo o convívio social que se adapta à lei, mas o contrário. Traz em si a lei a evolução social e cultural de um povo, muitas vezes com as marcas do poder do tempo de sua edição. De modo que, como é do conhecimento geral, tímida vem sendo a evolução legislativa, através do tempo, e desde o Império, no que se refere à proteção da discriminação ao racismo, efetivamente.

## 2. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Diariamente, nas relações sociais, as pessoas buscam soluções para seus conflitos, visando, muitas vezes, no sentido de bom senso, alguma solução judicial, diante de seus impasses, como medida de Justiça, e sem o domínio da legislação vigente, firmadas num sentido de direito natural.

O Poder Judiciário, instado à solução do conflito, todavia, conhecendo do fato, deverá ofertar a medida do direito, tecnicamente avaliado, diante dos valores guardados no texto legal e na vontade legislativa.

Neste sentido é a decisão da 1ª Turma do TRF:

***“Ementa oficial: A lei penal busca reprimir a difusão e a defesa de idéias preconceituosas e segregacionistas, mas é imprescindível a presença do dolo, consubstanciado na busca da concretização dos elementos abstratamente contidos no tipo penal. Com base nisso, não restou caracterizada a intencionalidade de praticar, induzir ou incitar à discriminação ou preconceito de raça, cor ou etnia”*** (Ap. 96.04.19980-3 – RS – 1ª T. J.12.11.1996 – rel. P/acórdão Juiz Gilson Dipp, DJU 19.02.1997 - RT nº 742, p. 479-490).

Relativamente à competência, não é de se olvidar da possibilidade de petição direta nos Juizados Especiais.

No caso em foco, ainda se mostra imatura e recente a elaboração doutrinária e jurisprudencial a respeito do racismo<sup>3</sup>. O clamor da sociedade no momento é de estabelecimento de orientação e parâmetros para o posicionamento das pessoas dentre o enfoque do DIREITO E DE JUSTIÇA a respeito do tema. Isto emanado da aplicação legislativa que regula a matéria, com destino para a comunidade e seus comportamentos.

Então, entra em atuação a figura do Juiz que, como aplicador do direito e como ente social, deve acompanhar a evolução social, muito mais dinâmica que a lei, e a evolução

3 - A respeito de *racismo* e de *preconceito*, escreve Jurandir Sebastião: “Racismo é a falsa hierarquia de um grupo racial em relação a outro. Preconceito é o juízo de valor (sentimento) favorável ou desfavorável sem o prévio exame crítico, dentro do mesmo grupo racial ou fora dele. Pelo ângulo de convívio humano, o preconceito é mais amplo e mais prejudicial que o racismo. Não podemos esquecer que o racismo e o preconceito (falsos valores sociais) se constituem em condutas de mão dupla, ou seja, dependem de quem seja maioria ou detenha maior poder – fatores mutáveis que podem se inverter no tempo e no lugar. Assim, hoje ou amanhã, aqui ou ali, qualquer um de nós pode estar sujeito a ser injustamente discriminado pelo racismo ou pelo preconceito”. In A proteção da pessoa humana e a responsabilidade civil. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 5, nº 1, p.118.

cultural com vista à Justa e oportuna solução do conflito.

Vale salientar, a lei não é uma fórmula definida, de objetividade tal que supere as alterações do tempo, automaticamente, valendo-se enquanto de seu vigor de uma compreensão única, estável e perene.

A interpretação e aplicação da lei, recaem com imensa responsabilidade sobre o Juiz em seu tempo. Até porque, a vida cotidiana, em um Estado de Direito democrático, não admite um judiciário indiferente e apático. Deve estar sempre atento para que a criação da lei, como a sua aplicação, visa ao bem comum. Todavia, neste contexto, é bom salientar a lição de CARLOS MAXIMILIANO *in* HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, Forense, 1994, p. 80;

*“Em geral, a função do juiz quanto aos textos, é dilatar; completar e compreender; porém, não alterar; corrigir; substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe, não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie. Examina o Código, perquirindo das circunstâncias culturais e psicológicas em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais, interpreta a regra com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal (richtiges Recht), porém tudo procura achar e resolver com a lei, jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, proeter ou contra legem.” “Esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepor; sem o perceber; de boa fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspire-se no amor e zelo pela justiça e “soerga o espírito até uma atmosfera serena onde o não ofusquem as nuvens das paixões.” P. 105.*

Ressalto, não pode o juiz se comover influenciado por suas próprias sendas do sentir; distante da lei, a ponto de contaminar a decisão dirigida à comunidade, pelas influências de sua classe social, nacionalidade, convicções políticas ou religiosas. Há de criar, uma vez inseparáveis, uma harmonia do sentir entre o direito e a técnica diante do mundo presente.

Colhem-se, por adequados, os seguintes julgados:

**1 – “Ementa da Redação: A livre manifestação do pensamento, sem dependência de censura, é um dos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF (incisos IV e IX), mas não sendo o maior, nem sendo irrestrito, cede à primazia do princípio da igualdade; assim, incorre nas penas do art. 20 da Lei 7.716/89 aquele que edita, distribui e vende ao público livros que defendam idéias, próprias ou alheias, com a evidente intenção de gerar discriminação e preconceito a determinada raça”.** (Ap. 695.103.484 – 3ª Câmara Criminal – j. 31.10.1996 – Rel. Dês. Fernando Mottola – RI nº 754, p. 505-526).

**2 – “Ementa Oficial: Atípica a conduta do síndico de edifício de apartamentos, ao ofertar emprego com discriminação de raça ou cor, na justa medida de incurrer equivalência conceitual do elemento normativo do tipo – empresa privada – com**

*o aludido condomínio, visto faltar a este o substrato de natureza econômica, bem por isso, sob os auspícios da reserva legal inconcebível de se ampliar exegeticamente o formatizado pela lei repressiva, máxime através de equiparações analógicas em detrimento do réu.*

***Ementa da Redação: O condomínio edilício não pode ser assimilável como empresa privada, ou seja, na modalidade enunciada na figura delitiva (art. 4º, da Lei 7.716/89). Ao contrário das empresas em geral – sociedades ou firmas individuais – jamais poderia o aglomerado de comunheiros em foco escalonar-se conceitualmente pelo exercício de atividade produtiva. Inobstante uma realidade no campo do Direito, notadamente com legitimidade ad causam, sob representação processual do síndico, não passa de simples comunidade de interesses ativos e passivos, talvez sob o rótulo de pessoa natural, contudo, jamais a desfrutar de personalidade jurídica. Donde seguir-se que a ação de desvalor (oferta de emprego com discriminação de raça ou cor) do síndico de edifício de apartamentos, efetivamente, não se amolda ao injusto tipificado no art. 4º do Estatuto Anti-Racismo, que teve-se em conta o relacionamento empregatício tão-só ao perímetro da empresa privada”.* (E.I. nº 141.820.3/4-01 – 3ª Câmara Criminal do TJSP – Rel. Dês. Gonçalves Nogueira, j. 19.03.1996 – RT nº 731, p. 557-560).**

### 3. RACISMO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No caso do racismo, surgem as perguntas da sociedade no momento, retiradas até na internet, em texto sem autoria, na busca de se orientar, diante da lei vigente, sob os apontamentos objetivos no sentido CÍVEL e CRIMINAL.

Cataloguei as seguintes indagações.

“No Brasil não tem racismo, isso só existe lá fora, nos Estados Unidos e na África”; “Aqui as pessoas chamam os outros de macaca ou asfalto brincando”; “Essas pessoas que falam de racismo é que são racistas, recalçadas”; “Não sou discriminada porque conheço meu lugar”. Sugere o texto que se trate a questão como problema de direitos humanos. Solicita o posicionamento do Poder Judiciário, enfim.

Feitas as observações anteriores, é um bom começo responder aos desdobramentos das questões. Crime? Crime de racismo, preconceito? Causa de indenização? É o que se fará adiante.

Primeiramente é de se observar que nem toda ofensa proferida se enquadra tipicamente na “LEI DE RACISMO”, sob o ângulo criminal, a princípio. Ocorre que há a lei contra discriminações, e neste prisma busca ser mais ampla que no sentido de defender a sociedade dos ataques das discriminações étnicas, mas aplicando-se a toda espécie que tentou elencar. Fala-se em CRIMES DE PRECONCEITO.

No caso em análise, busca-se a apreciação quanto à discriminação racial.

A lei n.º 7716/89, com várias alterações posteriores, propõe-se a punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

De plano já entendo oportuno observar que não se confunde com a injúria qualificada, prevista no Código Penal, a partir de 1997, com alcance específico à hipótese de ofensa racial e que impõe pena maior que para a injúria comum, quando a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, como redige o art. 140 par. 3º do referido diploma.

Assim a jurisprudência iterativa:

***“Ementa oficial: O crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, à medida que este protege a honra subjetivada pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele é manifestação de um sentimento em relação a uma raça”*** (Ap. 133.955/5 – 2ª Câm. Criminal do TJMG, j. 17.12.1998 – rel. Des. Herculano Rodrigues – DOMG 13.04.1999 – RT nº 766, p. 686-690).

São crimes de racismo os que afetam uma coletividade de pessoas, impedindo-as de exercer direitos ou liberdades. Ofensa a uma pessoa determinada (específica), ainda que por razão racial, não constitui o crime de racismo vigente no Direito brasileiro, sim, crime contra a honra de uma vítima concreta.

Assim, para que o texto possa ser entendido genericamente pela comunidade, não é qualquer ofensa que se enquadra no enfoque de discriminação da lei de preconceitos.

A título de exemplo, os questionamentos acima apontados estariam a se enquadrar, a princípio, em situação de injúria, não de discriminação.

Para a lei, discriminação seria impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; negar ou obstar emprego em empresas privadas em razão de preconceito; recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; impedir acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar; impedir acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes abertos ao público; impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos de diversões, ou clubes sociais abertos ao público; impedir acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbeiros, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades; impedir acesso a entradas sociais de edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos; impedir acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido; impedir acesso em qualquer dos ramos das forças armadas; impedir ou obstar casamento ou convivência familiar e social. Incrimina ainda a lei a confecção e distribuição de material que incite a discriminação ou preconceito, ou a sua incitação.

O texto legal em destaque, lei 7716/89, com alterações, a meu sentir, merece a crítica no sentido de que tenta alcançar todas as situações que seriam de discriminação racial, sem, contudo, conseguir fazê-lo, como é o caso do art. 11 que fala sobre impedir o acesso às entradas sociais de edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos

mesmos, sugerindo que não estaria alcançada a discriminação quando o edifício não fosse residencial, mas privado, como em locais onde se atende em ocupações de escritórios e consultórios particulares. É bom frisar que na esfera penal não pode o Juiz estender a hipótese típica, estando, in casu, atrelado rigidamente e formalmente ao padrão da lei.

Jurisprudência iterativa:

***“Ementa da Redação: Ficando comprovado que era impedido o acesso de pessoas à pista de dança de baile aberto ao público, por motivo de serem negras, caracterizado está o crime de racismo, nos exatos termos do art. 9º da Lei 7.716/89”*** (Ap. 294.121.793 – 2ª Câm. Criminal do TARS – j. 25.08.1994 – Rel. Juiz Délio Spalding de Almeida Wedy – RT nº 738, p. 525-526).

***“Ementa oficial: Impedido o acesso à casa de diversões aberta ao público à pessoas em razão de serem negras, evidenciado está o delito. Condenação mantida.*** (Ap. 294.048.561 – 4ª C. do TARS – j. 15.3.95 – Rel. Juiz Eladio Lecey – RT nº 715, p. 518-520).

Outro ponto interessante é que a lei altera, para as várias hipóteses, a pena a ser aplicada, como se a discriminação não fosse um efeito único de ofensa social. Assim as penas variam, num mínimo de um ano, dois anos e três anos com um máximo previsto de três a cinco anos. O interessante é que a lei prevê como efeito da condenação a perda do cargo ou função pública para o servidor público e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular, por prazo não superior a três meses. Todavia, depende tal efeito de justificação motivada na sentença, não sendo o efeito automático, neste caso, abrindo espaço maior ao sentenciante.

De outra banda, as ofensas lançadas contra pessoas discriminadas, em especial da raça negra, ou mesmo a ofensa do tipo “galego fedorento” lançadas contra alguém de origem portuguesa ou “loura burra”, podem se concretizar em crime de injúria.

A injúria se situa na lei como a ofensa ao decoro ou dignidade de alguém. Neste caso, seria um delito comum, com previsão no C.P., como visto. Assim, a meu sentir, não receberia o tratamento constitucional de ser inafiançável e imprescritível. Ao contrário, de iniciativa privada, tem o prazo decadencial para a proposição da ação penal de seis meses do conhecimento do fato.

Em assim sendo, a hipótese acima destacada, em que se chama a pessoa de “macaca”, v.g., seria, em tese, e num contexto, crime de injúria, não de discriminação racial. Em face disto, por depender de ação penal privada, a prática institucional fica restrita, posto que, em muitas das vezes, não há condições econômicas do ofendido de propor a ação.

Deveria se pensar em hipótese de se tornar o delito de ação pública condicionada ou de se destacar defensores públicos para atender a estas demandas, de interesse social, sobretudo.

O mundo jurídico e a consciência social não podem permanecer insensíveis a uma forma de humilhação cínica em constante e potencial ameaça decorrente de toda espécie de injúria, que poderia sim, a meu ver, em certos contextos, ter sido elevada à situação de discriminação. Trata-se de uma forma de desprezo, com velada discriminação, que suscita naturalmente o direito de reação por parte dos ofendidos.

Neste diapasão, a própria decisão criminal pode ter efeitos na esfera cível, implicando em indenização a ser suportada pelo ofensor. O certo é que o legislador e o aplicador do direito devem observar com prudência a situação fática para não se permitir que se desenvolva uma forma agressiva de reação contra as investidas de humilhação racial.

O lado positivo da situação de racismo no Brasil é que não há violência ou radicalismos tais como do APARTHEID na África do Sul, ou mesmo as conotações das diferenças raciais nos EEUU.

Portanto e para tanto é bom que os aplicadores do direito atinjam de forma eficaz estes surtos da doença, que podem crescer de forma indesejável.

#### **4. DO DIREITO À INDENIZAÇÃO**

A propósito, nosso direito admite, hoje sem questionamentos, a possibilidade de indenização por um dano moral, ou seja, em face de uma violação de direitos da personalidade, como a Carta Magna consagra no seu art. 5º inc. V e X, garantindo expressamente a indenização por dano moral. Neste caso incluindo-se a hipótese de injúria, que é ofensa a um bem jurídico protegido, o decoro e a dignidade.

Assim, as pessoas que são habitualmente ofendidas, infelizmente, sob o cinismo de que não se trata de ofensa ou diminuição racial, podem buscar esta via, mais eficaz e menos formal para a reparação contra a ofensa recebida.

Além disto, pela dinâmica dos Juizados Especiais, haverá um efeito mais rápido no sentido de frear as investidas sociais em ofensas raciais. Falo em Juizados Especiais posto que a indenização não chegaria, em regra, a parâmetro que superasse a alçada dos Juizados Especiais, em regra.

É bom frisar que as indenizações em face do dano moral devem ser fixadas considerando a capacidade financeira do ofensor e da pessoa ofendida. De forma que não pode se tornar uma fonte de efetivo enriquecimento da pessoa que recebe nem um insignificante para quem paga, a ponto de ser incentivo para continuar na prática do ilícito civil, no caso.

Com feito, não se pode permitir que se fomentem ações cíveis de indenização simplesmente para a busca de enriquecimento, negando-se a verdade da reação a ofensa à dignidade e decoro, ou até à honra da pessoa. Certamente que o ofensor poderoso, detentor de potencial econômico-financeiro e influenciador de opiniões deverá merecer condenação proporcional ao efeito da ofensa, com vista inclusive ao efeito social pertinente. Cabem as sanções penais e civis acumuladas, portanto.

Ainda é oportuno destacar que poucas são as ações cíveis ou criminais que questionam o racismo ou preconceito, talvez pela desproteção em que se vê a vítima, que precisa de contratar advogado particular.

#### **5. CONCLUSÃO**

Em suma, com esses instrumentos vejo que há meios para a reação da sociedade contra as investidas irônicas, cínicas, fantasiadas de inocentes, a alimentar eternamente uma injustificável posição de inferioridade, no caso maior do Brasil, das pessoas de origem africana ou outras que, em verdade, somaram forças, físicas e culturais para se delinear a verdadeira face deste nosso amado país.

Diante do estabelecido na lei maior, decorre não somente a necessidade de regulamentação, como da colocação em prática, no exercício da convivência social e na aplicação do direito, das diretrizes norteadoras apontadas.

Há também que se estabelecerem meios eficazes de aplicação das leis afetas, tanto assim que já existem até delegacias especializadas na apuração de delitos relacionados com a prática do preconceito e racismo, e as promotorias têm se voltado com especial atenção para o assunto. As conquistas, porém, ainda são tímidas, muitas vezes simbólicas, mas de bom começo.

E, pontofinalizando, não é demais recordar a luta do imortal CASTRO ALVES, certo que houve evolução, mas que a causa e o estímulo de sua busca não morram enquanto não cessar a busca pela construção de uma “*sociedade livre, justa e solidária*”, e pela redução das “*desigualdades sociais e regionais*” – hoje, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º, incisos I e III).

Não podemos jamais esquecer dessa inspiração, grafada para a eternidade na pena de Castro Alves, que orava em seu NAVIO NEGREIRO d’onde soavam dentre tantos, estes versos, que aqui relembro, não apenas em homenagem à causa iniciada e ainda não acabada, como também para que nossa flâmula nacional não se esqueça que ainda há muito a se conquistar nesta busca.

“E EXISTE UM POVO QUE A BANDEIRA EMPRESTA  
PARA COBRIR TANTA INFÂMIA E COBARDIA!...  
E DEIXA A TRANSFORMAR-SE NESTA FESTA  
EM MANTO IMPURO DE BACANTE FRIA!...  
MEU DEUS! MEU DEUS! MAS QUE BANDEIRA É ESTA,  
QUE IMPUDENTE NA GÁVEA TRIPUDIA?!

E pergunto eu, até quando?

Que sejam varridas as máculas que perduram.

#### **6. ABSTRACT:**

*This piece of work aims to offer means of debate over racism and, in the juridical context, its difference from slander; as, unfortunately, discrimination is a current practice nowadays. These practices often express intolerance, which put democracy and human rights in jeopardy.*

**Key words:** Racism. Prejudice. Slander.

#### **7. REFERÊNCIAS:**

ABREU, Sergio. *Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 1999.



SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista*. 2ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SANTOS, Joel Rufino dos. *O que é Racismo*. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

SEBASTIÃO, Jurandir. *A proteção da pessoa humana e a responsabilidade civil*. Revista Jurídica UNIJUST, Vol. 5, N° 1, Universidade de Uberaba, MG, agosto de 2002.

SILVA, Gilberto Caixeta. Coordenador. *A Regra Jurídica e as Práticas Institucionais*. Editora PUBLI, Uberaba, MG, 2001.





# OS REFLEXOS DO TEMPO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL (uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu)<sup>1</sup>

Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>2</sup>

## RESUMO:

O presente estudo analisa a dimensão temporal do processo e os reflexos que ela tem na resolução das demandas. Apresenta, também, ampla análise da situação temporal do processo civil brasileiro e europeu, para indicar que os sistemas processuais de um modo geral (inclusive o nosso) adotam o princípio da tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Ao final, tenta dimensionar qual seria o tempo razoável de duração do processo.

**Palavras-chave:** Tempestividade da tutela jurisdicional. Duração razoável do processo. Celeridade. Efetividade do processo. Processo civil europeu.

## SUMÁRIO:

1. O tempo no direito processual civil – 2. O dilema entre celeridade e segurança – 3. A celeridade como pressuposto de um processo justo – 4. A garantia da tutela jurisdicional tempestiva – 5. O conceito de tutela jurisdicional tempestiva – 6. *Abstract* – 7. Referências.

## 1. O TEMPO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A par de assuntos eminentemente processuais, como prazos, preclusão, prescrição e, sob o fundamento de não se tratar de um tema propriamente jurídico, grande parcela da doutrina brasileira sempre encarou a questão do tempo no processo - a sua duração - como algo de menor importância.

Contudo, o estudioso que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem importância científica não é só alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que o tempo do processo é fundamento dogmático de vários importantes temas do processo contemporâneo (tutela antecipada, ação monitória, Juizados Especiais, entre outros).<sup>3</sup>

A necessidade de aprofundamento dos estudos sobre o tempo do processo diz respeito, sobretudo, ao processo civil e trabalhista, vítimas principais desse fator. Infelizmente, o que se tem registrado até agora é a “mais desoladora indiferença por parte da doutrina, que, ainda, incredivelmente, encara os problemas relacionados ao custo e à duração dos

1 Estudo originariamente publicado na Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 4, São Paulo, 2003.

2 Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Docente formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor de direito processual civil da Faculdade de Direito de Franca e do IELF – Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes.

3 Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 19.

processos como algo de - se não propriamente irrelevante e incidente – pelo menos importância marcadamente secundária, por não serem propriamente ‘científicos’”.<sup>4</sup>

É chegado o momento do tempo do processo “tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República”.<sup>5</sup>

Por isso, o fator tempo no processo – ao lado do seu custo – deve condicionar não somente a condução do processo, mas também a própria atividade legislativa<sup>6</sup>. O legislador infraconstitucional está obrigado a construir procedimentos que tutelem, de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos, e a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo<sup>7</sup>. Nesse sentido, basta ver as reformas do Código de Processo Civil brasileiro do final do século passado (tutela antecipada, ação monitoria), bem como a edição da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), todas inspiradas pelo propósito acelerador.

## 2. O DILEMA ENTRE CELERIDADE E SEGURANÇA

O processo é um instituto essencialmente dinâmico e, até mesmo por uma exigência lógica, não exaure o seu ciclo vital em um único momento, sendo destinado a desenvolver-se no tempo. O tempo constitui elemento não só necessário, mas imprescindível, em todo processo. Embora os atos processuais tenham uma certa ocasião para ser realizados, normalmente não se perfazem de modo instantâneo, mas, sim desenrolam-se em várias etapas ou fases.<sup>8</sup>

O processo, como instrumento destinado à atuação do direito material, não prescinde da aferição das reais circunstâncias da lesão ocorrida para o restabelecimento das coisas em seu *status quo ante*, até em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica. Em razão disso, impossível que propicie prontamente tutela definitiva. O processo dura, não se pode fazer tudo de uma única vez. “É indispensável se ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para se colher (...). O *slogan* da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição *in adjecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura”.<sup>9</sup>

Por outro lado, a excessiva demora do processo, mesmo que se tenha, ao final, uma decisão segura<sup>10</sup> - com a entrega do bem da vida perseguido a quem de direito - gera nas

4 Nesse sentido, Vincenzo Vigoriti, para quem “a razão principal deste posicionamento é de natureza cultural. Uma análise profunda do custo e da duração dos processos impõe o estudo e o emprego de metodologia de pesquisa de natureza econômica e estatística bastante complexas e, portanto, estranha à cultura jurídica”. (Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália, tradução de Teresa Celina de Aruda Alvim, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 142, jul./set. 1986).

5 Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória...*, cit., p. 16.

6 Vincenzo Vigoriti, *Costo e durata de processo civile: spunti per una riflessione*, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, p. 320-325, 1996.

7 Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória...*, cit., p. 18.

8 Cf. Adolfo Gelsi Bidart, *El tiempo y el proceso*, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 110, jul./set. 1981 e Conciliación e proceso, in Cândido Rangel Dinamarco; Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe, *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 253-254.

9 Francesco Camelutti, *Diritto processo*, Napoles: Morano, 1958, p. 154 (tradução nossa).

10 Não é possível esquecer-se de que a demora pode afetar a qualidade do serviço do juiz, já que as possibilidades de erro se multiplicam consideravelmente, na medida em que transcorre o tempo entre a ocorrência do fato a ser investigado em juízo e a sua declaração através da sentença. Nesse sentido, ver José Roberto dos Santos Bedaque, em seu discurso de posse como desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (O desabafo de um juiz paulista, *DOE*, Poder Judiciário, Parte I, Cad. 1, 23 out. 2001, p. 2).

partes litigantes, principalmente no vencedor da demanda, independentemente de fatores de compensação (juros e correção monetária), incontestemente dano marginal<sup>11</sup>. Trata-se de um fator depreciativo, de faceta emocional e material<sup>12</sup>, do objeto que deveria ser prontamente tutelado pelo processo.

Certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança<sup>13</sup>. A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível. Mas, deve respeitar também as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura<sup>14</sup>. *Celeridade não pode ser confundida com precipitação*<sup>15</sup>. *Segurança não pode ser confundida com eternização*.

Já se colocou que o valor do tempo no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. “Não seria arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem descanso”<sup>16</sup>. Contudo, não podemos olvidar que a única arma que possui o juiz nessa guerra é o processo, e que sua bandeira é a aplicação correta da vontade concreta da lei, impossível de ser defendida, sem a competente elucidação dos fatos.

Brevidade e segurança são forças antagônicas que têm de conviver. Como operadores do direito, o nosso papel é mediar esse constante conflito, fazer com que essas forças se conciliem, da melhor maneira possível.

Mas, a humanidade está perdendo essa batalha. Não há relatos, até a presente data, de um só sistema<sup>17</sup> que tenha conciliado tão bem essas forças (celeridade x segurança), a ponto de satisfazer plenamente os jurisdicionados<sup>18</sup>. Segundo dados constantes do relatório sobre administração da Justiça, no ano de 1998, na Itália, entre 1991 a 1997, girava em torno de 4 anos a duração média dos processos em primeiro grau de jurisdição (órgãos de competência comum). No Japão, antes da entrada em vigor do novo código, em 1998, não era raro que um

11 Na conhecida expressão talhada por Ítalo Andolina (*Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 20).

12 Observa Luiz Guilherme Marinoni que “se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora no processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz)”. (*Tutela antecipatória...*, cit., p. 17.)

13 Para Egas Dirceu Moniz de Aragão, “entre dois ideais, o de rapidez e o de certeza, oscila o processo”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2, p. 100). Cf., também, Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232.

14 Celso Agrícola Barbi aponta que “o aumento da intensidade nas medidas para alcançar um desses objetivos implica, quase sempre, o distanciamento do outro; a um processo muito rápido corresponde geralmente a restrição na defesa do direito por parte do réu; e a uma garantia muito desenvolvida dessa defesa corresponde um processo moroso. As sucessivas reformas processuais têm sempre o objetivo de encontrar o ponto de equilíbrio, em que a celeridade desejável não provoque o enfraquecimento de defesa do direito de cada um”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 515). “Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”. (José Carlos Barbosa Moreira, Efetividade do processo e técnica processual, in *Temas de direito processual, 6ª série*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22).

15 Ensina-nos Hélio Tomaghi que o órgão judicial é responsável pela celeridade do processo, “mas sempre cuidando que não se nutilem as garantias, quer de observância do direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima sobre a sua presteza. É preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro, sem ser pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar rapidez e segurança”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 382).

16 Francesco Carnelutti, *Diritto processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 354.

17 Cf. Norberto Bobbio, *Diário de um século*, São Paulo: Campos, 1998, p. 243.

18 Donald Arnelin ensina-nos que “o direito processual europeu, apesar de portentosa produção científica que apresenta, não produziu, ainda, um sistema jurídico processual plenamente eficaz em termos do equacionamento da almejada harmonização entre segurança, rapidez e eficácia. Talvez o vezo cartesiano de partir de princípios para se chegar às soluções adequadas à *praxis* seja um dos responsáveis por essa situação. O certo, porém, é que o sistema processual anglo-americano, muito mais marcado pelo empirismo, apresenta melhores soluções nesse sentido, a despeito de não contar com a produção científica do direito europeu”. (*Tutela jurisdicional cautelar, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 126, jun. 1985).

feito civil se arrastasse por alguns anos, e levasse mais de dez anos, até decisão da Corte Suprema. Na Inglaterra, o descontentamento com a morosidade da Justiça civil é tamanha que, em abril de 1999, rompeu-se a multissecular tradição da *common law*, adotando-se um Código de Processo Civil, em vários traços assemelhados ao modelo continental europeu, com prazos bem fixados (e bem descumpridos). Nos Estados Unidos, há relatos de que, em muitos lugares, um feito de itinerário completo (até o *trial*) chega a durar, em média, na primeira instância, de três a cinco anos. Talvez por isso é que nesse país o fenômeno da *alternative dispute resolution* (ADR) tenha encontrado “máxima florescência”<sup>19</sup>. E, na França, para os casos cíveis, o procedimento médio, perante um tribunal de primeira instância, chega a 9 meses, ultrapassando os 15 meses, em grau de apelação. No mesmo país, há, ainda, tribunais mais lentos, que levam, em média, 21 meses para julgar em primeira instância (Pointe-à-Pitre), e outros, 20 meses para a apelação (Aix-en-Provence).<sup>20</sup>

No Brasil, não haveria de ser diferente.

Na justiça federal, seguramente a mais lenta do país, a lentidão dos processos é algo manifesto. No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mesmo se excluindo o tempo do processo em 1º grau, uma causa simples (previdenciária, por exemplo) leva de 2 a 4 anos para ser julgada. Causas mais complexas, chegam a levar 10 anos, só em 2º grau<sup>21</sup>. Na 3ª Região, apesar da inexistência de dados oficiais, identificamos um verdadeiro caos, quando se fala em tempo do processo, na segunda instância. Da análise de 7 processos recebidos desse Tribunal na Comarca de Patrocínio Paulista/SP (art. 109, § 3º, da Constituição Federal), no período compreendido entre 1998/2002, notamos que cada um deles, apesar de tratarem do mesmo assunto (previdenciário), tem duração absolutamente díspar. Há feitos que demoram cerca de 3 anos e 8 meses para receber julgamento em segundo grau, enquanto outros, em menos de ano, são julgados. Tomando-se em consideração 10 processos, constatou-se que o tempo médio de trâmite do feito, em segunda instância, na 3ª Região - da remessa até o recebimento em primeiro grau - é de aproximadamente 601 dias, mais ou menos 1 ano e 8 meses. A experiência prática está a demonstrar, ainda, que feitos de natureza tributária têm levado mais de 4 anos, para serem apreciados.

O quadro não é distinto na Justiça estadual. Em trabalho desbravador, posto inexistir, na época, registros obrigatórios no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os professores Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover<sup>22</sup> levantaram os dados referentes à duração média do processo civil em São Paulo, no período compreendido entre junho de 1986 e maio de 1989 (antes da Constituição Federal de 1988, portanto). Os dados da capital revelaram que, em 1986, a duração média do processo civil (excluída infância e juventude) era de 1 ano e 3 meses; em 1987, 2 anos e 20 dias; em 1988, 1 ano, 9 meses e 20 dias; e em 1989, 2 anos e 1 mês. No Interior, o processo era um pouco mais rápido: em 1986, sua duração média era de 1 ano, 2

19 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, ano 1, São Paulo, p. 73.

20 Cf. Jehanne Collard, *Vicimes: les oubliés de la justice*, Paris: 1997, p. 141 e ss., apud José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91. Nessa obra, o autor faz um interessante relato de casos ocorridos perante os tribunais franceses, onde os jurisdicionados sentiram na pele o amargor da lentidão judicial.

21 Fonte: Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

22 Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe, *Durata media dei processi di giurisdizione ordinaria nello stato di San Paolo del Brasile*, Separata *Legalità e Giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, n. 2-3, p. 329-338, 1992.

meses e 20 dias; em 1987, 1 ano, 5 meses e 23 dias; em 1988, 1 ano, 6 meses e 7 dias; e, finalmente, em 1989, 1 ano, 8 meses e 29 dias.<sup>23</sup>

A impressão inicial de justiça célere à época não passa aos olhos mais atentos. Quando se fala em duração média, deve se lembrar que há processos extintos inicialmente ou irrecorridos (de duração menor), bem como outros que chegam até as instâncias extraordinárias (de duração maior). Todos esses processos foram considerados, de modo que qualquer valor médio superior a um ano já é demasiado.

Atualmente, o quadro de lentidão na Justiça Estadual paulista é mais grave ainda. Salvo as exceções legais e regimentais, uma apelação cível no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aguarda de 2 a 3 anos só para ser distribuída<sup>24</sup>. Supondo-se que não haja recursos excepcionais (extraordinário e especial) e acrescentando-se o tempo em primeiro grau, numa análise otimista, parece-nos seguro que uma causa com recurso para o Tribunal de Justiça não se resolve, em São Paulo, em menos de 3 anos, isso sem sequer imaginarmos, nas ações condenatórias, que depois se dará início, ainda, a um processo de execução.

Somente na Justiça do Trabalho brasileira é que podemos encontrar alguns exemplos de processos que são solucionados rapidamente. No Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará), em 2001, a duração média do processo em segunda instância – da entrada até o julgamento – ficava em torno de 60 dias. Na 9ª Região (Paraná), 115 dias. Na 12ª Região (Santa Catarina), 163 dias, 56 dias para os procedimentos sumaríssimos. Na 13ª Região (Paraíba), 46 dias. Na 14ª Região (Rondônia), 121 dias e, na 20ª (Sergipe), 39 dias. Na 10ª Região (Distrito Federal), do ajuizamento em primeira instância até o julgamento em segunda, o prazo médio, em 2001, era de 150 dias (rito ordinário e sumaríssimo). Na 18ª Região (Goiás), o tempo total do processo, em 2001, sem contar o trânsito, era de 116 dias. Na 19ª (Alagoas), 367 dias, no total.

Essa falsa impressão de celeridade na Justiça laboral, contudo, não passa por uma análise mais atenta. A fase executiva do processo do trabalho, talvez por emprestar o regime executivo do Código de Processo Civil, é extremamente lenta. E os Tribunais Regionais do Trabalho supra citados, em sua maioria, são de Estados com baixa população e de pequeno desenvolvimento industrial, motivo pelo qual baixa a incidência, também, de reclamações. Se analisarmos os Estados com maior conflituosidade laboral, e até outros nem tão populosos assim, veremos que a morosidade também assola a Justiça do Trabalho. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) informa que uma reclamação trabalhista, do ajuizamento ao julgamento em segunda instância, leva, em média, 3,5 anos (2001). Na 4ª Região (Rio Grande do Sul), da autuação até julgamento, um recurso ordinário dura, em média, 468 dias (2001). Na 15ª Região (interior de SP), o prazo médio em segundo grau, da entrada até a lavratura do acórdão, em 2000, era de 335 dias, 279 em 2001. Na 17ª Região (Espírito Santo), 286 (ago. 2001). Na 21ª Região (Rio Grande do Norte), só em segundo grau, um feito trabalhista levava, em média, 476 dias para ser julgado.<sup>25</sup>

A lentidão dos processos judiciais, portanto, é uma característica ineliminável da

23 Projeto semelhante foi desenvolvido em 1988, pelos então desembargadores fluminenses José Carlos Barbosa Moreira e Felipe Augusto Miranda Rosa, que investigaram a duração dos processos na Comarca do Rio de Janeiro-RJ. Revelou-se que, em 2º grau, um feito levava, do recebimento no Tribunal, até publicação do acórdão, em média, 184 dias, se sumaríssimo (atual sumário), e 247, se ordinário. Numa análise do tempo total do processo – ajuizamento até julgamento em 2º grau – levantou-se que um feito de rito ordinário durava 757 dias, enquanto um de rito sumário, em média, 705 dias (*DOE* do Rio de Janeiro, 20 nov. 1990).

24 Fonte: DEPRO – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

25 Fonte: Os próprios tribunais declinados. Há relatos de que, excepcionando este quadro, apenas o TRT da 3ª Região (Minas Gerais), que apesar de atender a uma grande população, oferece tutela de boa qualidade temporal.

Justiça estatal contemporânea. Em alguns lugares, talvez porque falte uma vontade política em atenuar essa excessiva demora. Em outros, talvez, porque o Estado vem perdendo ou já perdeu essa batalha.

Pesquisa realizada recentemente pela CNT, em conjunto com a Vox Populi, revela que 89% das pessoas entrevistadas no Brasil consideram a justiça lenta<sup>26</sup>. No mesmo sentido, pesquisa realizada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, para quem 92% dos brasileiros consideram a lentidão o principal problema da justiça nacional.<sup>27</sup>

Em pesquisas setorizadas, índices maiores ainda são encontrados. Entre os empresários do país, 90,8% deles qualificam como *ruim* Judiciário nacional, no concernente à agilidade<sup>28</sup>. E 99,12% dos juizes federais brasileiros, em pesquisa realizada pelo Conselho de Justiça Federal, vêm no atributo lentidão o principal problema do Judiciário brasileiro.

Tudo está a evidenciar, portanto, que o dilema de ontem, entre segurança e a celeridade, hoje, deve ser repensado. *Segurança, sem dúvida, é indispensável. Mas, em benefício da rapidez das decisões, da prioridade que deve ser dada à celeridade dos processos, nada impede que algumas garantias sejam arranhadas.*<sup>29</sup>

### 3. A CELERIDADE COMO PRESSUPOSTO DE UM PROCESSO JUSTO

O escopo primordial do processo, analisado como instrumento de pacificação social, é a satisfação dos interesses das partes, a qual não é obtida se ele, como instituição, se prolonga demasiadamente no tempo. Para que o processo cumpra com eficácia o fim social para que concebido, propiciando não só satisfação jurídica, mas também efetiva, é preciso que se desenvolva em um período razoável.<sup>30</sup>

Com efeito, ao lado da efetividade do resultado, imperioso é também que a decisão do processo seja tempestiva. É inegável “que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória”, pois “um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador; na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão”<sup>31</sup>. Conforme se assinala diuturnamente, para que a justiça seja injusta, não é necessário que atue equivocadamente. Basta que não julgue quando deva.

No que se refere às partes, a intempestividade da tutela jurisdicional propicia indiscutível desigualdade social, pois a lentidão beneficia, no mais das vezes, a parte mais forte (rica), que pode esperar longos anos pela decisão. Um processo lento pode se tornar

26 Fonte: *O Globo*, Rio de Janeiro, de 7 abr. 1999. A pesquisa ainda revelou que 67% da população acredita que a Justiça só favorece os ricos, e 58% nela não confiam.

27 Fonte: *O Estado de S. Paulo*, 24 mar. 1999.

28 Fonte: IDESP.

29 Cf. Paulo César Pinheiro Cameiro, *Acesso à justiça - Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 81.

30 Cf. Cristina Riba Trepas, *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 16-17.

31 José Rogério Cruz e Tucci, Garantia do processo sem dilações indevidas, in José Rogério Cruz e Tucci (Org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 235-236.



uma perigosa arma na mão dos mais ricos, os quais, em posse de bens e rendas alheias, podem oferecer, em troca da pronta cessão, apenas parcela do indevidamente apropriado.

Como se isso já não fosse o bastante, a demora na obtenção da tutela sempre beneficia ao réu que não tem razão. A manutenção do direito demandado, no longo decorrer do processo, em poder daquele que está errado (em detrimento do verdadeiro tutelado pelo direito), representa, seguramente, o maior contra-senso do sistema. O réu que não tem razão lucra com a demora pois, além de permanecer indevidamente em poder da coisa, lhe colhe os frutos. Por isso, não poucos jurisdicionados buscam outros meios para a solução de seus litígios (heterocomposição extrajudicial), quando não renunciam aos seus próprios direitos, tudo a fim de evitar o dano maior que terão (material e emocional) com os longos anos de espera por uma decisão.<sup>32</sup>

Já no aspecto econômico, quanto mais lento o processo, maiores as incertezas. E quanto maiores as dúvidas, menores os investimentos no país. Sabido que organismos internacionais (Banco Mundial, BID) mensalmente divulgam índices de risco dos mais diversos países do mundo, principalmente os da América Latina. No cálculo desses índices, primordial é o “fator Judiciário”, analisado tanto sob o prisma da coerência da decisões, quanto sob o da tempestividade da tutela<sup>33</sup>.

Até no aspecto antagônico à celeridade, a segurança da decisão, o fator tempo é preponderante. Quanto mais tempo se passa entre o fato a ser apurado e a data do julgamento, menos condições tem o órgão julgador de solucionar com segurança e justiça o litígio. As circunstâncias do caso que se consomem, as modificações fáticas e jurídicas (conflito de leis no tempo) da controvérsia, tudo contribui para um menor grau de qualidade da tutela prestada intempestivamente.

Além disso, aquele que não vê reconhecido o seu direito em decorrência de um provimento injusto – e injusto considera-se, também, o provimento oferecido a destempo – passa a não crer mais na justiça. E, “na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social o que, evidentemente, não interessa ao Estado”.<sup>34</sup>

#### 4. A GARANTIDA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

Além de compreendida, para boa parte da doutrina internacional, entre os denominados direitos humanos, a garantia da tutela jurisdicional tempestiva encontra suporte, explícita ou implicitamente, dentro de um amplo conceito constitucional de acesso à justiça.<sup>35</sup>

De fato, tutela jurisdicional a destempo, ineficaz portanto, implica denegação da própria jurisdição, a qual constitui direito fundamental do homem, corolário do próprio Estado Democrático de Direito.<sup>36</sup>

32 Cf. Italo Andolina; Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Turim: Giappichelli, 1990, p. 88.

33 Cf. A babel da justiça, *Diálogos & Debates da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 29, set. 2002.

34 José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

35 Lúcida é a observação de Luiz Guilherme Marioni, para quem “o direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”. (*Tutela antecipada...*, cit., p. 18).

36 Cf. Clarissa Sampaio Silva, A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória, in *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, São Paulo: Livraria dos advogados, 1997, p. 185-188.

Parece-nos pertinente afirmar que a garantia constitucional de tutela jurisdicional é portadora, também, do direito à celeridade do processo<sup>37</sup>, de modo que ofertando-se tutela intempestiva, estar-se-á atentando contra o próprio conceito de jurisdição.

Seja como for, o fato é que diversos países, seja em seus ordenamentos internos, seja através de tratados internacionais, vêm assimilando que a própria proteção jurídica do direito é direito inalienável do ser humano. E, sendo direito humano, não pode ser mitigado através de uma proteção jurídica (prestação jurisdicional) imperfeita (ineficaz e/ou intempestiva).<sup>38</sup>

De acordo com o artigo 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, em 4.11.1950, e, posteriormente, ratificada por quase todos os países da Europa<sup>39</sup>, “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente *num prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida (...)” (grifo nosso).

Referido dispositivo, a par de mera disposição programática, pressupõe o compromisso de todos os Estados contratantes em adotar posturas políticas no sentido de que seus processos se desenvolvam dentro de uma margem temporal adequada<sup>40</sup>. Por isso, até os tempos atuais, se nota uma incisiva ação legislativa desses Estados, orientada a fixar os limites temporais das diversas atividades judiciais, ora tomando peremptórios os prazos processuais, ora estabelecendo critérios que devem presidir as decisões relativas ao tempo da demanda.<sup>41</sup>

A fim de garantir eficácia temporal ao processo - entre outras garantias contempladas na Convenção de Roma - foi criada uma jurisdição especial, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>42</sup>, órgão competente para o oferecimento de tutela jurisdicional supranacional aos direitos humanos.<sup>43</sup>

Tal Corte, na análise dos casos a ela submetidos, pode perfeitamente declarar violada a Convenção Européia dos Direitos Humanos, fixando, inclusive, reparação pecuniária ao ofendido, sob responsabilidade do Estado ofensor. Nesse sentido, basta mencionar que o artigo 41 da Convenção prevê que “se o Tribunal declara que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar as conseqüências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.”

Dados da própria Corte Européia revelam que o direito humano mais violado, conseqüentemente o mais tutelado, é o constante do artigo 6.1 da Convenção de Roma, ou seja, o direito a uma tempestiva tutela jurisdicional. Só para termos uma idéia, em 1999, dos

37 Italo Andolina; Giuseppe Vignera, *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*, cit., p. 90.

38 Em relação ao processo penal, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de Nova Iorque, aprovado pela Assembléa Geral da ONU em 19.12.1966, estabelece, em seu artigo 9.3, que “toda pessoa detida ou presa em razão de uma infração penal será levada sem demora a um juiz ou funcionário autorizado pela lei a exercer funções judiciais, e terá que ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade”.

39 Não ratificaram a referida convenção somente o Azerbaijão e a Armênia.

40 Cf. J. V. Gimeno Sendra, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid: Justicia, 1986, p. 395.

41 Cf. Cristina Riba Trepát, *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, cit., p. 53.

42 “Artigo 19 - A fim de assegurar o respeito do compromisso que resultam para as Altas Partes Contratantes da presente convenção e dos seus protocolos é criado um Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...).”

43 Para um levantamento completo da jurisprudência desta Corte: Cristina Riba Trepát, op. cit., p. 60-75.

177 casos apreciados pela Corte, 137 reclamavam de violação à referida garantia (77%). Desses 137, foi constatada violação em 83 deles (61%), sendo que, em outros 32 processos (23%), o Estado ofensor e o jurisdicionado se compuseram amigavelmente, sem oportunidade para que o Tribunal supranacional declarasse, ou não, violado o direito. Em apenas 7 casos apreciados (5%), decidiu a Corte não ter havido violação ao artigo 6.1 da Convenção, tendo, nos demais 15 processos analisados no período (11%), se declarado sem jurisdição, ou admitido ter sido apresentada a reclamação intempestivamente.<sup>44</sup>

Aliás, esses mesmos dados são capazes de revelar, ainda, como anda o sistema judiciário – e, conseqüentemente, o processo – nos diversos ordenamentos jurídicos europeus.

O campeão em reclamações por violação à garantia humana de tempestividade da tutela jurisdicional é o Estado italiano<sup>45</sup>. Dos 137 processos apreciados em 1999, 70 (51%) tinham no pólo passivo a Itália. Desses 70, em 46 deles (66%), foi constatada a violação, enquanto que, em outros 23 (33%), foi celebrado acordo com o jurisdicionado. Em nenhum caso apreciado foi constatada, pela Corte, a ausência de violação ao artigo 6.1 da Convenção.

Em segundo lugar, como maior violador da garantia de tempestividade da tutela jurisdicional, encontra-se a França, com 14 reclamações (10%), 11 acolhidas, uma encerrada através de acordo, uma desacolhida, e uma não apreciada.

Em terceiro lugar, a Turquia, com 8 reclamações julgadas (6%), em todas constatada a violação, seguida de Portugal, com 12 reclamações (9%), embora apenas 7 acolhidas, tendo as outras 5 sido solucionadas através de acordo. Na seqüência, ainda, se encontram reclamações contra o Reino Unido (7 reclamações, 5 acolhidas), Áustria (3 violações), Bélgica (2 reclamações, uma acolhida), Eslováquia (2 reclamações, uma acolhida), Romênia (uma violação), Alemanha (com 3 reclamações, 2 desacolhidas e uma arquivada), Espanha (com 2 reclamações, uma desacolhida e outra resolvida amigavelmente), entre outros.<sup>46</sup>

O que sobrelêva notar desses dados é que o número de reclamações perante a Corte Européia de Direitos Humanos, por violação ao disposto no artigo 6.1 da Convenção, é diretamente proporcional à importância que o Estado dá ao seu sistema judicial e à tutela do tempo do processo.

Veja-se, por exemplo, no topo da lista, a Itália. Detentora de um sistema legal (constitucional) que não tutela adequadamente o tempo no processo - prazos abertos, admissão de retorno a fases já superadas, regime de preclusões bastante tênue, rico sistema recursal - esse país, há mais de 10 anos, sofre seguidas condenações na Corte Européia, por violação ao direito à tutela jurisdicional em prazo razoável<sup>47</sup>. Só para se ter uma idéia, em

44 Fonte: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

45 Lamentando a lentidão do processo civil italiano, cf. Mauro Cappelletti, *Proceso, ideologías, sociedad*, tradução de Santiago Sentís Mellendo y Tomás e A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s. d., p. 549-550

46 Fonte: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

47 Seguramente, em resposta a essas seguidas condenações por ofensa ao disposto no artigo 60, 1, da Convenção de Roma, a última reforma do Código de Processo Civil italiano introduziu um sistema rígido de preclusões, tudo com vistas a abreviar o tempo do processo (José Rogério Cruz e Tucci, *Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro: contrastes e confrontos*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 841-868). Até a Constituição italiana, inspirada pelo propósito acelerador, a partir de 1999 passou a ter o seu art. 111 com a seguinte redação: “A jurisdição atua mediante um processo justo e regulado pela lei. Cada processo se desenvolve através do contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante um juízo estranho e imparcial. *A lei lhe assegurará uma duração razoável*” (tradução e grifos nossos). Além disso, o governo italiano tem buscado, cada vez mais, informatizar a prática processual no país, fazendo com que o processo se tome cada vez mais célere (Decreto do Ministério de Justiça, n. 123, de 13.2.2001).

juízo ocorrido em 25.6.1987, foi aberto importante precedente no âmbito europeu, condenando-se exatamente o Estado italiano, a indenizar um jurisdicionado seu (8.000 liras), em razão do dano moral sofrido pela indevida duração de seu processo.<sup>48</sup>

Por outro lado, na rabeira da lista, tem-se a Espanha, país cuja legislação interna e os tribunais locais tutelam adequadamente o tempo do processo.

De acordo com o artigo 24.2 da Constituição espanhola, de 1978, “todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, *a um processo público sem dilação indevida e com todas as garantias*” (grifo nosso).<sup>49</sup>

Interpretando referido dispositivo, o Tribunal Constitucional da Espanha, por diversas vezes, deixou assentado que a norma reconhece todo um elenco de direitos fundamentais que configuram as garantias básicas do processo judicial e administrativo, razão pela qual a violação desses preceitos implica em incontestável violação da própria Constituição.

Talvez por isso a referida Corte seja sensível aos reclamos por tempestividade na tutela jurisdicional. De 1981 a 1995, oito sentenças foram anuladas pelo Tribunal Constitucional, por contrárias ao artigo 24.2 da Constituição Espanhola, em que pese em nenhum deles ter sido fixada indenização para reparar economicamente o jurisdicionado lesado<sup>50</sup>, que, pelo entendimento da Corte, deve buscar autonomamente compensação.<sup>51</sup>

De qualquer forma, o impacto moral do reconhecimento, pela mais alta Corte espanhola, de uma tutela constitucional do tempo no processo, gera indiscutíveis reflexos práticos na ordem jurídica, pois a iniciação de um processo de amparo (semelhante a um mandado de segurança) por atraso judicial tem, no mínimo, o condão de alertar o órgão jurisdicional letárgico e, em consequência, conseguir a tutela esperada.

Outros ordenamentos europeus tutelam, ainda que em nível infraconstitucional, o tempo no processo. O Código de Processo Civil português, por exemplo, prevê, expressamente (art. 2-1) que “a proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, *em prazo razoável*, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar” (grifo nosso).

No nosso sistema não há, outrossim, um dispositivo expresso a proteger o direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. Apesar da Constituição Federal brasileira elencar como garantia fundamental o devido processo legal e a inafastabilidade do controle judicial dos atos em geral, inexistente no ordenamento jurídico interno garantia de um processo sem dilatações indevidas<sup>52</sup>.

48 Para acompanhar a tradução na íntegra do referido acórdão, ver José Rogério Cruz e Tucci, Dano moral decorrente da excessiva duração do processo, in *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 96-103.

49 O artigo 96.1 da Constituição Espanhola, de 27.12.1978, incorpora ao ordenamento jurídico interno a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de modo que a tutela do tempo do processo não necessitava merecer previsão expressa na Carta Constitucional.

50 Cf. Cristina Riba Trepal, op. cit., p. 158, que lamenta, ainda, ser pacífico na jurisprudência espanhola incumbir ao prejudicado a prova do dano sofrido pela intempestiva tutela jurisdicional (Idem, p. 178-179).

51 Nesse sentido, basta a invocação do artigo 121 da Constituição espanhola, a prever que “os danos causados por erros judiciais, assim como aqueles que sejam consequência do funcionamento anormal da Administração da Justiça, darão direito a uma indenização, a cargo do Estado, conforme a lei”.

52 O que pode durar pouco. Projeto de emenda constitucional já aprovado pela comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (PEC 29/2000) pretende acrescentar ao art. 5º da Constituição Federal um inciso de número LXXVIII com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo*, como direito público subjetivo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, sendo assegurado à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública prazos especiais, na forma da lei”.

Entretanto, apesar de silenciar nesse sentido, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal é claro ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (grifo nosso).

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 22.11.1969), por sua vez, integrado à ordem jurídica brasileira desde a edição do Decreto n. 678, de 06.11.1992, inclui entre as garantias judiciais a de um julgamento em prazo razoável. O artigo 8º, 1, preceitua que “toda pessoa tem direito a ser ouvida *com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável* por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seu direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista fiscal ou de qualquer outra natureza (...)”.<sup>53</sup>

Logo, não há mais dúvida de que, desde 6.11.1992, a garantia da tempestividade da tutela jurisdicional incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual *a duração excessiva de um processo configura ofensa à própria Constituição Federal (art. 5º, § 1º e 2º)*.

Em vista disto, não nos custas lembrar mais uma vez, principalmente aos legisladores e operadores jurídicos de um modo geral, que a garantia constitucional do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao Judiciário, mas sim uma autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo, é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo, a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais.<sup>54</sup>

O Brasil, até o presente momento, não formalizou reconhecimento à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que a proteção à garantia de tutela jurisdicional em prazo razoável deve ser buscada na ordem interna.

Diversamente da Espanha, contudo, a jurisprudência é omissa a respeito do tema. Não encontramos registros nas Cortes brasileiras de sequer uma demanda em que abordada a violação ao artigo 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto mais de casos em que concedida reparação ao jurisdicionado lesado pela lentidão no julgamento da causa. Como se a prerrogativa da independência da magistratura fosse escudo para eventual baixa produção, e sob o seu imaginário pretexto, recusam-se as Cortes brasileiras em reconhecer tanto a possibilidade de avocação, pelo Tribunal, dos autos indevidamente retidos (art. 198, CPC), quanto a responsabilidade civil do Estado pela tutela jurisdicional intempestiva (art. 37, § 6º, CF).<sup>55</sup>

53 No sentido da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico brasileiro, vejam-se os seguintes julgados: TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 88.736-5/São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Rel. Sérgio Pitombo - 8.2.1999 - v.u.; e STF - RT 748/152.

54 Cf. Francisco Ramos Mendez, *Derecho procesal civil*, 5. ed., Barcelona: Bosch, 1992, v. 1, p. 344 e ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória...*, cit., p. 18.

55 Cf. Francisco Fernandes de Araújo, Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça, Campinas: Copola, 1999; Joel Dias Figueira Júnior, *Responsabilidade civil do Estado-juiz*: Estado e juízes constitucionalmente responsáveis, Curitiba: Jurúá, 1995; Luis Soares Antonio Hentz, *Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*, São Paulo: Leud, 1995; Nicolò Trocker, La responsabilità del giudice, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 34, n. 4, p. 1.283, 1982; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 85, 1994.

Seja como for, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional é garantia constitucional (art. 5º, § 1º e 2º, CF). Por conseguinte, a violação de tal garantia, por ofender direito líquido e certo do jurisdicionado, dá ensejo à impetração de mandado de segurança contra a omissão judicial (art. 5º, LXIX, CF).

Infelizmente, a experiência prática nos mostra que tal tese nunca foi levada adiante.

## 5. O CONCEITO DE TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

Não parece ser estranho a ninguém que a crise do Judiciário e do processo tem como um de seus fundamentos a já demonstrada lentidão dos processos. Como parece ser presente a todos, também, que, tanto no Brasil, quanto em vários outros sistemas, há previsão, explícita ou implícita, constitucional ou não, do direito a uma tutela jurisdicional tempestiva (célere).

Contudo, até o presente momento não foi fixado, em nenhum dos ordenamentos jurídicos mencionados, um prazo razoável para a duração do processo, um lapso temporal que possa ser considerado ideal para que o procedimento transite, do começo ao fim, sem dilações indevidas.

A American Bar Association publicou, em época relativamente recente, e embasada em critérios aleatórios, o tempo tolerável de duração dos processos nos tribunais ordinários da justiça norte-americana. De acordo com a tabela de referida associação:

a) casos cíveis em geral: 90% devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;

b) casos cíveis sumários: processados perante juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias;

c) relações domésticas: 90% das pendências devem ser iniciadas e julgadas, ou encerradas de outro modo, no prazo de 30 dias; 98%, dentro de 6 meses e 100% em um ano.<sup>56</sup>

Já o conceito de prazo razoável para a Corte Européia dos Direitos Humanos foi criado pela jurisprudência internacional, à margem das regulações processuais de cada país. Trata-se de critério autônomo, abstrato, não prefixado, de modo que a violação deve ser analisada segundo as circunstâncias do caso em concreto. Quatro critérios devem nortear tal análise:

a) a complexidade do assunto (*complex litigation*);

b) o comportamento dos litigantes e de seu procuradores;

c) o comportamento do órgão jurisdicional;

d) a importância do objeto do processo para o recorrente (este, mais como critério de fixação do *quantum indenizatório*).<sup>57</sup>

No mesmo sentido caminha a doutrina constitucional espanhola<sup>58</sup> que, de maneira constante e uniforme, vem assinalando que não existe um direito constitucional a prazo certo

<sup>56</sup> José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas*, cit., p. 249.

<sup>57</sup> Cf. Cristina Riba Trepal, op. cit., p. 76-90.

<sup>58</sup> A Corte Constitucional espanhola se utiliza dos critérios do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para aferição da violação do direito à tutela jurisdicional tempestiva.

(*concepto jurídico indeterminado*), devendo, para a apreciação de eventual violação à garantia constitucional de um processo em tempo razoável (art. 24.2), ser analisadas, também, questões exógenas à própria demanda.<sup>59</sup>

Seja como for, parece-nos que fixar o lapso temporal aceitável do processo civil brasileiro, ou de qualquer outro país, exige, antes de tudo, a consciência de que, tanto quanto uma árvore para dar frutos, cada demanda tem seu tempo. Exatamente por isso que, nessa análise, fatores internos e externos a cada processo devem ser apreciados.

Em primeiro lugar, é necessário que a série de atos concatenados entre si que compõem o procedimento venha ordenada temporalmente, isto é, que haja prazos preestabelecidos, adequados para que cada um dos atos possa se realizar em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Quando se fala em prefixação de prazos, deve-se lembrar que talvez a maior garantia de que um processo seja solucionado em tempo razoável é exatamente *o cumprimento desses prazos*, os quais, por óbvio, não devem ser fixados em tempo maior nem menor do que o necessário.<sup>60</sup>

Em segundo lugar, indispensável que o procedimento transite de uma fase para outra, seja através de impulso oficial, seja por impulso das partes. De acordo com o artigo 262 do Código de Processo Civil brasileiro, “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”. Infelizmente, nosso sistema é extremamente rigoroso em relação aos prazos referentes às partes, e soberbamente permissivo em relação aos prazos que se referem ao órgão judicial (prazos impróprios), como se o culpado pelas delongas do processo, no mais das vezes, fossem as partes - sujeitas a rigoroso regime de preclusões - e não o órgão judicial.<sup>61</sup>

Finalmente, necessário que a estrutura temporal do processo determine uma duração razoável, em função da tutela que em cada caso se pretende, ou seja, que os atos a serem praticados e os seus prazos sejam fixados em vista das circunstâncias do direito a ser protegido. Há classes de litígios que, em razão de sua especialidade, ou da prova pré-constituída de uma das partes, exigem uma tutela mais célere, enquanto outras classes, por ausentes esses atributos, admitem uma resposta em lapso temporal mais prolongado.

Apesar deste não ser um conceito absolutamente seguro, a nosso ver, em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios como o nosso, o tempo ideal do processo é aquele resultante da somatória dos prazos fixados no Código de Processo Civil para o cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito dos autos<sup>62</sup>. Eventuais razões que levem a uma duração que exceda o prazo fixado previamente pelo legislador, com base no direito a ser protegido, deve se fundar em um interesse jurídico superior, que permita justificar o quebramento da previsão contida na norma processual<sup>63</sup>, no qual não se inclui a alegação de excesso de demandas.

59 O artigo 10.2 da Constituição espanhola converte as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em vetor interpretativo principal nas decisões nacionais sobre o mesmo assunto.

60 Em importante passagem de sua obra, Cristina Riba Trepal assevera que “não se pode permitir a obsolescência dos prazos fixados nas leis processuais, nem tampouco sua utilização meramente formalista, mas sim se deve exigir uma constante atenção à evolução jurídico-social, de modo que não resulte escandalosa a margem de diferença entre o tempo processual e o tempo real” (*La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, cit., p. 168 - tradução nossa).

61 Apesar disso, acreditamos que a estrutura judiciária brasileira ainda não permite a fixação de prazos peremptórios para o órgão judicial, cujo descumprimento levaria a sanções de ordem civil e/ou administrativa. As razões são inúmeras: falta de estrutura material do Judiciário, diminuição do número de interessados aos cargos de juizes, entre outras.

62 Francisco Ramos Mendez, *El Sistema Judicial Español*, 2. ed. Barcelona: Bosch, 1995, p. 109.

63 Cristina Riba Trepal, op. cit., p. 171 e 175.

Enfim, é tempestiva a tutela jurisdicional quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional.

#### 6. ABSTRACT:

*This article studies de temporal dimension of the process and the reflex in the conflict resolution. Shows large analysis of the actual temporal situation of the Brazilian and European systems, to conclude that all them adopt the principle of process without low duration.*

**Key words:** *Civil judicial proceeding. European proceeding. Procedural length. Tempestive judgment.*

#### 7. REFERÊNCIAS:

- ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed ezequione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1982.
- ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*, Turim: Giappichelli, 1990.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes. Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça, Campinas: Copola, 1999.
- ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional cautelar, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 111-138, jun. 1985.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual, in *Temas de direito processual, 6ª série*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29.
- . O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, ano 1, São Paulo, p. 71-84.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.
- BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*, São Paulo: Campos, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*, tradução de Santiago Sentis Mellendo y Tomás e A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, s. d..
- CARNEIRO, Paulo César. *Acesso à justiça - Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto processo*, Napoles: Morano, 1958.
- CRUZE TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- . Garantia do processo sem dilações indevidas, in José Rogério Cruz e Tucci (Org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 234-262.
- . Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro: contrastes e confrontos, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, P. 841-868.
- . Dano moral decorrente da excessiva duração do processo, in *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 96-103.



- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, 1994, p. 85-96.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-juiz: Estado e juízes constitucionalmente responsáveis*, Curitiba: Juruá, 1995
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 188-216.
- . A autocomposição como catalisadora da prestação jurisdicional. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 2, n. 4, 2001, p. 115-125.
- GELSI BIDART, Adolfo, El tiempo y el proceso, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul./set. 1981, p. 100-121.
- . Conciliación e proceso, in Cândido Rangel Dinamarco; Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe, *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 253-262.
- GIMENO SENDRA, J. V. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid: Justicia, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Durata media dei processi di giurisdizione ordinaria nello stato di San Paolo del Brasile, Separata *Legalità e Giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, n. 2-3, p. 329-338.
- HENTZ, Luis Soares Antonio. *Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*, São Paulo: Leud, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 19.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*, 5. ed., Barcelona: Bosch, 1992, v. 1.
- . *El Sistema Judicial Español*, 2. ed. Barcelona: Bosch, 1995, p. 109.
- RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona: Bosch, 1997.
- SILVA, Clarissa Sampaio. A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória, in *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, São Paulo: Livraria dos advogados, 1997.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1.
- TROCKER, Nicòlo. La responsabilit  del giudice, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 34, n. 4, p. 1.283, 1982, p. 1283-1322.
- VIGORITI, Vincenzo, Notas sobre o curso e a dura o do processo civil na Itália, tradu o de Teresa Celina de Arruda Alvim, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, jul./set. 1986, p. 142-148.
- . Costo e durata de processo civile: spunti per uma riflessione, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1996, p. 320-325.





# O ART. 21 DA LEI Nº 10826/03: UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Cristiane Godinho Pires\*  
Luciana Perpétuo Corrêa\*\*

## RESUMO:

O presente artigo enfatiza a interpretação conforme a Constituição do art. 21 da Lei nº 10.826/03, consubstanciada na presunção, *juris tantum*, da necessidade da custódia cautelar do agente, nos crimes de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso proibido (art. 16), de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e de tráfico internacional de arma de fogo (art. 18).

**Palavras-chave:** Artigo 21 da Lei nº 10.826/03; interpretação conforme a Constituição; presunção *juris tantum* do *periculum libertatis*; manutenção da prisão cautelar.

## Sumário:

1. Introdução – 2. Considerações preliminares – 3. As controvérsias sobre a constitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/03 – 3.1 Vício de forma – 3.2 Vícios de conteúdo – 3.2.1 O princípio da presunção de inocência – 3.2.2 Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade: necessária distinção – 3.2.2.1 Princípio da proporcionalidade – 3.2.2.1.1 Subprincípio da necessidade – 3.2.2.1.2 Subprincípio da idoneidade ou adequação – 3.2.2.1.3 Subprincípio da proporcionalidade estrito senso – 3.2.2.2 O princípio da razoabilidade – 4 O art. 21 do estatuto do desarmamento e sua interpretação conforme a constituição – 4.1 Máxima eficácia das normas constitucionais e a interpretação conforme a Constituição – 4.2 A teoria da presunção *juris tantum* do *periculum in libertatis* e sua aplicabilidade constitucional face ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento – 5. *Abstract* – 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo traçar linhas a respeito do tema e demonstrar a constitucionalidade do art. 21 da Lei 10.826/03<sup>1</sup>, face ao arcabouço principiológico, teleológico e sistemático, descrito no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

O pensamento básico da obra parte do alicerce de que, em princípio, todas as normas jurídicas são passíveis de interpretação, sendo esta, no dizer de Paulo Bonavides<sup>2</sup>, técnica necessária para se estabelecer o sentido válido de uma regra de direito, inexistindo norma jurídica que a dispense.

Inicialmente, propomo-nos a discorrer sobre as imperfeições principiológicas da norma em questão, aventadas pelos defensores da inconstitucionalidade do artigo em comento.

Em seguida, faremos uma breve análise do método de interpretação das normas jurídicas em conformidade com a Constituição, que vem a ser um sistema de interpretação que possibilita a escolha da melhor solução a ser adotada pelo intérprete, implicando no afastamento da linha que se apresente em choque com os valores da Constituição.

\* Bacharel em Direito e Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

\*\* Pós-graduada em direito público e Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

1 “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”

2 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 398.



Nessa linha de raciocínio, e após ampla leitura feita sobre as principais obras nacionais dedicadas ao tema, constatamos a possibilidade de um exercício hermenêutico que nos leve a concluir pela constitucionalidade da norma que veda a concessão de liberdade provisória para os autores de determinados crimes, eleitos pelo legislador ordinário no art. 21 do Estatuto do Desarmamento.

O tema ora apresentado foi escolhido por nos parecer dos mais oportunos, seja pela sua atualidade, seja pela carência de trabalhos voltados especificamente para esta matéria.

O público alvo desse trabalho são os estudiosos na área de direito penal e processual penal, bacharéis, advogados e profissionais militantes nas áreas, com o fim de auxiliar os profissionais na *praxis* jurídica.

O método utilizado no trabalho é o jurídico-dogmático. Saliente-se que a construção jurídica é interdisciplinar, abrangendo conhecimento nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Direito Comparado.

Enfim, esse trabalho advém de uma pesquisa aprofundada sobre o disposto no art. 21 da Lei 10.826/03, pretendendo demonstrar a Constitucionalidade do referido dispositivo.

## 2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O número de crimes cometidos com o emprego de armas de fogo aumentou significativamente nos últimos anos.

Os criminosos criaram formas organizadas e disciplinadas para o cometimento de delitos. É de verificar que a divisão de tarefas, intercâmbio de armas de fogo, situação social precária e caótica, o arcabouço jurídico e técnico das gangues têm contribuído para o crescimento das organizações criminosas.

Convém ressaltar que a fragilidade das autoridades públicas no combate ao crime organizado e à violência, implicou no armamento da população idônea, ainda que de modo clandestino.

Diante disso a indústria das armas aumentou porque, além de fornecer armas para os criminosos habituais, também o faz para os cidadãos de idoneidade moral.

O Estatuto do Desarmamento foi uma resposta do governo brasileiro à população, com o fim de diminuir a violência nos grandes centros. Por conseguinte, diversamente das outras leis que nasceram de um projeto, acompanhado de uma exposição de motivos, a Lei 10.826/03 adveio de uma série de debates a respeito do desarmamento da população e da violência nos grandes centros, com realização de inúmeros dossiês e, por fim, a criação efetiva do instituto legal.

Depois de acirrada discussão no Congresso Nacional, em 22 de dezembro de 2003, foi criada a Lei nº 10.826, publicada no Diário Oficial da União em 23 de dezembro daquele mesmo ano e acolhida em nosso ordenamento como “Estatuto do Desarmamento”.

A Lei foi gerada com o propósito de conter a criminalidade violenta e diminuir o número de vítimas de mortes hostis ligadas ao uso de armas de fogo.

Para a consecução dos seus objetivos, o novo diploma legal procurou regulamentar a posse, o porte e o comércio de armas de fogo, acessórios e munições no território nacional.

Além disso, criou condutas típicas, prescreveu penas mais rigorosas à determinados comportamentos e estabeleceu novas exigências, com o fim de desestimular a população a adquirir armas.

Registre-se, ainda, que o Estatuto, visando desarmar a população, estabeleceu um período de anistia, com o fim de que os possuidores entregassem suas armas, mediante o recebimento de quantia indenizatória, ainda que a arma estivesse em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Vale lembrar que a Lei 10.826/03 determinou algumas hipóteses de inafiançabilidade (parágrafos únicos dos arts. 14<sup>3</sup> e 15<sup>4</sup>) e vedou a liberdade provisória para alguns casos (arts. 16<sup>5</sup>, 17<sup>6</sup> e 18<sup>7</sup>, c/c art. 21), com o fim de assegurar a garantia da ordem pública. Outro lado, estabeleceu também, causa especial de aumento de pena em face de determinadas circunstâncias (arts. 19 e 20).

Cuidou, ainda, de prever a realização de referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005, para a aprovação do disposto no seu art. 35, que versa sobre a proibição da comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, exceto para as entidades destacadas em seu art. 6º.

Contudo, com a promulgação da Lei nº 10.826, ergueu-se a discussão a respeito da constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, em especial, o previsto no art. 21, que veda a concessão de liberdade provisória nos crimes de porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso proibido (art. 16), de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e de tráfico internacional de arma de fogo (art. 18) e que será, doravante, o objeto do nosso estudo.

### **3. AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 21 DA LEI 10.826/03**

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar que a celeuma em torno do art. 21, assim como todas as inovações que penetram no campo do Direito Penal – por ser este muito próximo do

---

3 “Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.”

4 “Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.”

5 “Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.”

6 “Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.”

7 “Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

Direito Constitucional – se dissipam em duas vertentes que pelejam, ambas, pela sua inconstitucionalidade: a primeira, relacionada à forma, e que diz respeito aos limites da competência do legislador ordinário para vedar a liberdade provisória de forma genérica e abstrata; e a segunda, relacionada ao conteúdo dessa mesma regra, que se mostraria em dissonância com as normas gerais do Código Penal, ferindo os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade e, ainda, o princípio da presunção de inocência.

### 3.1 Vício de forma

No que tange ao art. 21 da Lei 10.826/03, ressurgiu a discussão aos moldes do que se propôs quando do advento da Lei nº 8.072/90, no tocante aos limites da competência do legislador infraconstitucional.

Aduz-se sobre a legitimidade do legislador ordinário em limitar o direito de liberdade constitucionalmente previsto, vedando a concessão de liberdade provisória por lei infraconstitucional.

A controvérsia merece ser superada pelos mesmos argumentos avançados face aos crimes hediondos, restando demonstrada a ausência de qualquer revés constitucional.

Essa conclusão encontra fundamento na própria Constituição, especificamente no disposto no art. 5.º, inciso LXVI, que prevê que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*.

É de ser relevado que a Carta Magna Brasileira deixou ao alvedrio do legislador infraconstitucional legislar sobre a possibilidade ou não de se conceder a liberdade provisória, conforme dispõe o já mencionado art. 5º, inciso LXVI. Nesse sentido, aludiu o ilustre doutrinador Celso Ribeiro Bastos em sua obra *Comentários à Constituição do Brasil*:

*A Constituição diz que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória’. A garantia constitucional aí encerrada é uma tanto relativa, porque a sua extensão concreta vai depender da própria atuação da lei ao definir quando admite a liberdade provisória.* (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 302).

No mesmo caminho, Ricardo Cunha Chimentí, em sua obra *Apontamentos de Direito Constitucional*, também se manifesta que não ofende a Carta Magna lei infraconstitucional inadmitindo a liberdade provisória. Senão vejamos:

*O art. 5º, inciso LXVI dispõe que ‘ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.’ Vale dizer: a Constituição admite que a lei infraconstitucional estabeleça os casos em que cabe ou não liberdade provisória, acompanhada ou não da fiança, embora a própria Constituição estabeleça que alguns crimes são inafiançáveis (incisos XLIII e XLIV).* (CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003).

O Excelso Pretório tem se manifestado de maneira reiterada no sentido de que não fere à Constituição da República Federativa do Brasil o fato da lei dos crimes hediondos vedar a liberdade provisória em seu art. 2º, inciso I, da Lei 8072/90. Senão vejamos:

VEDAÇÃO, LIBERDADE PROVISÓRIA, RÉU, PRÁTICA, CRIME HEDIONDO, TRÁFICO DE ENTORPECENTE // JUÍZO, PRIMEIRO GRAU, DEFERIMENTO, PEDIDO, DEFESA, LIBERDADE PROVISÓRIA, CONFIRMAÇÃO, TRIBUNAL LOCAL / RESTABELECIMENTO, PRISÃO PROVISÓRIA, (STJ), FUNDAMENTO, LEI CRIMES HEDIONDOS, IMPOSSIBILIDADE, CONCESSÃO, LIBERDADE PROVISÓRIA // (STF), ENTENDIMENTO, CONSTITUCIONALIDADE, LEI. Voto unânime e provido. *É incabível a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos (Lei 8.072/90, art. 2º, II). Com base nesse entendimento, a Turma manteve decisão proferida pelo STJ que restabelecera a prisão do paciente - preso em flagrante e denunciado pela prática de homicídio duplamente qualificado - por entender que a proibição da liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante por tais delitos decorre da sua inafiançabilidade, prevista constitucionalmente (art. 5º, XLIII, CF). Salientou-se, ademais, que, não tendo a Constituição permitido a fiança, tampouco seria admissível a concessão de liberdade provisória sem fiança. (CF, art. 5º, XLIII - “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça o anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”); Precedentes citados: HC 72820/SP (DJU de 14.3.97), HC 82316/PR (DJU de 9.5.2003). HC 83468/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 11.11.2003. (HC-83468) (STF - RE 240782 / MA; RECURSO EXTRAORDINÁRIO 2001/02049-01, Rel. Ministro NÉRI DA SILVEIRA DJ-26-10-01 p. 00063).*

Essa posição é a predominante no Supremo Tribunal Federal e também já foi abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça.

PENAL. PROCESSUAL. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. RECURSO PREJUDICADO. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. TORTURA. EXAME DE PROVAS. LEI 8072/90. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. “HABEAS CORPUS”. RECURSO. *O texto da lei ordinária não afronta a Carta Magna. ACF, art. 5º, LXVI, assegura o benefício da liberdade provisória somente nos casos em que admitidos por lei.* (STJ - RHC 9786 / CE; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2000/0022296-8, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL DJ05.06.2000 p.00183).

PROCESSUAL PENAL. CRIME HEDIONDO. TRAFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. *A vedação contida no inciso II do art. 2º da lei 8.072/90, sobre concessão de fiança e liberdade provisória aos denunciados pela prática de crimes hediondos, não apresenta vício de inconstitucionalidade por se tratar de benefício cuja regulamentação ou admissão é deferida pela Constituição Federal à lei ordinária (art. 5º, LXVI).* (STJ - RHC 5180 / SP; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1995/0071175-3 - Rel. Ministro ASSIS TOLEDO - DJ01.04.1996 P.09921).

Ante o exposto, vislumbra-se que se trata de entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que o legislador ordinário possui legitimidade constitucional para regulamentar as hipóteses de concessão ou não de liberdade provisória por lei infraconstitucional.

## 3.2 Vícios de conteúdo

### 3.2.1 O princípio da presunção de inocência

Quanto aos alegados vícios de conteúdo do art. 21 do Estatuto do Desarmamento, a primeira discussão que se eleva é a que questiona a inobservância do princípio da presunção de inocência, pelo qual *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (Constituição da República, art. 5º, inciso LVII).

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal e tutela da liberdade individual.

Muitos daqueles que contemplam a mácula a esse preceito constitucional, motivam seu convencimento explanando que a vedação abstrata da liberdade provisória implicaria numa antecipação do provimento jurisdicional final, partindo-se do pressuposto de que o agente será condenado. Seus expoentes alicerçam essa tese nos ensinamentos do ilustre Fernando Tourinho Filho, segundo o qual *“a prisão processual não pode significar antecipação de pena, pois somente o provimento jurisdicional definitivo é fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena”* (TOURINHO FILHO, Fernando. **Prática de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 365).

Entretanto, dessa afirmação não se pode extrair a conclusão de que a única forma de prisão admitida em nosso ordenamento jurídico é aquela decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado, porque a própria Constituição faz referência à prisão cautelar em seu art. 5º, inciso LXI.

Quando há a ocorrência de um ilícito penal, há dois interesses em jogo, ambos igualmente merecedores de cuidado e proteção: o interesse público e o privado. O interesse público se consubstancia na adoção de medidas de coerção pessoal, visando a garantia da realização da justiça. Já o interesse privado, se configura na preservação do estado natural do acusado, *status libertatis*, até a obtenção do provimento final.

Todavia, ao conciliar o interesse privado com o público, por ser este mais relevante, a liberdade individual, antes da sentença definitiva, somente poderá ser assegurada quando não comprometer a realização do direito e a segurança da sociedade. Daí porque a prisão, antes do provimento condenatório definitivo, é uma segregação provisória, um instrumento que busca garantir os fins e os meios do processo penal.

A respeito da instrumentalidade da prisão processual, escreveu José Frederico Marques:

*Sendo uma providência cautelar; a prisão provisória tem como uma de suas características principais a instrumentalidade, denominada ‘instrumentalidade hipotética e qualificada’, ou de segundo grau; hipotética, porque o resultado que pretende garantir, por ser futuro, é incerto; qualificada, porque tutela, instrumentalmente, a função jurisdicional, que, a seu turno, constitui também, meio e modo para a realização do Direito.* (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 14. *lrx*. BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. pg. 11).

Não há dúvidas de que a prisão cautelar não é pena antecipada. O que acontece é



que, pelos seus efeitos, com esta se confunde, divergindo, entretanto, no que diz respeito aos seus pressupostos. Ambas mostram-se aptas a cercar o direito de liberdade do indivíduo, no entanto, sendo de natureza meramente processual e com o objetivo de assegurar a paz social, a prisão cautelar não diz respeito ao reconhecimento da culpabilidade, e não demonstra o caráter punitivo-retributivo da sanção penal.

Essa também é a lição de Afrânio Silva Jardim, que dispôs que *“a prisão cautelar não parte da presunção de culpa, mas tutela os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora definitiva da prestação jurisdicional”* (JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992).

No mesmo sentido, é o entendimento do Ministro Jesus Costa Lima que, após colacionar orientação traçada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça exarado na Súmula nº 09<sup>8</sup>, escreveu:

*A Constituição, em momento algum, proíbe a prisão processual: a decorrente de flagrante, de pronúncia, de sentença condenatória recorrível ou de decreto preventivo. (...) De tal modo, inexistente incompatibilidade entre a garantia constitucional da presunção de inocência e as formas de prisão previstas na legislação processual penal* (LIMA, Jesus Costa. **Comentários às Súmulas do STJ**, Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1993, p. 83).

Nessa vereda, o insigne mestre Fernando Capez, em sua obra *Curso de Processo Penal*, alude que:

*O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento processual, como presunção legal relativa de não –culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso processual penal, como paradigma de tratamento do imputado.* (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39).

Sobressai-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência consubstanciou uma nova leitura dos dispositivos pertinentes às medidas acautelatórias restritivas de liberdade.

O indiciado que tiver aplicada a medida cautelar restritiva de liberdade, tendo em vista a presunção de inocência, terá a garantia de ordem escrita e fundamentada em expressa previsão legal por autoridade competente.

Por todo o exposto é de opinião unívoca que não ofende o princípio da presunção de inocência a manutenção das prisões provisórias.

### **3.2.2 Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade: necessária distinção**

Restando tal estigma ao desamparo, subsiste, ainda, a discussão sobre a ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Num primeiro momento, faz-se necessário anotar que, em diversas oportunidades,

---

<sup>8</sup> Súmula nº 09/STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

doutrina e jurisprudência utilizam os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” de forma indistinta, como sendo postulados normativos aplicativos necessários à harmonização prática de direitos fundamentais em antagonismo.

Em nossa concepção, não se trata, a questão, de uma mera imprecisão terminológica, mas da necessária noção de distinção entre o método envolvido na aplicação de cada um dos princípios.

Assim como no dizer de Humberto Ávila, *“o problema não está em tratar fenômenos diferentes mediante o emprego de um só termo, mas em não perceber, por meio da mesma denominação, a existência de fenômenos distintos a explicar”* (ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, vol. I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de outubro de 2004).

É certo que os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, chegando José Afonso da Silva a adotar a expressão “proporcionalidade razoável” em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, e até mesmo o STF identifica a proporcionalidade com a razoabilidade.

Na Alemanha os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são sinônimos, porque quando o legislador comete um excesso, conseqüentemente a medida deixa de ser adequada e necessária. Assim, além de não ser razoável, também é desproporcional.

A doutrina alemã determinou a decomposição do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O insigne mestre Paulo Bonavides<sup>9</sup> também subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: pertinência ou aptidão, necessidade e proporcionalidade estrito senso.

O subprincípio da adequação analisa se os meios empregados são aptos a atingir os resultados pretendidos pelo legislador. A necessidade ou exigibilidade exige que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa para atingir determinado resultado. Já a proporcionalidade em sentido estrito, denomina-se também como mandado de ponderação, devendo-se analisar a relação custo-benefício da norma avaliada.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes distingue os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, explanando que:

*O termo razoabilidade – muito presente nos ordenamentos norte-americano e italiano – qualifica tudo o que for considerado conforme a razão. Ele enseja uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, traduzindo aquilo que não é absurdo, ou apenas o que é admissível. Sustenta-se, inclusive, que para o senso comum, o que é proporcional também é razoável, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro, além de se constatar que em muitas utilizações do termo razoabilidade ao que se está fazendo referência é aos princípios da necessidade e idoneidade, subprincípios da proporcionalidade.* (GOMES,

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 360/361.

Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38, grifo nosso).

Vale salientar, ainda, a distinção entre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, em consonância com os escólios de Mariângela de Magalhães, realizada pelo insigne autor Humberto Ávila<sup>10</sup> que, resumidamente, determina que a aferição da proporcionalidade se pronuncia da análise de um “*bem jurídico protegido por um princípio constitucional e a medida relativamente a um fim*”, tratando-se de um “*exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida, etc.) especificamente em função da medida adotada*”, enquanto que o ajuste da razoabilidade exurge de um “*exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual*”.

Para fins conceituais e por razões de didática, esse trabalho adotará a distinção realizada por Humberto Ávila, respaldada, também, em estudos aprofundados sobre o tema, como a obra citada de Mariângela de Magalhães.

### 3.2.2.1 Princípio da proporcionalidade

A compreensão do direito como “justa medida” ou proporção, tem raízes na filosófica clássica da Antiguidade.

Inicialmente, a idéia de proporcionalidade adstringia-se ao Direito Penal, com a obra de Beccaria.

A partir do século XIX, o princípio da proporcionalidade atingiu o Direito Administrativo, onde passa a ser concebido como medida para as limitações administrativas da liberdade individual. A França foi precursora na área administrativa, por meio da jurisprudência *Conséil D’État*, a partir dos julgamentos do *recours pour excès de pouvoir* (instrumento através do qual o cidadão poderia questionar as decisões administrativas). Após, o país desenvolveu este princípio em sede constitucional.

O primeiro país que desenvolveu o princípio da proporcionalidade em sede constitucional foi a Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista. A preocupação da Corte Constitucional com os excessos cometidos fê-los inserir na Carta Fundamental o princípio da proporcionalidade. Outros países europeus acolheram o princípio da proporcionalidade, como a Itália – onde o princípio é chamado de razoabilidade (*ragionevolezza*). Portugal que abrigou explicitamente no art. 18.2 da sua Constituição de 1976, e a Espanha, onde a jurisprudência lhe tem conferido ampla guarida.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade ou “proibição de excesso” foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, destacando-se que, a despeito de não haver no Brasil norma constitucional que o consagre expressamente, o mesmo deriva da própria essência dos direitos fundamentais, e uma visão sistemática da Constituição permite-nos auferir sua existência de forma implícita, como sendo um dos pilares de sustentação da ordem jurídica.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, n° 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de outubro de 2004.

O princípio em comento apresenta-se através da coexistência de três requisitos, que terminaram por ser considerados como três subprincípios, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

### 3.2.2.1.1 Subprincípio da necessidade

Por esse subprincípio, deve-se analisar se a medida tomada é necessária à repressão de determinada conduta.

No direito penal a necessidade é vislumbrada pelo princípio da intervenção mínima que dispõe que somente se protegem os bens jurídicos mais relevantes e a pena cominada é proporcional ao bem jurídico protegido.

A necessidade é muito discutida nas ciências criminais, vez que constantemente entra em conflito a liberdade do indivíduo e a segurança da sociedade.

*No direito penal, o princípio da necessidade funda-se na exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade. Parte-se do pressuposto de que o instrumento penal consiste numa “faca de dois gumes”, onde a proteção do bem jurídico, por um lado, impõe a correlata ameaça à liberdade dos destinatários da norma por outro. Assim, já na análise de quais bens ou interesses são aptos a receberem a tutela penal, cabe a o legislador realizar um juízo de ponderação, a fim de aferir quais bens, e perante quais situações, merecem receber uma tutela que autorize a mais dura intervenção na vida dos cidadãos, que consiste na imposição de uma pena criminal.* (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83).

### 3.2.2.1.2 Subprincípio da idoneidade ou adequação

Esse subprincípio demonstra se a qualidade do meio utilizado é adequada para atingir os fins, ou seja, verifica se o meio era adequado e razoável.

O importante ao se analisar a lei não é saber o que está correto, mas se há uma intenção e o meio é apto a alcançar determinado resultado. Ainda que o resultado não seja alcançado, a simples intenção, razoabilidade e aptidão já preenchem o requisito.

O que se vislumbra para analisar se o subprincípio da adequação foi alcançado é a verificação de que o meio utilizado é idôneo para atingir o fim desejado.

No Direito Penal é muito discutido esse subprincípio em relação à pena cominada. Vislumbra-se se a pena cominada é adequada para atingir os fins de prevenção e repressão.

Há duas linhas de pensamento no direito penal: a linha conservadora e a linha do direito penal mínimo.

A linha mais conservadora expõe que a pena deve ser aumentada, para que seja apta a coibir a prática do delito pelo condenado e outros na sociedade.

A corrente doutrinária que apregoa o direito penal mínimo já preceitua que majorar a pena apenas contribui para inflacionar o sistema penitenciário, nada adiantando para coibir a

criminalidade.

Independentemente de quem esteja com a razão, o que se analisa neste subprincípio é a aptidão ou adequação dos meios utilizados.

### 3.2.2.1.3 Subprincípio da proporcionalidade estrito senso

O princípio da proporcionalidade indica se os meios utilizados guardam relação quantitativa com os fins colimados.

Ocorre que no Direito Penal o princípio da proporcionalidade estrito senso é relativizado, porque há circunstâncias que serão analisadas pelo juiz no caso concreto ao aplicar a pena, como personalidade do agente, circunstâncias em que ocorreu o crime e outras. Assim, a análise objetiva de obediência da lei penal ao princípio da proporcionalidade não se verifica somente no plano abstrato.

A aplicação da lei ao caso concreto deixa ao julgador várias opções a serem tomadas, mediante análise de requisitos subjetivos apostos no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a personalidade do agente.

Luigi Gerraoli alude que:

*É tarefa legislativa, então, atribuir ao desvalor do delito a quantidade de pena suficiente para que, com ela, sejam alcançados os objetivos penais de prevenção e tutela. Contudo, observa-se, em primeiro lugar, o fato de que os bens jurídicos penalmente relevantes não possuem ontologicamente um valor fundado na “natureza das coisas”, de onde se afere a primeira dificuldade da tese delituosa; a seguir, a diferença da natureza dos crimes e das penas impõe, igualmente, a inexistência de critérios naturais capazes de indicar a pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade, para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada para cada crime* (GERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. Roma- Bari Laterza, 1996, p. 391/392, *in* GOMES. Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.181)

Portanto, é com base numa avaliação dessa tripla dimensão que o aplicador do direito deve balizar a sua atuação quando da verificação da constitucionalidade da norma.

Os direitos e garantias individuais, consagrados no art. 5º da Constituição da República, não podem ser transformados num anteparo às práticas delitivas. Eles são, portanto, limitados e atingem seu extremo nos demais direitos igualmente eleitos pela Carta Magna.

Dessa forma, quando os direitos ou garantias fundamentais estiverem em antagonismo, o intérprete do direito deve coordená-los, de forma harmônica, evitando, sempre, a supressão total de um deles, realizando uma redução proporcional do alcance de cada qual, até a obtenção do verdadeiro significado de uma norma, hamonizando-a com sua finalidade precípua.

Afigura-se, pois, a possibilidade de que, dentro do critério da proporcionalidade, os direitos fundamentais possam ser limitados pelo operador do direito, desde que essa limitação seja para conceder maior efetividade a outro direito fundamental.

Nas hipóteses do art. 21, coube ao legislador definir a prevalência da segurança pública (aqui englobando a segurança jurídica, que é a eficácia da prestação jurisdicional penal) sobre a liberdade individual, estabelecendo que, em certos delitos de maior gravidade, mister a custódia cautelar do indiciado até o final do processo.

A necessidade abstrata do encarceramento prévio legitima-se quando confrontada, proporcionalmente, com a gravidade do delito, sugerindo que a intranquilidade social causada pela ação e, sobretudo, o perigo de prosseguimento da incursão criminosa, configura, sempre, um risco à segurança pública.

No Direito Penal Brasileiro o princípio da proporcionalidade impõe-se ao legislador ordinário, principalmente, no tocante à imposição de penas em abstrato.

No tocante à análise da pena *in abstracto*, os estudiosos têm perquirido sobre proporcionalidade da medida, vez que poderia o acusado, diante da pena cominada cumprir a reprimenda em regime aberto ou ter sua pena substituída por restritiva de direitos.

Inicialmente há de se ressaltar que, para que o réu cumpra a reprimenda em regime aberto, necessário que a pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, não seja reincidente e as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal admitirem, nos termos do art. 33 do Código Penal Brasileiro.

Tenha-se presente, o disposto no art. 59 do Código Penal Brasileiro:

Art. 59- O juiz deverá atender a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, vem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Assinale que presentes as circunstâncias objetivas, o juiz decidirá sobre o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Como se pode notar, o legislador entendeu que os artigos 16, 17 e 18, do Estatuto do Desarmamento, consubstanciavam crimes extremamente graves, devendo a reprimenda ser maior. Conseqüentemente, no plano abstrato, não seria viável ao juiz estabelecer um regime de cumprimento de pena mais brando que, no mínimo, o semi-aberto.

No tocante à substituição da pena, cumpre ressaltar, que deve preencher também os requisitos elencados no art. 59, supramencionado. Assim, com o fulcro nas mesmas considerações feitas, na última análise, conclui-se que *in abstracto* não caberá nos casos do art. 21 da Lei 10.826/03 a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

### 3.2.2.2 O princípio da razoabilidade

A origem do princípio da razoabilidade nos reporta à Inglaterra do início do séc. XIII, particularmente à cláusula do *law of the lands*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento

que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo.

Por essa cláusula, ficou estabelecido que:

*Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país.*

Mais adiante, seus efeitos se potencializaram com a instituição da garantia do *due process of law* que, incorporada à Constituição norte-americana, tornou-se fonte da expressiva jurisprudência da Suprema Corte nos Estados Unidos ao longo dos dois últimos séculos.

O princípio do devido processo legal pode ser dividido em três fases. A primeira se estendeu até o final do século XIX, na qual atribuiu-se à cláusula um significado meramente processual (*procedural due process*), abrangendo o contraditório, ampla defesa, provas, ou seja, o direito adjetivo. A segunda fase deu-se ao final do século XIX, a partir de uma visão sacralizadora dos princípios do liberalismo econômico (*substantive due process*), como meio de assegurar a propriedade e do *laissez faire laissez passer*.

Após a queda da bolsa de Nova Iorque, em 1929, o princípio do devido processo legal foi revisto. A partir do final da década de 30, o devido processo legal passou a assegurar os direitos fundamentais consagrados na *Bill of Rights* – carta de direitos inserida nas 10 primeiras emendas à Constituição americana. A partir daí o devido processo legal passou a ser instrumento de defesa dos direitos constitucionais do cidadão norte-americano diante dos caprichos do legislador. O exercício jurisdicional do devido processo legal nesta concepção deu origem ao princípio da razoabilidade.

Na Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade não foi epigrafado, o que não significa que foi afastado do sistema constitucional pátrio. Da análise da nossa Constituição, depreende-se que o princípio da razoabilidade pode ser auferido, implicitamente, em vários dispositivos. Inspirada no modelo norte-americano, a Constituição da República dispôs, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Deste enunciado surgiram várias outras implicações, principalmente no que diz respeito à processualística penal, como, *verbi in gratia*, o brocardo latino que prescreve que *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Durante a aferição da razoabilidade da norma, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o que vislumbramos é a ponderação das conseqüências, de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, levando-se em consideração as condições pessoais e individuais do agente.

Lado outro, a análise desses requisitos subjetivos não prescinde da chancela do Poder Judiciário, assim como a aferição da proporcionalidade da norma, distinguindo-se tão somente em função do momento em que o controle judicial do ato ocorre. Portanto, é frente ao caso concreto, que o ajuste principiológico da razoabilidade da norma se assevera.

Deste modo, toda vez que o magistrado recebe um pedido de liberdade provisória, deve ele decidir em sentido conducente ao resultado mais razoável, valendo-se dos critérios da **necessidade** da medida; **idoneidade** ou **adequação** da mesma em cada caso concreto

(razoabilidade) e pautando-se na **ponderação dos bens em conflito** (proporcionalidade em sentido estrito).

Com base nessas conclusões, aparece-nos outra questão polêmica em relação à constitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/03. Ela diz respeito às possibilidades de aplicação do regime inicial aberto, no caso dos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18, do Estatuto do Desarmamento, sendo o réu primário (art. 33, § 2º, alínea “c”), e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 43 e seguintes do Código Penal.

Nesta senda, o comando do art. 21, traria o seguinte embaraço: ao mesmo tempo em que impede o agente incurso nas sanções dos art. 16, 17 e 18 de responder ao processo criminal em liberdade, permite ao magistrado, quando da prestação jurisdicional final, a adoção do regime aberto, desde que a condenação não ultrapasse a quatro anos e o condenado não seja reincidente ou, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 44, incisos I, II e III, do CP), o que resultaria na inconstitucionalidade da norma por desrespeito ao princípio da razoabilidade.

Com efeito, há que se observar que a ocorrência de tais situações depende da análise do caso concreto, o que se coaduna com o entendimento aqui estabelecido, quanto ao momento de aferição da razoabilidade da norma.

Manifestamente, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, depende da observância dos critérios judiciais estabelecidos no art. 59 do Código Penal, que aludem à culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, motivos, circunstância e conseqüências do crime, entre outros, e que aliados ao princípio da razoabilidade e lesividade do bem jurídico fundamentam o convencimento do juiz.

O mesmo ocorre na substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pelo que, na prognose da suficiência da substituição, são avaliadas a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do fato, considerando-se, ainda, os demais elementos do art. 59 do Código Penal, tais como comportamento da vítima e as conseqüências do crime.

De tal sorte que, para a adoção de tais benefícios, não basta somente o atendimento à prevenção especial, havendo outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que só poderão ser efetivamente considerados ao final da instrução processual.

Então, ergue-se a questão: a possibilidade de concessão, ou não, da liberdade provisória poderia ficar adstrita ao comando genérico de determinado artigo de lei? Ou melhor, a proibição geral ordenada pelo art. 21 da Lei nº 10.826/03 seria francamente desconexa e incoerente com nosso arcabouço jurídico?

Num primeiro momento, e em resposta, poderíamos concluir que a manutenção da prisão cautelar, aos moldes do prescrito pelo art. 21, poderia significar, na prática e em determinadas hipóteses, uma restrição da liberdade individual com regime mais severo do que o estipulado na sentença final, o que implicaria na inconstitucionalidade da norma por violação ao princípio da razoabilidade.

Contudo, partindo-se do pressuposto que as normas que, de qualquer modo, impõem restrições à liberdade individual são normas excepcionais e, com esse caráter devem ser



interpretadas, apresentaremos a deliberação que, após longo estudo, nos parece a mais adequada.

#### **4. O ART. 21 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO E SUA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

##### **4.1 Máxima eficácia das normas constitucionais e a interpretação conforme a Constituição**

Antes de adentrarmos na questão da hermenêutica e interpretação constitucional, cumpre-nos fazer um aparte em relação à questão da supremacia da Constituição.

Temos que a Constituição, tida como Lei Fundamental, é a razão de validade das demais leis e, sobre elas, tem supremacia, que é concretizada através do fenômeno da rigidez constitucional, segundo o qual é procedimentalmente mais difícil alterar uma norma constitucional do que uma lei ordinária.

Na esteira, José Afonso da Silva preleciona que:

*A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.).*

Toda norma jurídica infraconstitucional possui presunção de constitucionalidade. A premissa foi construída tendo em vista o princípio da Supremacia da Norma Constitucional.

É de ser relevado que o legislador ordinário deve obrigatoriamente observar as normas constitucionais na construção das leis, visto o princípio da Supremacia da Norma Constitucional. Daí a presunção de que toda norma advinda do legislador é constitucional

A doutrina brasileira consagrou o princípio da supremacia da norma jurídica constitucional como fundamento da hermenêutica jurídica.

O advento da jurisdição ampliou o sentido primário de norma jurídica constitucional abrangendo também os princípios implícitos e explícitos. Assim, predomina na doutrina e na jurisprudência que as normas infraconstitucionais devem estar em consonância, formal e material, com as normas explícitas na Constituição e com os princípios implícitos e explícitos expostos na Carta Magna.

Nesse sentido o eminente doutrinador William Douglas Residente dos Santos, em sua obra Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões:

*Princípio da Presunção da Constitucionalidade das normas infraconstitucionais – há uma presunção juris tantum de que toda lei é constitucional até prova em contrário, ou seja, até que o Poder Judiciário, exercendo o controle típico de constitucionalidade, a declare expressamente inconstitucional. Para alguns, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade põe em dúvida este princípio.*

(MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. SANTOS, William Douglas Residente dos. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões**. 11 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2002).

Nessa seara, destaca-se que ordenamento jurídico brasileiro requer que todas as situações jurídicas se conformem com os ditames, princípios e preceitos da Lei Maior. E, então, torna-se necessária a adoção de um controle apropriado e eficiente para a verificação da adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição.

Por esse controle, a constitucionalidade de uma lei (*Jato sensu*) será verificada sob dois aspectos: primeiramente, sob o aspecto formal, pelo qual uma lei deve ser elaborada de forma a respeitar todas as exigências procedimentais estabelecidas na Lei Fundamental; por último, sob o aspecto material, pelo qual o conteúdo da lei em análise não pode ser contrário ao da norma constitucional.

Saliente-se que o Brasil adotou uma Constituição compromissária e analítica, logo, há várias normas que em um primeiro momento parecem conflitantes, porque geradas em momentos político - ideológicos diversos. Assim, houve a necessidade de criar métodos próprios para se utilizar na hermenêutica constitucional.

A premissa basilar que rege a hermenêutica constitucional é a de que se deve garantir a máxima eficácia da norma constitucional.

Nesse sentido, a teoria do insigne mestre Daniel Sarmiento visa a garantir a máxima eficácia e coexistência harmônica entre os princípios constitucionais avançados em nossa Carta Magna. Senão vejamos:

*O ordenamento jurídico não tolera antinômias entre suas regras, isto não se sucede no plano dos princípios. Os princípios jurídicos podem sinalizar soluções simetralmente opostas para determinados casos concretos, sem que tal fato denote qualquer inconsistência sistêmica na ordem jurídica* (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 45).

A ponderação de interesses não se opera em relação ao fato e sim tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto, em razão disso, é muito utilizada diante de discussões que dizem respeito ao princípio da razoabilidade.

Por fim, vale ressaltar que o Estatuto do Desarmamento consubstancia princípios constitucionais implícitos basilares, quais sejam o da segurança, o do bem estar da sociedade e o da solução pacífica dos conflitos, descritos, no preâmbulo da Constituição e no art. 4º, incisos VI e VII da Carta Magna.

A interpretação conforme a Constituição é um instrumento relevante à garantia da máxima da eficácia das normas infraconstitucionais face à Constituição de 1988. Em consonância com o aludido, a jurisprudência vem se utilizando da interpretação conforme a Constituição de modo reiterado. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal a técnica de interpretação conforme “*só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco*” (STF – Pleno – Adin nº 1344-1/ ES- medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção 1, 19 abr 1996, p. 12.212).

Sobre essa técnica interpretativa, leciona Alexandre de Moraes:

*A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.* (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999).

A primeira decisão que adotou a interpretação conforme a Constituição, declarando a constitucionalidade da norma infraconstitucional foi a do Ministro Moreira Alves, que prescreveu:

*O princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservando a norma permite que se realize sem redução de texto, o controle de sua constitucionalidade.* (RTJ, 144:146, 1993, p. 154, ADIN 581-DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 12.8.1992)

A partir dessa decisão, o Supremo Tribunal Federal tem primado pela constitucionalidade da lei, adotando-se sempre que possível a interpretação conforme a Constituição. O fundamento utilizado é de que é mais razoável impelir uma interpretação conforme a Constituição à uma lei infraconstitucional, do que retirar do ordenamento jurídico uma determinada norma.

Segundo Paulo Bonavides, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público se traduz em duas grandes regras de observância necessária:

*a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;*

*b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor* (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001).

No mesmo sentido, Canotilho em sua obra aduz que “no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dá-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição...” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra, reimpressão, 1994).

Como já se pode verificar, a doutrina e jurisprudência tem adotado, sempre que possível, a interpretação conforme a Constituição face às normas infraconstitucionais.

Após as noções preliminares em breve trecho, há de se aludir que ao se verificar possível uma interpretação conforme a Constituição, essa deve se tornar vinculante, com efeitos *erga omnes*, conforme posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões.

Nesse sentido, o ilustre Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes, em seu parecer n. 1.305, dispôs que:

*A interpretação conforme o texto constitucional, quando verificada em ação direta, parece implicar no nosso sistema, representação interpretativa (...) sendo aplicável, pois, a regra do art. 187, do RISTF, a interpretação tem efeito vinculante* (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998).

Assim, a norma que não possui ao menos uma interpretação conforme a Constituição, não tem validade no ordenamento jurídico, porque manifestamente nula. Por conseguinte, nos casos em que houver apenas uma interpretação conforme a Constituição esta será vinculante.

Não obstante, vale frisar que, ao atribuir um determinado sentido a uma norma, está se estabelecendo apenas um dos sentidos constitucionais possíveis, o que não significa, necessariamente, que ela é a única interpretação correta. Ao agregar um sentido, não se pode impedir que sejam encontradas outras maneiras para a compatibilização daquele texto, como se toda a inconstitucionalidade fosse oriunda de interpretação diferente daquela tida por conforme a Constituição.

Não há que se olvidar que, se houver mais de uma interpretação conforme a Constituição, deverá a jurisprudência por via própria, como, por exemplo, a uniformização de jurisprudência, resolver a controvérsia lançada.

Nesse sentido, o conspícuo mestre Ruy Barbosa, em sua obra *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, ensinou-nos:

*Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito normativo como se tal fosse?* (BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos por Homero Pires, 1932, p. 129, *in* COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do Poder de Tributar na Constituição Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999).

Por conseguinte, uma lei não pode ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional, contudo, essa manobra interpretativa não pode configurar violência contra a expressão literal do texto da lei, o que implicaria numa flagrante interpretação *contra legem*, e interferência na própria concepção original do legislador.

Podemos, portanto, utilizar desse cânone interpretativo, para afastar a aparente antinomia existente entre a norma consagrada no art. 21 da Lei nº 10.826/03 e nosso ordenamento constitucional, evitando a declaração de inconstitucionalidade da norma com a conseqüente invalidação do ato legislativo.

## 4.2 A teoria da presunção *juris tantum* do *periculum in libertatis* e sua aplicabilidade constitucional face ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento

Na busca por critérios de justificação das medidas cautelares no âmbito processual penal, temos que elas só deverão ser admitidas quando comprovados os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni juris*, aqui configurado na forma do *periculum in libertatis*.

No dizer de Carnelutti<sup>11</sup>, “*o flagrante constitui a prova de si mesmo*” e é, ao menos, um princípio de prova de que foi praticado um fato típico assentado como crime, do qual o acusado é autor. E se é assim, o flagrante representa o *fumus boni juris* (juízo de probabilidade pelo qual a condenação do acusado é - mais que meramente possível - provável) necessário à efetivação da medida cautelar.

A partir desse raciocínio, temos que, *ab initio*, a existência do *fumus boni juris* permite presumir-se que a prisão é necessária. Mas apenas em princípio, pois a necessidade da prisão pode ceder à prova em contrário de que, no caso, inexistente *periculum in mora*.

A prisão provisória obrigatória para os crimes descritos nos art. 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento se justifica pela gravidade das condutas ali tipificadas e a necessidade de forte repressão à tais crimes. Sendo assim, em tese, a mera subsunção da conduta a um dos fatos típicos previstos naqueles artigos caracterizaria a prova do *periculum in mora*.

O *periculum in mora* é presumido no caso daquelas infrações consideradas graves. Contudo, não se pode admitir que o agente seja mantido preso cautelarmente, tão somente porque foi detido em flagrante pela prática de crime grave. E é por isso que a presunção contida no art. 21 da Lei nº 10.826/03 também deve ser interpretada como uma presunção *juris tantum*. Não há como se conceber que o *periculum in mora*, previsto de forma abstrata ou hipotética fosse presumido de forma *juris et de jure*, sem análise concreta da necessidade da medida.

A necessidade abstrata da custódia cautelar pretende legitimar-se na proporção da gravidade do delito, como a sugerir que o cometimento de quaisquer de tais crimes (arts. 16, 17 e 18, da Lei nº 10.826/03) configuraria sempre um risco à ordem pública, seja em razão da intranquilidade social causada pela ação, seja em razão do perigo de prosseguimento das incursões criminosas, dadas as circunstâncias pessoais do agente.

O legislador, ao vedar a liberdade provisória do art. 21 da Lei 10.826/03, quis, sobretudo, garantir a ordem pública, segurança e bem estar da população.

Cumpra observar, preliminarmente, que os tipos penais descritos no art. 16, 17 e 18 da Lei 10.826/03, são realizados usualmente por criminosos habituais.

Os participantes assíduos do mundo do crime são os que raspam as armas de fogo para dificultar a identificação policial da autoria de outros crimes e utilizam os artefatos, explosivos e armas de uso restrito ou aquelas modificadas para realização de empreitadas criminosas violentas.

Não obstante, necessário grande grau de organização criminosa para a realização de comércio e tráfico internacional de armas de fogo.

11 CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. vol. II . Buenos Aires, 1950. In: BATISTA, Weber Martins. Liberdade Provisória. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Impende, pois, a existência da presunção de periculosidade do agente criminoso nos casos aludidos no art. 21 do Estatuto do Desarmamento.

Destaque-se que se cuida da previsão abstrata da necessidade do encarceramento prévio, e não de uma previsão abstrata da periculosidade do agente o que, em consonância com o entendimento do douto Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>12</sup>, com razão, seria juridicamente impossível. Trata-se, sim, de um tratamento mais severo em função de um juízo de reprobabilidade da conduta ainda mais austero.

A lesividade social da conduta justifica a presunção abstrata do *periculum in mora* feita pelo legislador infraconstitucional, presunção esta que é exercida nos limites da competência atribuída ao legislador pela própria Constituição da República.

Dada a gravidade da conduta e pelo que sua positiva repressão poder significar para a sociedade, é que se demonstra satisfeita a exigência constitucional de que as leis devem ser razoáveis. A prisão cautelar, *in casu*, funda-se, antecipadamente, na provável hipótese de um futuro provimento jurisdicional desfavorável ao agente (*fumus boni juris*), estando demonstrado que o retardamento do remédio constitucional provocará um agravamento do dano (*periculum in libertatis*).

Além destes requisitos, a medida deverá ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, o que indica que elas poderão ser determinadas pelo juiz ainda na fase inquisitorial.

Nota-se, outrossim, que a provisoriamente e o princípio da necessidade da medida cautelar vêm consagrados no art. 316 do Código de Processo Penal, ao possibilitar a sua revogação, a qualquer tempo, se o juiz verificar a insubsistência do motivo que a determinou.

Até antes da reforma de 1977 (Lei nº 6.416) era problemática a questão do *periculum in mora*, pois que o mesmo era presumido *juris et de jure* pelo nosso sistema processual penal.

De acordo com o sistema inicialmente adotado pelo Código de Processo Penal de 1941, no caso da prisão em flagrante, em razão da gravidade do crime (ilícito punido com pena de reclusão), se o autor tivesse sido surpreendido e preso em flagrante delito, a necessidade da prisão, em regra, era presumida *juris et de jure*. Havendo certeza da autoria do fato, e não apenas simples probabilidade, a lei dispensava a prova do pressuposto do *periculum in mora* ou *periculum in libertatis*.

A Lei nº 6.416/77 trouxe para o nosso ordenamento jurídico a premissa de que a só existência do *fumus boni juris* permite-nos presumir que a prisão é necessária, mas esta presunção, ao contrário do que acontecia antes, passou a ser *juris tantum*, ou seja, pode ceder à prova de que, *in concreto*, inexistia o *periculum in libertatis*.

Diante do art. 21 do Estatuto do Desarmamento, não devemos ceder à singeleza da interpretação literal, levando-nos a crer que exista uma presunção *jure et juri* da periculosidade do agente.

Mister ressaltar que a interpretação literal ofende o princípio da razoabilidade, vez que pode haver casos concretos em que esteja cabalmente comprovada a ausência do

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

*periculum in libertatis*.

Vale ilustrar um exemplo que frequentemente ocorre na *praxis* jurídica: um homem sem antecedentes criminais, pessoa idônea e trabalhadora, porta arma com numeração raspada, com o fim de proteger a si e sua família, porque entende que o policiamento atual é frágil.

Com fulcro na interpretação literal da lei, o aplicador do direito ficaria adstrito a vedar a liberdade provisória, mesmo com provas cabais de que não exista, no caso em testilha, o *periculum* consubstanciador da *ratio* pela qual o art. 21 da Lei 10.826/03 foi criado.

A interpretação conforme a Constituição trazida por este trabalho visa, exatamente, resolver a controvérsia mencionada, vez que entende que a presunção do *periculum in libertatis* descrita no art. 21 da Lei 10.826/03, deve ser reconhecida como *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário.

Assim, quando o aplicador do direito verificar, no caso concreto, que há prova nos autos demonstrando a ausência do *periculum*, suficiente para derrubar a presunção, abre-se a possibilidade da concessão de liberdade provisória ao detido. Obedecendo-se, portanto, o princípio da razoabilidade.

Hoje, e assim como deve ser entendido no tocante ao art. 21 em comento, a presunção de necessidade da custódia cautelar que milita a favor da lei é, pois, *juris tantum*, podendo, portanto, ser declarado o contrário pelo Poder Judiciário, sem que, com isto, esteja a norma sob a mácula da inconstitucionalidade.

Observe-se que a presunção *juris tantum* já é adotada no Direito Brasileiro em relação à possibilidade do juiz, mediante decisão fundamentada, decidir se o réu pode recorrer em liberdade, nos crimes hediondos. Em regra, o acusado não pode recorrer em liberdade – *presunção juris tantum*. Não obstante, ao analisar o caso concreto o juiz poderá entender que as circunstâncias subjetivas e objetivas permitam que o réu recorra em liberdade.

Ante o exposto, considerando a **interpretação conforme a Constituição**, no sentido de que a presunção do *periculum in libertatis*, descrita no art. 21 da Lei 10.826/03, é presunção *juris tantum*, o instituto jurídico mostra-se plenamente compatível com as normas descritas na Constituição da República Federativa do Brasil e Código Penal Brasileiro, inclusive com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade em estrito senso.

### **5. Abstract**

*The present article emphasizes the interpretation according to 21st article Constitution from the 10.826/03 law, that consists of juris tantum presumption of the agent cautious custody necessity, in crimes of illegal carry or possession guns of forbidden use (art. 16), illegal trade guns (art. 17) and international traffic of guns (art. 18).*

**Key-words:** *21st article from the 10.826/03 law; interpretation according to the Constitution; juris tantum presumption of the periculum libertatis; maintenance of the cautious prison.*

## 6. REFERÊNCIAS:

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de outubro de 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática fundamental transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 336, p.125-136, outubro-dezembro de 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição Do Brasil**. vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Tradução de Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra, reimpressão, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do Poder de Tributar na Constituição Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.



- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2 ed. São Paulo: RT, 1998.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** São Paulo: RT, 1999.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90.** 4 ed. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: RT, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- JESUS, Damásio de. **Penas Alternativas: anotações à lei 9.714.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LIMA, Jesus Costa. **Comentários às Súmulas do STJ.** Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal.** 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais, garantia da suprema constituição.** São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria.** São Paulo: LTr, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. SANTOS, William Douglas Residente dos. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões.** 11 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 4 ed. São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado.** 3 ed. São Paulo: RT, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória: doutrina, jurisprudência e legislação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

- SILVA, César Dario Mariano da. **Estatuto do Desarmamento**. São Paulo: CPC, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STUMM, Raquel Denise. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- TAVARES, Buecheli Paulo Armínio. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



# AAÇÃO POPULAR E SUA IMPORTÂNCIA POLÍTICA

Lúcio Eduardo Brito<sup>1</sup>

## RESUMO:

Importante instrumento jurídico colocado à disposição do cidadão, a ação popular tem por finalidade o controle e a revisão dos atos praticados pelos agentes públicos, notadamente na hipótese de atos lesivos ao patrimônio público. Trata-se de direito público subjetivo que permite ao cidadão participar ativa e diretamente na vida política do país, no resguardo não só da moralidade administrativa, mas também na proteção do meio ambiente que o rodeia e o patrimônio histórico e cultural da cidade onde vive.

**PALAVRAS CHAVES:** Ação popular. Democracia. Condições. Objeto.

## SUMÁRIO:

1. Introdução. – 2. Importância política – 3. Natureza jurídica da ação popular – 4. A origem no Direito Romano – 5. A Idade Média – 6. Renascimento da ação popular no direito contemporâneo – 7. A introdução da ação popular na legislação pátria – 8. Condições e requisitos da Ação Popular – 9. Possibilidade jurídica do pedido na ação popular – 10. O interesse processual de agir na ação popular – 11. A legitimidade de partes em ação popular – 12. Objeto da ação popular – 13. Conclusão – 14. *Abstract* – 15. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A ação popular surgiu pela primeira vez, em nosso ordenamento jurídico, por força do inciso 38 do art. 113 da Constituição Federal de 1934, mas é um instituto secular, com berço no Direito Romano.

A ação popular atribui a qualquer do povo legitimidade para requerer a tutela jurisdicional de interesse de todos os cidadãos e, por estar prevista na Constituição Federal, é uma garantia constitucional dada ao efetivo exercício da cidadania.

Por outras palavras, qualquer cidadão não só pode eleger seus governantes e representantes, como também tem o poder de lhes vigiar os atos, aprimorando a noção de responsabilidade dos administradores no trato com a coisa pública, na preservação do meio ambiente e na conservação do patrimônio histórico e cultural.

## 2. IMPORTÂNCIA POLÍTICA

Na visão de José Afonso da Silva, ação popular é o “[...] *remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política [...] como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente*”.<sup>2</sup>

Nota-se, pela percepção do renomado constitucionalista, que o cidadão age como se exercesse verdadeira função pública, que sempre lhe pertenceu.

1 - Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, MG. Mestrando pela UFMG, *campus* Ituiutaba, MG.

2 SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19ª ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2001, p. 464.

Como se sabe, a chamada “Constituição Cidadã”, de 1988, ampliou o espectro de proteção da ação popular, antes restrito a atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas: colocou sob sua alça de mira também a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Sobre a importância da ação popular no cenário político de qualquer nação, destaca Luzia Nunes Dandam que “*A ação popular é o instrumento mais adequado de controle dos atos administrativos. Através dela qualquer cidadão, e não apenas algumas pessoas legitimadas, pode pedir a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa*”.<sup>3</sup>

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5o, inc. LXXIII, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular visando anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Por essa colocação tópica, o Constituinte elevou a ação popular à categoria de direito fundamental. Por isso mesmo, como adverte José Afonso da Silva, o instituto da ação popular somente poderá ser suprimido do texto constitucional através do próprio Poder Constituinte e “*sequer pode ser restringido ou modificado, por via ordinária, qualquer de seus requisitos constitucionais*”.<sup>4</sup>

Isso se traduz em verdadeira garantia constitucional, dada ao cidadão, da permanente existência de uma arma eficaz a seu dispor para a proteção de bens da vida que a todos pertencem.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca o papel político da ação popular ao afirmar que o autor popular “*pede a prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger*”.<sup>5</sup>

Certo é que o vocábulo “popular” está intimamente ligado à noção daquilo que é de todos; a partir desse raciocínio, conclui-se, logicamente, que a ação popular existe em função da proteção da coisa pública, daquilo que pertence ao povo.

A propósito, Alcebiades da Silva Minhoto Júnior escreve: “*Dentro das características da intervenção do povo nos atos de governo considerados lesivos ao interesse público, a que mais se evidencia pela sua larga aplicação na sistemática constitucional dos países ocidentais é a ação popular*”.<sup>6</sup>

A idéia de que deve estar o povo na defesa do que é do povo decorre naturalmente do regime democrático, porque só existe defesa de iniciativa do povo em prol dele próprio se vigente a democracia, e “*esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo*”<sup>7</sup> segundo Jürgen Habermas.

Em suma, sem um regime democrático, não há que se falar em ação popular. E a essência da democracia traduz-se nas memoráveis palavras de Lincoln, ditas em 19 de

3 DADAM, Luzia Nunes. **Ação popular**: controle jurisdicional e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000, p. 53.

4 SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**: Doutrina e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 70.

5 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 654.

6 MINHOTO JÚNIOR, Alcebiades da Silva. **Teoria e prática da ação popular constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1985, p. 47.

7 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, p. 122.

novembro de 1863, em Gettysburg: “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO POPULAR

Por natureza jurídica, na visão de Maria Helena Diniz, entende-se a afinidade “*que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluída a título de classificação.*”<sup>8</sup>

Quem se põe a buscar a natureza jurídica de um instituto haverá de pesquisar, epistemologicamente, as várias nuances do objeto, comparando-o com outros institutos, classificando-o, relacionando-o, tudo com a finalidade de determinar o que o diferencia dos demais, ou seja, definindo o seu traço essencial.

A ação popular é, genericamente, situada no ordenamento jurídico como um dos chamados remédios constitucionais ou meios de controle judicial dos atos, sem distinguir de qual dos Poderes, desde que lesivos ao patrimônio público e à moralidade.

Hely Lopes Meirelles conceitua a ação popular como “meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão”<sup>9</sup>.

É inegável que a ação popular, porque provoca a atividade jurisdicional, é uma das chamadas *ações constitucionais*, espécie dos remédios constitucionais, estes de maior amplitude porque integram outras garantias individuais previstas na Constituição, como o direito de petição e o direito a certidões.

Segundo José Afonso da Silva, ao lado da ação popular, tem-se como meios de controle judicial de atos do poder público “[...] o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data* [...]”<sup>10</sup>.

Ao lado destes, com características próprias e especiais, embora não indicada como remédio constitucional, porque não relacionada como um dos direitos individuais ou coletivos do art. 5º da CF, existe a ação civil pública, uma das mais importantes funções institucionais do Ministério Público (inc. IV do art. 129 da Lei Maior), sem impedir a atuação de terceiros legitimados pela Lei n. 7.347/85.

Infelizmente a ação civil não está no rol do art. 5º da Constituição Federal, como garantia constitucional dos direitos coletivos, mas, por estar prevista na Carta Magna, como uma das funções institucionais do Ministério Público, não deve ser excluída do rol das chamadas “ações constitucionais”.

É interessante observar que, dentre as “ações constitucionais”, apenas a ação popular; o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e a ação civil pública buscam provimento jurisdicional cujos efeitos concretos não atingem apenas a um ou a uns poucos interessados. Os efeitos dessas ações atingem uma dimensão coletiva, porque irradia conseqüências jurídicas a um número de interessados, de regra, indetermináveis.

Por isso, referidas ações constitucionais integram a classe de *ações constitucionais coletivas*.

8 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 337.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental*. 25ª ed., atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003, p. 121.  
10 2001, p. 444.

A propósito do tema ora tratado, não se pode deixar de citar aqui a interessante tese de Gregório Assagra de Almeida, que inova ao propor um novo ramo do direito processual – Direito Processual Coletivo Brasileiro – “como instrumento potencializado de resolução de conflitos ocorridos no mundo da concretude e de efetivação material do Estado Democrático de Direito brasileiro”.<sup>11</sup> Assagra denomina as ações constitucionais aqui tratadas como “figuras constitucionais do direito processual coletivo comum brasileiro”.

Em continuidade ao estudo da natureza jurídica da ação popular, é importante ressaltar que a ação popular brasileira tem natureza corretiva, na medida em que a sentença buscada pelo autor invalidará ato lesivo ao patrimônio público, ou seja, corrige ato praticado em desconformidade com o interesse coletivo.

Vale citar o ponto de vista de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem “A ação popular constitucional é, desenganadamente, de tipo corretivo, porque por ela se almeja a desconstituição do ato lesivo ao patrimônio público *lato sensu*, como retorno ao *status quo ante*, a par da condenação dos responsáveis e beneficiários”.<sup>12</sup>

#### 4. A ORIGEM NO DIREITO ROMANO

As origens da ação popular remontam à Roma antiga. São palavras de J. M. Othon Sidou: “É que em Roma, emparelhando os crimes e os delitos, havia ilícitos que, sem constituírem ofensa enorme à sociedade ou ao indivíduo, isto é, não tão amplos que vulnerassem o Estado *lato sensu*, nem tão restritos que se circunscrevessem ao indivíduo, eram, entretanto, ofensivos à sociedade inteira ou a uma coletividade determinada, e contra os quais se concediam ações a quem as quisesse intentar”.<sup>13</sup>

Naquela época, a concepção de “Estado” obviamente não era a mesma de hoje, mas havia um forte liame natural entre o cidadão romano e a nação. Os romanos tinham o sentimento de que a *res publica* pertencia a todos, legitimando, individualmente, o cidadão a buscar proteção pretoriana em favor daquilo que pertencia à coletividade.

O cidadão romano pleiteava, com as ações populares, objetivos que não pertenciam somente a ele, mas a todos os romanos. O aforismo de Paulo, *Reipublicae interest quam plurimum ad defendam suam causam* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa), era seguido e se acatavam as ações populares, inobstante a *actio romana* fosse condicionada a interesses pessoais e diretos de seu titular.

As ações populares romanas, em sua maior parte, objetivavam penalizar, mas muitas tinham por objetivo a atividade de polícia, outras terminavam na aplicação de multa e havia aquelas com cunho cominatório.

As ações populares eram instituídas por lei ou pelo edito, e o rigor das fórmulas contidas no *album*, vigente no período do processo formular, estabelecia as várias ações populares na época de Roma antiga.

Dentre as modalidades de ações populares romanas, fundadas no edito, destaca-se

11 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 60.

13 SIDOU, J. M. Othon. **“Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular** (as garantias ativas dos direitos coletivos). 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 300.

a *de albo corrupto*, que poderia ser ajuizada contra quem corrompesse o edito perpétuo do pretor; com imposição de pena pecuniária; havia a *de effusis et deiectis*, contra os que atirassem objetos na via pública sobre os transeuntes; existia a *de positis et suspensis*, em desfavor daquele que deixasse objetos em sacada ou beira de telhado com o risco de queda, e, para aquele que violasse sepultura ou coisa sacra, aplicava-se a *de sepulchro violato*. Outras *actio popularis* existiam, mas como a finalidade deste estudo é outra, limita-se às modalidades citadas, que é o suficiente para evidenciar o caráter notadamente altruísta nelas visado, sempre em busca do bem da coletividade.

Ações populares com fundamento legal, em Roma, havia a da *lex Quintia de acqueductibus*, do ano 9 a.C., para os que causassem dano doloso aos aquedutos de Roma; as da *lex Malacitana*, do ano de 81, específica para a cidade de Málaga, destinada a reprimir quem impedisse a realização de comícios municipais e punir o proprietário que demolisse edifício para especular com os materiais empregados; a da *Manilia de gromatici*, de 59 a. C. (lei agrária de Júlio César), destinada aos que, dolosamente, removessem marcos e limites campestres, e, na cidade de Salpensa, existia a ação popular da *lex Iulia salpensana*, de 81 depois de Cristo, que se destinava a punir os duúnviros, prefeitos e questores que não prestassem juramento ao assumir suas funções.

Certo é que as ações romanas visavam, genericamente, respeitar o direito comunitário violado por um ato ilícito, razão pela qual eram invocadas em proveito direto da coletividade, o que também beneficiava o autor popular, posto que era membro da coletividade lesada.

Interessante é a observação de Rodolfo de Camargo Mancuso, quando confronta os “[...] *delineamentos da actio popularis romana e o seu atual desenho na vigente Constituição Federal, que revalidou social e juridicamente aquele instrumento processual, ao fixar expressamente em seu âmbito a possibilidade de tutela: a) à moralidade administrativa; b) ao meio ambiente; c) ao patrimônio histórico e cultural*”.<sup>14</sup>

Citando Rafael Bielsa, Mancuso afirma “que agora se deu uma revalidação da *actio popularis*, porque a tutela da moralidade administrativa já estava no contexto da ação popular romana [...]”<sup>15</sup>. E quanto ao meio ambiente e patrimônio cultural, por estarem inseridos na gestão da *res publica*, “sua preservação constitui encargo comum ao Estado e à coletividade”<sup>16</sup>, arremata Mancuso.

## 5. A IDADE MÉDIA

Na Idade Média, época das trevas, em face do regime autoritário dos senhores feudais, do absolutismo e das perseguições da Inquisição, não houve espaço para a ação popular. Dada a sua natureza própria de exercício de cidadania, obviamente, encontrou solo estéril naquela obscura fase da humanidade.

É o que registra Têmis Limberger:

*Durante o período medieval, obviamente não se ofereceu ao indivíduo o meio de defender as coisas públicas como se fosse suas, nem um meio de conscientizá-lo das questões de cidadania enquanto membro participante do Estado. Citando as palavras de Néelson Carneiro: ‘A Idade Média não cultivou as ações populares,*

<sup>14</sup> 1998, p. 40.

<sup>15</sup> 1998, p. 40.

<sup>16</sup> 1998, p. 40.

*flores exóticas nos regimes absolutistas'. O Estado Absolutista fez com que houvesse a separação do Estado (como sujeito ativo) e dos súditos (como objeto passivo).<sup>17</sup>*

E nem mesmo a acusação pública da época pode ser tomada como uma modalidade de ação popular. Na acusação pública, via de regra, o autor é que era “qualquer pessoa”, ficando desvestido de caráter político, cuja expressão “populares” tinha sentido mais amplo. Mancuso vê “um certo dissenso quanto a saber se terão as ações populares viscejado no direito intermédio”<sup>18</sup>.

Elival da Silva Ramos, por sua vez, defende que, “*embora rudemente golpeadas pelas condições políticas reinantes, as ações populares sobreviveram ao que os iluministas chamaram de ‘longa noite medieval’[...]*”<sup>19</sup>. O referido autor<sup>20</sup> cita José Afonso da Silva e Othon Sidou, que por sua vez invocou o Cardeal de Lucca, para sustentar a existência de ação popular na Idade Média, segundo o qual seriam ações populares as propostas por qualquer do povo em benefício da cidade, ou em favor do órfão ou do louco, ou da igreja, ou de uma causa pia.

Opiniões à parte, o certo é que foi somente o advento do Estado Liberal o momento propício ao renascimento da ação popular com as nuances modernas hoje conhecidas.

## 6. RENASCIMENTO DA AÇÃO POPULAR NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Contemporaneamente, o instituto da ação popular surgiu pela primeira vez na Bélgica, através da lei comunal de 30 de março de 1836, seguida pela França, no ano seguinte.

Depois, já no ano de 1859, surgiu na Itália, mas restrita a questões eleitorais. Aí, obviamente, foi suprimida com a instalação do regime fascista.

Os portugueses previram a ação popular nas Ordenações, a qual tinha o objetivo de defender as coisas de uso comum do povo.

## 7. A INTRODUÇÃO DA AÇÃO POPULAR NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824, inspirada na Declaração Universal, abrigou uma modalidade de ação popular. Estabelecia, em seu art. 157, a possibilidade de mover ação popular contra juízes de direito e oficiais de justiça por suborno, peita, peculato e concussão, e o art. 179, inciso 30, autorizava a todo cidadão apresentar reclamações, queixas ou petições, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo, expondo qualquer infração da Constituição, buscando da “autoridade competente a efetiva responsabilidade dos infratores”.

Não tinha a ação popular daquela época os contornos jurídicos da atual ação popular constitucional, mas é interessante observar que, ainda na época do Brasil Império, era aceita e controlada através de ação popular os atos de improbidade porventura perpetrados pelos próprios juízes de direito.

Instalado o governo republicano, a primeira Constituição da República não dedicou um parágrafo sequer à ação popular. De fato, não pode ser tida como tal a previsão do § 9º do

17 LIMBERGER, Têmis. *Atos da Administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998, p. 95.

18 1998, p. 41.

19 1991, p. 120.

20 1991, p. 120.



art. 79, que previa permissão a qualquer interessado de representar mediante petição aos poderes públicos e “denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados”; tal qual o similar da época do Império o parágrafo tinha redação incompleta.

José Afonso da Silva escreve que “*A primeira Constituição republicana não acolheu a ação popular – nem mesmo aquela de caráter penal, prevista na Constituição do Império. Ficou ela, por conseguinte, reduzida à defesa de logradouros e baldios públicos (conforme admitia a doutrina das ações dos velhos praxistas) e àquela fraca incidência em leis especiais, até que foi promulgado o Código Civil*”.<sup>21</sup>

Merece destaque lembrar que, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, expressivo número de doutrinadores e até tribunais chegaram a interpretar que a ação popular teria sido extirpada de nosso ordenamento jurídico, pelo art. 76, que exigia, para propor ou contestar uma ação, “legítimo interesse econômico, ou moral” por parte do autor.

Clovis Beviláqua, ao comentar o art. 76, argumentou sobre a controvérsia que na época se estabeleceu, “referente à persistência das ações populares, que, no direito romano, tinham por objecto a defesa dos bens públicos”<sup>22</sup>. Entendeu o jurista que na “[...] organização jurídica moderna, os actos, que davam causa às ações populares, passara a constituir crimes reprimidos pelo Código Penal, sendo a matéria, ora de leis de polícia, ora de posturas municipais, e, algumas vezes, ofensas a direitos individuais [...]”.<sup>23</sup>

O tema foi alvo de calorosa discussão entre Clóvis Beviláqua e o parlamentar Andrade Figueira, durante os trabalhos na Câmara dos Deputados. Andrade Figueira tentou que a ação popular viesse prevista no art. 185, do Projeto de Código Civil, mas tal dispositivo foi transmutado para o art. 76, que acabou entrando em vigor. Na época, Clóvis Beviláqua argumentou, durante os trabalhos da comissão especial, que a nossa organização política não estava suficientemente desenvolvida a ponto de os particulares estarem preparados para velar pelos interesses públicos.

Evidentemente equivocada, a posição do jurista. Deveriam os homens públicos de então, inclusive o Sr. Clóvis Beviláqua, implementar desde aqueles tempos políticas públicas de conscientização de toda a população, sobre seus direitos políticos. Mas, ao que tudo indica, naquela época, a ignorância popular e a miopia política do cidadão também interessava aos donos do poder.

Em que pese à discussão havida, Figueira não viu êxito em sua proposta. Quanto a isso, o jurista J. M. Othon Sidou diz que sem razão estava Andrade Figueira, na medida em que “o interesse do autor popular, hoje como ontem, em Roma como nos países que adotam a *popularis actio*, é um interesse desadjetivado”<sup>24</sup>. Ou seja, o autor popular, ao defender o que é de todos, obviamente, defende o que também é seu.

Carvalho Santos também sustenta “que se no conceito das ações populares se incluir os chamados direitos públicos difusos, não temos dúvida em sustentar a admissibilidade das ações populares em nosso direito.”<sup>25</sup>

21 1968, p. 30.

22 BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 322

23 1975, p. 322.

24 2002, p. 323.

25 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. II. Rio de Janeiro: Liv. Freitas Bastos S.A. 1955, p 253.

A Lei baiana nº 1.384, de 24 de maio de 1920, a despeito da vigência do Código Civil de 1916, permitia, em seu art. 31, uma modalidade de ação popular supletiva, que legitimava qualquer habitante do Município para reivindicar ou reaver quaisquer bens ou direitos que ao Município tenham sido usurpados ou estejam indevidamente possuídos por terceiros, desde que o intendente se recusasse a propô-la e permanecesse omissa também o conselho.

Certo é que, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação popular, com a feição atual, somente foi introduzida pela Constituição Federal de 1934, pelo art. 113, inciso 38, que legitimava qualquer cidadão para pleitear, em juízo, a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Com o advento do Estado Novo, a ação popular, ainda com três anos de existência, naturalmente, não teve lugar perante a chamada “Constituição Polaca”, outorgada em 1937, por Getúlio Vargas.

Registra José Afonso da Silva que, nessa efêmera duração, a ação popular “não foi [...] intentada uma única vez”<sup>26</sup>.

É interessante observar que o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 670, previa a possibilidade de dissolução de sociedade civil que promovesse atividade ilícita ou imoral, por ação direta, mediante denúncia de *qualquer do povo*. O referido dispositivo, conforme será visto, ainda está em pleno vigor.

Além disso, outras duas modalidades de ação popular existiam, como no caso da Lei Federal no 818/49, que previa a ação popular para a anulação do ato de naturalização, e o da Lei Federal no 3.502/58, que permitia o ajuizamento de ação popular para o seqüestro e perdimento de bens por ato praticado em detrimento da Fazenda Pública.

Com o fim da ditadura, a ação popular renasceu com a Constituição de 1946, que, democraticamente previa, em sua art. 141, § 38, a possibilidade de qualquer cidadão pleitear, em juízo, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

A Lei nº 4.717, de 20 de junho de 1965, disciplinou o procedimento da ação, e a Constituição imposta em 1967, ainda que de origem ditatorial, manteve o instituto, mas referiu-se apenas a “entidades públicas”.

Finalmente a **Constituição Cidadã** de 1988 deu maior amplitude ao seu objeto, conforme se vê no art. 5º, LXXIII.

## 8. CONDIÇÕES E REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

Ao assumir função pacificadora de prestar a jurisdição, o Estado passou a ter o dever de conferir ao cidadão, em princípio, o mesmo resultado que se verificaria caso a autotutela não tivesse sido proibida, ou seja, prestar ao cidadão o que se chama de “adequada tutela jurisdicional”.

Diz Ovídio A. Baptista da Silva que o “*fenômeno do monopólio da jurisdição criou ao Estado o dever de prestar jurisdição, e a seus súditos o direito e a pretensão a serem ouvidos em um tribunal regular e que se lhes preste justiça*”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> 1968. p. 34.

<sup>27</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

Com isso, pode-se dizer, então, que o direito de ação é prerrogativa constitucionalmente garantida a qualquer cidadão, que sofra lesão ou ameaça a direito do qual seja titular, de vê-lo tutelado pela jurisdição, monopólio do Estado, já que este, via de regra, proibiu a autotutela.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco assevera que a “garantia constitucional da ação, seu significado mais amplo, é antes de tudo a garantia de que será *ouvido em juízo* todo aquele que trazer ao Estado-juiz uma alegação de direito violado ou posto em ameaça.”<sup>28</sup>

Porém, para pôr a função jurisdicional estatal em funcionamento, isto é, para invocar a tutela jurisdicional, a ponto de levar um juiz à análise sobre a real titularidade de um direito, ou seja, à decisão sobre o mérito da lide, é preciso preencher alguns requisitos processuais. Esses requisitos estão previstos no Código de Processo Civil, muito embora o direito de ação esteja previsto na Constituição.

No direito germânico, pelas palavras do processualista Adolf Schönke, tais requisitos são denominados “pressupostos processuais”. Schönke afirma que “Nem toda relação jurídica processual conduz à tramitação e resolução sobre o mérito, antes bem, isto somente acontece se concorrerem os chamados pressupostos processuais.”<sup>29</sup>

Entre nós, Dinamarco alerta: “Quando se diz que *todos* têm direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esses *todos* não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman)”.<sup>30</sup>

Há que se preencher as chamadas condições da ação. Kazuo Watanabe, insigne processualista da atualidade, apresenta interessante visão do por que das condições da ação ao afirmar que “[...] *são razões de economia processual que determinam a citação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos inúteis ao julgamento da causa. As condições da ação nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo[...]*”.<sup>31</sup>

Por razões de economia processual ou não, certo é que o art. 3º do CPC estabelece que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, e que o processo pode ser extinto sem julgamento de mérito ante a ausência de qualquer das condições da ação, entendidas como sendo a **possibilidade jurídica**, a **legitimidade das partes** e o **interesse processual** (267, VI, CPC).

Depara-se, portanto, com a existência de três condições da ação: interesse processual, legitimidade de partes e possibilidade jurídica do pedido, sem que isso contrarie o entendimento de que ação é **direito abstrato de agir**, ou seja, desvinculado do direito material.

É a teoria eclética de Liebman, na sua versão original, pela qual, para existir verdadeira jurisdição, é necessário que se reúnam as três condições da ação, que são, por assim dizer, uma capa impenetrável que obsta ao juiz examinar a questão de fundo, caso estejam ausentes.

Lembra o processualista Calmon de Passos que Enrico Liebman foi criticado na Itália no que tange à condição da impossibilidade jurídica do pedido. Contudo, o Código de Processo

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 111.

29 SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. Tradução de Karina Andréa Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrício. Campinas: Romana. 2003, p. 216.

30 2001, p. 295.

31 WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987, p. 69.

Civil brasileiro consagrou tal doutrina no art. 267, VI, por obra e graça de Alfredo Buzaid, discípulo de Enrico Tullio Liebman no estudo do processo, construtor da teoria das condições da ação.

J. J. Calmon de Passos critica, severamente, o legislador brasileiro, que, na sua visão, “certamente por força da gratidão ao *mestre estrangeiro que alfabetizou os caboclos*, tornou-se lei o que, no *Reino*, já nem mesmo era doutrina aceita”<sup>32</sup>.

Todavia, o eminente processualista baiano, na mesma obra, se contradiz, ao exemplificar casos de sentença inexistente, lançando o da sentença que condena o réu à pena de morte, que seria “uma não-sentença, porque sentença é a aplicação autorizativa do direito que incidu em um caso particular, e somente pode incidir o direito reconhecido, acolhida pelo sistema de direito positivo do país”<sup>33</sup>.

De fato, embora o direito brasileiro tenha acolhido a noção fornecida por Liebman, adotando as três condições da ação, o próprio autor, posteriormente, excluiu a possibilidade jurídica do cenário das condições da ação (admitindo, apenas, a legitimidade de parte e o interesse de agir), na 3ª edição de seu *Manuale di Diritto Processuale Civile*, exatamente na época em que o projeto de Alfredo Buzaid já havia sido votado e se transformado no Código atual, de 1973, com as três condições, sugeridas inicialmente, pelo Mestre italiano.

No entanto, no Brasil, o processualista paulista Dinamarco, também seguidor de Liebman, diz que “não é lícito confundir a possibilidade jurídica com o interesse de agir, nem assimilar nos esquemas deste os casos indicados como de impossibilidade jurídica da demanda.”<sup>34</sup>

Arremata o processualista que são “requisitos muito diferentes e dotados de significados diferentes”<sup>35</sup>, posto que “interesse representa utilidade que o exercício da jurisdição possa trazer ao demandante” e por isso “interesse de agir é apenas processual”, ao passo que a “possibilidade jurídica é conceito que recebe mais intensos influxos do direito substancial e constitui projeção processual dos limites da área que o próprio direito substancial cobre”<sup>36</sup>.

## 9. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM AÇÃO POPULAR

Possibilidade jurídica do pedido é a necessária admissibilidade da demanda no ordenamento jurídico. Para que o pedido seja juridicamente possível é mister que haja compatibilidade, ainda que em tese, com a ordem jurídica, e é juridicamente impossível um pedido que se choca com preceitos do direito material.

É necessário que inexista, no ordenamento jurídico, qualquer proibição à pretensão apresentada ao juiz, ou seja, é possível, do ponto de vista jurídico, tudo aquilo que não está vedado. É como se o Estado-juiz dissesse, de plano, que, em certas situações, a pretensão deduzida em juízo não será tutelada e tal ocorre mesmo antes de averiguar se estão presentes as outras condições da ação (legitimidade e interesse) ou, na feliz comparação de Dinamarco:

32 PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 118.

33 2002, p. 102

34 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*. 8a ed. São Paulo: Malheiros . 2002, p. 406.

35 2002, p. 407.

36 2002, p. 407.

“É como buscar medicamento para doença incurável ou para a qual a ciência não haja ainda descoberto a cura”<sup>37</sup>.

É bom lembrar que o *ordenamento jurídico* não compreende “apenas o arsenal normativo, mas todos os demais subsídios jurídicos que o integram”<sup>38</sup>, observa Mancuso. Ou seja, inclui todos os elementos jurídicos a ele agregados, como a doutrina, a jurisprudência, a analogia, a equidade, os princípios gerais e as regras de experiência.

No que tange à possibilidade jurídica do pedido para a ação popular, será verificável desde que a petição inicial traga narrativa de situação fática, que se enquadre, em tese, nas hipóteses de ato concretamente lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, previstos no inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal. É preciso, também, que seja o ato passível de nulidade por vício de incompetência, forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos ou desvio de finalidade, ou anulável por outros motivos, nos termos dos arts. 2º e 3º, da Lei 4.717/65, ou ainda, de ato presumivelmente lesivo, nas hipóteses dos incisos do art. 4º da mesma lei.

É claro que, para o fim de se considerar o autor popular carecedor da ação, é necessário que, de plano, note-se, na narrativa da própria exordial, a falta de enquadramento na previsão legal, ou seja, apóie-se em ato que, *prima facie*, não seja nem presumivelmente lesivo ou, se a alegada lesividade, concreta ou presumivelmente, atinja, por exemplo, bem que sequer esteja inserido no rol do inc. LXXIII do art. 5º da CF.

Adverte Humberto Theodoro Júnior que a possibilidade jurídica do pedido “deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor.”<sup>39</sup>

Mas nem sempre é assim, visto que, no caso clássico da dívida de jogo, a impossibilidade jurídica está mais ligada à causa de pedir do que ao pedido propriamente dito; pode ocorrer de não ser juridicamente possível a pretensão em face da qualidade ou prerrogativa da parte passiva, a exemplo da execução contra a Fazenda Pública ou pedido de usucapião de bem público.

Como a sentença buscada pelo autor popular tem natureza desconstitutiva e condenatória, porque visa a desconstituir um ato e a condenar o seu responsável, deve o julgador se ater, para averiguar se se trata de situação de impossibilidade jurídica do pedido, à lesividade e ilegalidade do ato que, no caso, é, em verdade, a causa de pedir. Daí exigir-se cuidado na averiguação desta condição da ação ora em análise, para que não haja uma equivocada extinção do processo. Impõe-se que tal ocorra apenas em casos que o pedido seja, escancaradamente, impossível.

É o caso, por exemplo, do torcedor de futebol que ajuíza ação popular e, com ela, objetiva invalidar ato de transferência de jogador de um time para outro, ato este apontado como lesivo aos interesses da torcida de uma das agremiações. Como se vê, nenhum interesse público há na pretensão deduzida em juízo e, nem de longe, tem-se a lesão ao patrimônio público, à moralidade, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico.

37 2002, p. 401.

38 1998, p. 119.

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 38ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51.

O proposital exagero do exemplo apresentado é para ressaltar que só se deve reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido de uma ação popular se “*evidentemente, aprioristicamente*, à mera leitura da inicial já possa o julgador concluir que a pretensão não tem previsão sequer teórica no ordenamento ou, pior, que este a inibe expressamente”<sup>40</sup>, alerta Rodolfo Mancuso.

Seria o caso, também, de o autor popular, na petição inicial, fazer sequer menção à lesividade do ato que se quer impugnar, porque aí não se estará diante de situação fática em que é possível, juridicamente, pedir a desconstituição do ato (não lesivo) através de ação popular.

O certo é que, na hipótese de existir, ainda que mínima, a possibilidade de forma de ocorrência da ilegalidade-lesividade declinada na inicial, não pode o juiz, de forma precipitada, dar por extinto o processo sem julgamento de mérito, pela carência de ação. Melhor será dar o normal andamento e, depois de regular instrução, segundo os moldes do devido processo legal, concluir sobre a existência ou inexistência de lesão.

Em caso de dúvida, deve prevalecer sempre o interesse maior da sociedade; deve-se, portanto, julgar improcedente por insuficiência de provas, para permitir que nova ação seja ajuizada com o aparecimento de novas provas.

Como destaca Rodolfo Camargo de Mancuso: “*A pretensão do autor popular deve ser passível de subsunção, abstratamente, numa das hipóteses previstas na Lei 4.717/65. [...] A esse rol, acrescenta-se ainda, na rubrica da “possibilidade jurídica”: a afronta ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente, presente a dicção do art. 5º, LXXXIII da CF; [...]*”<sup>41</sup>

A princípio, não será muito comum situação de impossibilidade jurídica de pedido em ação popular, muito embora possa o julgador deparar casos de não lesividade ou de lei em tese. Contudo, por se tratar de causa de pedir, julga-se improcedente o pedido, depois de trâmite regular.

É interessante a observação de Cândido Rangel Dinamarco, de que a “*impossibilidade jurídica constitui fator limitativo do acesso à justiça e, por isso, é preciso tratar com toda a indispensável sensibilidade política e social o tema*”<sup>42</sup>, principalmente no caso da ação popular, através da qual, o autor, em verdade, defende o interesse que é do povo, patrimônio que a todos pertence, participando diretamente da democracia, no exercício, enfim, da plena cidadania.

Não se pode perder de vista, no entanto, que infelizmente ainda ocorrem situações de mero e evidente capricho de adversário político do administrador, que se utiliza da figura do chamado “autor popular laranja”, que empresta número de título eleitoral em troca de favores e, às vezes, sequer tem consciência do seu ato. Para esse caso, de ação popular manifestamente temerária, pode e deve o juiz condenar o autor em até o décuplo das custas, e a punição deveria se estender à pessoa que manipulou a falsa demanda.

Por último, é de se ressaltar que, em último caso, se declarada a carência de ação,

40 1998, p. 121.

41 1998, p. 124.

42 2002, p. 396.

estará ainda, a sentença, sujeita ao reexame necessário pela instância superior (arts. 13 e 19 da Lei 4.717/65).

## 10. O INTERESSE PROCESSUAL DE AGIR EM AÇÃO POPULAR

Como se sabe, o interesse processual de agir repousa sobre o binômio necessidade e adequação, na medida em que a parte somente tem necessidade se o seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz, ou seja, quando há conflito de interesses.

Exige-se, ainda, a adequação porque a providência requerida tem que ser capaz de remediar a situação narrada na petição inicial. Em suma, o interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar-lhe.

O interesse de agir diz respeito também ao fato de que o provimento jurisdicional requerido deva ser adequado para reparar a lesão sofrida ou ameaçada, posto que a inadequação do provimento jurisdicional para o reparo da lesão implicaria a falta de interesse processual.

Liebman ensina, com mestria, que “*O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção de um interesse substancial*”<sup>43</sup>.

Na ação popular, o interesse processual de agir verifica-se, comumente, na lesão que o ato acarreta ao bem que é de todos, do povo. Dessa forma, o autor popular tem seu interesse processual de agir porque visa invalidar o ato lesivo, na medida em que tal lesão também afeta bem que lhe pertence, assim como a todas as outras pessoas, a quem pertence a coisa pública.

Obviamente (e tradicionalmente), exige-se a **ilegalidade** do ato a invalidar, que atente contra as normas específicas que regem sua prática ou se desvie dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Além disso, a lesividade do ato, que desfalca o erário ou atenta contra a moralidade administrativa, e ainda, a ofensa aos bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade, despertam o interesse em qualquer do povo, para ajuizar ação reparadora. Somente por meio da ação popular obter-se-á a adequada, necessária e útil tutela, que reverterá a situação ao estado anterior, em favor do povo e, obviamente, também do autor popular.

Ressalta o Prof. José Afonso da Silva que “*o autor popular não é titular de um direito subjetivo nem de interesse especificamente seu, violado ou ameaçado, que precise ser amparado por via judicial*”<sup>44</sup>, mas seu interesse “*concretiza-se na possibilidade, em tese, de haver prejuízo, caso falte a tutela jurisdicional*”<sup>45</sup>.

Mancuso, de seu lado, bem fundamentado, entende que o interesse de agir do autor popular “*é o que compõe o núcleo e a genesis do direito subjetivo público de cada cidadão brasileiro, a uma Administração proba e eficiente, direito esse que ele exerce em face de qualquer dos Poderes constituídos*”<sup>46</sup>, inclusive contra ato lesivo materializado pela caneta de um Juiz, na sua função típica de julgar.

43 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v. 1. Terza Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 121. Traduziu-se.

44 1968. p. 157.

O afastamento ou o atropelo dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pelos que estão à frente de qualquer função da administração pública faz nascer, de imediato, o interesse de agir para qualquer do povo, que pode e tem interesse de defender aquilo que é de todos.

Mas é sempre bom lembrar que o interesse de agir resulta da junção dos elementos adequação, utilidade e necessidade da interferência da função jurisdicional estatal. Assim, necessário é que a lesão ou a ameaça de lesão à moralidade seja concreta ou, pelo menos, iminente.

Assim, não há interesse de agir se a lesão for meramente hipotética ou se está em face de uma expectativa de lesão.

Por isso mesmo, em relação à ação popular, “*não a intenta o cidadão-popular simplesmente para verificar se está agindo corretamente o administrador da coisa pública*”,<sup>47</sup> ressalta Elival da Silva Ramos.

Como se está diante de instrumento de participação direta na função pública, o interesse de agir do autor popular também está intimamente ligado a um interesse político, qual seja, de bem ver aplicado em favor de todos o numerário recolhido com a cobrança de tributos.

Elival da Silva Ramos discorda do constitucionalista José Afonso da Silva e do argentino Bielsa. Posiciona-se no sentido de que o autor popular, por ser um particular “*totalmente desvinculado da estrutura orgânica do Estado e que, embora substitua o Poder Público, no sentido jurídico-processual, não atua munido de prerrogativas de império*”<sup>48</sup> e, por isso, não goza de prerrogativas processuais deferidas às entidades públicas, como prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer.

Em que pese à validade desta observação, o interesse de agir, como condição da ação popular, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Brasileira, decorre do fato de que “*todo poder emana do povo*”. Por esse motivo, o ato de autoridade, qualquer que seja a natureza ou a autoridade, e mesmo o ato de particular, desde que lese o interesse do povo, qualquer cidadão, porque também é prejudicado, tem interesse direto de agir, em seu nome e de todos.

Certo é, portanto, que o interesse do cidadão deve sempre levar, verdadeiramente, em conta o zelo pela coisa pública, o meio ambiente saudável e a preservação do patrimônio cultural, interesse que, por ser de todos, também o será do autor popular individual.

A propósito, sobre o assunto a professora Têmis Limberger escreveu: “*Conclui-se no sentido de que, quando se reconhece uma ação jurisdicional para coibir ato administrativo lesivo aos cofres públicos, não se está somente protegendo o interesse do cidadão, mas de toda a coletividade, que pode exigir o cumprimento dos preceitos constitucionais que regem a administração pública*”.<sup>49</sup>

45 1968, p. 157.

46 1998, p. 112.

47 1991, p. 197.

48 1991, p. 200.

49 1998, p. 95.



## 11. A LEGITIMIDADE DE PARTES EM AÇÃO POPULAR

Dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil que “*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*”. Por outras palavras, o que o dispositivo citado quer dizer é que, em princípio, somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, ou, de outro lado, somente pode ser réu aquele que, no plano do direito material, tenha a obrigação correspondente.

Há exceções em que se permite que alguém postule em juízo em nome próprio e na defesa de direito alheio, na chamada legitimação extraordinária e substituição processual (Ministério Público, sindicatos, associações etc). Há, ainda, os casos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 5º, 103 e 129 da CF e 82 do CDC).

É exatamente sob este aspecto que doutos de renome divergem entre si, quanto à posição jurídica do autor popular no processo: uns afirmam que se trata de substituição processual, e outros argumentam que se está diante de uma legitimação ordinária, conforme será logo adiante analisado.

A legitimidade de parte é a aptidão que determinada pessoa tem para ocupar a posição de demandante ou de demandado em determinado caso concreto, e deve ser aferida através das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial.

No caso da ação popular, para o seu ajuizamento, é óbvio que se exige o preenchimento de condições para o seu exercício, tanto para figurar no pólo ativo, como no pólo passivo.

Quanto ao autor popular, qualquer do povo terá legitimidade para propor a ação popular, posto que o objeto da mesma pertence obviamente a todo cidadão.

Aliás, o art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, expressamente, dispõe que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos”<sup>50</sup>.

Hely Lopes Meirelles diz que a condição de **cidadão brasileiro** do autor (pessoa natural) é o “primeiro requisito”<sup>51</sup> para ação popular. Também deve estar no **gozo dos seus direitos cívicos e políticos**, instruindo a inicial com cópia de seu título eleitoral. Há, portanto, a exigência de duas condições legitimadoras para o exercício da ação popular: ser brasileiro e ser eleitor.

Conclui-se, portanto, que a pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular, assim como o estrangeiro e aquele que não está no gozo de seus direitos políticos.

Essa restrição e a exigência do binômio cidadão—eleitor, para propor ação popular, sofrem críticas. A professora Lúcia Valle Figueiredo critica a tese da legitimação atribuída somente aos cidadãos e diz que “[...] é algo que acanha a ação popular; desvirtuando medida de ouro para controle da ilegalidade da Administração, para controle da lesividade que a Administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa”<sup>52</sup>.

50 2002, p. 1019.

51 2003, p. 133.

52 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 412.

A autora sugere, *de lege ferenda*, que sejam legitimadas as associações de classe, bem como a OAB e até os estrangeiros, que residam no território nacional e aqui pagam seus impostos.

Gregório Assagra de Almeida adota posição inovadora, no sentido de que apenas a cidadania mínima, baseada na simples capacidade de votar, é o suficiente para legitimar o cidadão para propor ação popular, ao argumento de que o inc. LXXIII do art. 5º da CF não traz qualquer restrição.

Como a Constituição Federal (álnea “c” do inc. II, do § 1º, art. 14) assegura ao menor de 18 anos e maior de 16 anos a faculdade de se alistar como eleitor, tem ele legitimidade para propor ação popular, conforme destacam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: *“O eleitor com dezesseis anos é parte legítima para propor ação popular, estando capacitado para o exercício desse poder que decorre de sua condição política de eleitor”*<sup>53</sup>.

Quanto à posição jurídica, conforme antes se discutiu, há quem defenda o ponto de vista de que o autor popular ocupa a posição de um substituto processual. Autores da envergadura de José Frederico Marques, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Péricles Prade<sup>54</sup> argumentam que o autor popular não defende direito seu e, sim, da coletividade, em substituição a ela, em face da inércia dos demais cidadãos.

Recentemente, a professora Ada Pellegrini Grinover, em palestra proferida para a Associação Paulista do Ministério Público, discorreu sobre as diferenças e semelhanças entre ação popular e ação civil pública, oportunidade em que reafirmou que lhe é indiferente numa constar o nome do *“cidadão e na outra o do Ministério Público como autor, na verdade quem está litigando em juízo pelo portador de interesses é a coletividade. Vêjo aí uma legitimação extraordinária, tanto do Ministério Público como do cidadão.”*<sup>55</sup>

Em sentido contrário, há os que sustentam a tese de que o autor popular está em posição de quem tem a legitimação ordinária. Dentre estes, temos o peso da opinião de nada menos que José Afonso da Silva,<sup>56</sup> Hely Lopes Meirelles, Rodolfo de Camargo Mancuso e Luiz Alberto David Araújo (em co-autoria com Vidal Serrano Nunes Júnior), sustentando que em verdade o autor popular estaria a defender direito político que também é seu, a parte que também é sua.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, quem propõe a ação popular *“está exercendo, enquanto cidadão no gozo de direitos políticos, a sua quota-parte no direito geral a uma administração proba e eficaz, pautada pelos princípios assegurados nos arts. 37, 170, 215 e outros da CF.”*<sup>57</sup>

Idêntica é a opinião de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que sustentam que o autor popular atua legitimado em *“direito próprio, determinado pela titularidade subjetiva da prerrogativa constitucional de ter o patrimônio público, ao qual o*

53 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001, p. 371.

54 PRADE, Péricles. *Ação Popular*. São Paulo: Saraiva. 1986, p. 20. Grifos no original.

55 GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a ação popular: aproximações e diferenças. In: *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Org. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003, p. 142.

56 1968, p. 275.

57 1998, p. 135.

administrado está relacionado, gerido de forma honesta”<sup>58</sup>.

Realmente, o autor ocupa a situação de quem está a defender o patrimônio que é de todos, e que também é seu, sempre no interesse da boa condução do interesse da coisa pública. Por isso, em que pese ao ponto de vista contrário de doutos, parece ser indubitosa a posição de legitimado ordinário, a do autor popular.

No pólo passivo, de regra, deve sempre figurar o agente público que praticou o ato impugnado, objeto da ação. Mas a intenção do legislador, pelo que se lê no art. 6º da Lei 4.717/65, é a de que se alcance um número maior possível de réus.

Assim é que estão passíveis de figurarem como réus em ação popular tanto aquele que levou a efeito o ato lesivo, como também todos os que, de algum modo, para ele contribuíram, inclusive **por omissão**.

Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que “À leitura do art. 6º da Lei 4.717/65 já se percebe que a *mens legislatoris* é a de estabelecer um espectro o mais abrangente possível, de modo a empolgar no pólo passivo, não só o causador ou produtor direto do ato sindicado, mas também todos aqueles que, de algum modo, para ele contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente”<sup>59</sup>.

Nesse sentido também é a lição do mestre José Afonso da Silva:

*[...] a lei não discrimina. Qualquer autoridade, portanto, que houver participado do ato impugnado - autorizando-o, aprovando-o, ratificando-o ou praticando-o - deverá ser citada para a demanda popular; que vise anulá-lo. Assim, desde as autoridades mais elevadas até as de menor gabarito estão sujeitas a figurarem como réus no processo de ação popular. Nem mesmo o Presidente da República, ou o do Supremo Tribunal Federal, ou do Congresso Nacional, está imune de ser réu, nesse processo.*<sup>60</sup>

Ainda, da leitura dos arts. 6º e 2º da Lei 4.717/65, tem-se como indispensável a citação da entidade lesada, que poderá contestar a demanda popular ou posicionar-se ao lado do autor “desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo exclusivo do representante legal da entidade ou da empresa (art. 6º, § 3º)”<sup>61</sup>, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles.

Dessa forma, no pólo passivo, estão legitimados a figurar como réus ou litisconsortes, desde a autoridade que tenha ordenado o ato, como também aquele servidor, cuja conduta, dolosa ou culposa, tenha, de alguma forma, contribuído para o sucesso da lesão.

Também é parte legítima para figurar no pólo passivo a pessoa física ou jurídica de direito privado que tenha cometido ou participado do ato lesivo ao erário, graças à omissão do agente público.

Jamais hão de ficar fora da eficaz linha de fogo da ação popular aqueles que, diretamente, beneficiaram-se com a lesão ao patrimônio público, que são condenados, solidariamente, a ressarcir os cofres públicos.

58 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174.

59 1998, p. 140.

60 1968, p. 197

61 2003, p. 137.

Inclusive o magistrado, ainda que o ato por ele praticado seja tipicamente jurisdicional, desde que lesivo ao interesse de todos, não estaria fora de questionamento através da ação popular. E, no caso, além de ser passível de invalidação a sentença lesiva ao patrimônio público, o magistrado subscritor da mesma poderia ser condenado a indenizar o prejuízo causado ao erário, sem prejuízo da responsabilização administrativa e criminal perante o órgão próprio.

Este aspecto será objeto de análise mais detalhada no próximo tópico, que cuidará do objeto da ação popular.

## 12. OBJETO DA AÇÃO POPULAR

O art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, diz que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de *atos lesivos*”, sem distinguir qual é a natureza desses atos, desde que lesivos. De igual forma, o art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal preceitua que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular *ato lesivo* ao patrimônio público”, sem nenhuma restrição à natureza do ato.

Sabe-se que não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, principalmente em se tratando de legislador constituinte, conforme enuncia o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Sobre o tema, Carlos Maximiliano ensina que se “o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”.<sup>62</sup>

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência têm entendido que o ato lesivo ao patrimônio público, objeto da ação popular, via de regra, é o típico ato administrativo ou, pelo menos, o que produza efeito desta natureza e, nessa hipótese, admite-se que lei (somente a de efeitos concretos e imediatos) possa ser questionada através da ação popular.

A Lei 4.717/65, além dos casos do art. 1º (incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade), também prevê, em seu art. 4º e seguintes, as hipóteses de presunção de ilegitimidade ou lesividade do ato, que ficam passíveis de anulação.

Com a Constituição Federal de 1988, por força do inc. LXXIII, do art. 5º, além de poder a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, o autor popular pode invocar também a lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Com efeito, o objeto protegido pela ação popular foi ampliado pela **Constituição Cidadã**.

É interessante observar que o art. 670 do Código de Processo Civil de 1939, em vigor por determinação art. 1.217 do CPC atual, legitimava qualquer do povo pedir, por ação direta, a dissolução de sociedade civil que promovesse atividade ilícita ou imoral.

Maria Helena Diniz confirma esse entendimento, ao catalogar as várias formas de dissolução da sociedade simples, à luz do disposto no art. 1.037 do novo Código Civil, indicando como sendo uma delas a promovida “por ação direta, ou mediante denúncia de

62 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed.. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 201.

qualquer do povo ou do órgão do Ministério Público”<sup>63</sup>.

Mesmo depois de entrar em vigor o novo Código Civil, Antônio Cláudio da Costa Machado, ao comentar o art. 2.034 do novo Código Civil, afirma que o rito processual continua o mesmo. Diz o autor: “[...] às novas ações se aplique a novel regulamentação material da dissolução (CC, arts. 1.033 a 1.038, 1.085 a 1.087; v. ainda arts. 1.053 e 1.096) e da liquidação (CC, arts. 1.102 a 1.112), não se referindo à disciplina processual que continua a mesma”.<sup>64</sup>

No entanto, o novo Código Civil atribuiu a legitimidade para pedir a dissolução a qualquer dos sócios, ao Ministério Público e, na falta deste, ao interventor nomeado pela autoridade competente que autoriza o funcionamento (arts. 1.034 e 1.037 e p. único, do Código Civil).

Portanto, antes do Código Civil de 2002, além da previsão contida no inc. LXXIII, do art. 5º da CF, qualquer cidadão podia pedir a dissolução de sociedade civil que promovesse atividade ilícita ou imoral. Como a ação direta mencionada no dispositivo poderia ser promovida por **qualquer do povo**, a sua conotação era típica de uma ação popular.

Não se cogita nada a respeito do ato jurisdicional, como ato passível de desfazimento através de outra sentença proferida em ação popular. Há o que se pode chamar de uma intangibilidade do ato jurisdicional típico pela ação popular, como se sentença ou acórdão nunca pudesse conter qualquer mácula ou lesividade ao patrimônio público.

É de se indagar se haveria motivos para essa proteção dada ao ato jurisdicional, posto que, essencialmente, é também ato de império, decorrente de uma das funções do Estado. Não se vê razão para tratamento diferenciado e gozar de tamanho prestígio, o ato jurisdicional típico.

Em que pese à separação da função jurisdicional, indiscutível e evidentemente que, ao proferir sentença, o juiz pratica ato de Estado, com efeitos concretos.

Portanto, como **ação do Estado** ou declarações deste, tanto a lei, como a sentença ou o ato administrativo não de estar sempre em harmonia com a Lei Maior, dada a supremacia constitucional, sob pena de inexistirem no ordenamento jurídico.

Apoiado nesses argumentos é que, em artigo de autoria deste autor<sup>65</sup>, foi defendida a possibilidade de utilização da ação popular como instrumento de invalidação do ato jurisdicional típico, que causasse lesão ao patrimônio público.

Juízes, desembargadores e administradores públicos são homens e como tais, suscetíveis de engendrarem entendimento entre si com a finalidade de lesar os cofres públicos.

Agustín Gordillo, embora também tratando do tema responsabilização por atos lesivos do Estado, defende que é “*posible responsabilizar ao menos políticamente a los magistrados que generan a la sociedad responsabilida patrimonial, por no impedir a tiempo que los funcionarios administrativos perpetren y materialicen acciones danosas*”<sup>66</sup>.

63 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 3º Vol., 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 557.

64 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 4ª ed. São Paulo: Manole. 2004, p. 1854-1855.

65 BRITO, Lúcio Eduardo de. **Sentença lesiva ao erário público e sua invalidação**. Revista Jurídica Unijus. V. 7. Uberaba: Uniube, 2004, p. 195.

66 GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Séptima edición. Belo Horizonte: Del Rey., 2003, p. XX-3.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, quando analisam quais os atos de improbidade administrativa estariam sujeitos aos efeitos da Lei 8.429/92, apontam como tais também os de magistrados, inclusive quando estes exercem atividade judicante.

Os autores destacam:

*A tendenciosidade e a má-fé, pejorativos igualmente raros mas nem por isso ausentes da rotina forense, além de preocupar os jurisdicionados, conduzem ao descrédito do próprio Estado de Direito, inviabilizando a consecução de seus fins. Em razão disto, sempre que for constatado o dolo do magistrado ou a presença das situações fáticas consubstanciadoras do impedimento – consoante previsão legal – aliadas ao silêncio deste e à ulterior prolação de decisório favorável ao seu preferido, ter-se-á um relevante indicador da improbidade.<sup>67</sup>*

E mesmo quando a decisão judicial, fruto de improbidade, tenha transitado em julgado, seria ela, na visão de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, passível de ser desfeita através de ação civil pública proposta com base na Lei 8.429/92. Senão, vejamos:

*Ainda que a decisão tenha transitado em julgado, inexistirá óbice à aferição dos elementos que comprometeram a imparcialidade do magistrado, já que a pretensão a ser deduzida na ação civil não pressupõe o revolver da lide originária, mas sim a análise dos fatores externos que comprometeram sua inidoneidade. Tal ocorrerá com maior intensidade quando haja recebimento de algum tipo de vantagem patrimonial para que a decisão seja favorável a determinado litigante. In casu, haverá flagrante violação aos princípios da legalidade e da moralidade, sendo imprescindível, no entanto, que a verificação de tais irregularidades seja feita com grande cautela, inclusive com o prévio manejo das ações autônomas de impugnação.<sup>68</sup>*

Wallace Paiva Martins Júnior<sup>69</sup> sustenta que a referida lei é aplicável também para os servidores públicos que prestam a jurisdição, no caso juizes, desembargadores e ministros de tribunais superiores, mesmo em relação aos seus atos típicos de jurisdição.

Wallace Paiva Martins Júnior assevera:

*o conceito de função pública é amplo, abrangendo, também, os próprios membros dos três Poderes do Estado<sup>70</sup>, pois os atos jurisdicionais, legislativos e ministeriais atípicos são atos administrativos e os atos jurisdicionais, legislativos e ministeriais típicos, praticados com dolo, para fins ilícitos, traduzem uso indevido da função. Assim, por culpa grave, causando lesão ao erário, o ato implicará improbidade administrativa.<sup>70</sup>*

E, para finalizar seu ponto de vista, Wallace Paiva é incisivo: “o juiz que auferir quantia para julgar a lide em favor de uma pessoa ou o deputado que recebe imóvel para votar favoravelmente a um certo projeto de lei de interesse de um determinado grupo cometem improbidade administrativa, na modalidade enriquecimento ilícito, no exercício de suas funções

67 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 260.

68 Idem, 2002, p. 260-261.

69 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva 2001, p. 249.

70 2001, p. 249.

constitucionais típicas [...]”.<sup>71</sup>

Confirmando o posicionamento doutrinário, registra-se que há alguns anos ocorreu o ruidoso caso do Estado do Rio de Janeiro, onde um juiz, um procurador do INSS e a advogada simularam processos contra a Previdência Social, com a finalidade de saquear os cofres da autarquia em vultosas quantias.

Mais recentemente, juízes federais foram apanhados na famosa *Operação Anaconda*, que culminou com a prisão de um magistrado federal – Rocha Mattos – sob a acusação de envolvimento em esquema de venda de sentenças.

O jornalista Frederico Vasconcelos, autor de livro-reportagem recentemente lançado, narra detalhes do envolvimento do juiz federal João Carlos da Rocha Mattos em possíveis vendas de sentença. Um exemplo é o caso da absolvição de um dos acusados no escândalo dos precatórios, o Sr. Sérgio Chiamarelli Júnior, com quem Rocha Mattos mantinha laços de amizade, fato comprovado por gravação feita pela Polícia Federal:

No dia 13 de maio de 2003, às 18h30min, o delegado Bellini telefonou para Rocha Mattos, que estava em Porto Alegre. Esse telefonema ficaria famoso porque Bellini diz que “Serginho” (Chiamarelli) estava mandando um beijo para o juiz. E Rocha Mattos perguntava a Bellini se o empresário havia gostado da decisão, sentença que proferira, dias antes, absolvendo-o.<sup>72</sup>

O cidadão, a favor de quem o ordenamento jurídico foi instituído, pode lançar mão de milenar instrumento capaz de anular e afastar lesão ao patrimônio público, ainda que o alvo dessa poderosa arma seja sentença de juiz ou mesmo acórdão de tribunal superior.

Enfim, o ato jurisdicional lesivo ao patrimônio público, como qualquer outro ato de Estado, também pode ser impugnado e invalidado através de ação popular, uma vez que o art. 37 da CF impõe obediência a todos os agentes públicos, e a Lei n. 4.717/65 não distingue a natureza do ato a ser questionado.

Logo, os atos tipicamente jurisdicionais lesivos ao patrimônio público podem ser impugnados pela ação popular, mesmo depois de transitados em julgado.

A sentença lesiva ao erário, por ferir o princípio da moralidade, é indiscutivelmente sentença inconstitucional, visto que a violação de “um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>73</sup>.

A noção de impossibilidade jurídica do pedido é a proibição expressa do ordenamento jurídico, que veda ao juiz apreciar o mérito da causa. Então, a sentença que lesa o patrimônio público em verdade terá deferido pedido juridicamente impossível, porque o *caput* do art. 37 da CF proíbe o ato contrário ao princípio da moralidade.

Com efeito, a sentença juridicamente não existe pela ausência de uma das condições da ação. Em suma, o autor carecia de ação, e quem não tem ação, não pode ter processo nem sentença de mérito.

Portanto, a sentença lesiva ao erário não adquire a qualidade de coisa julgada em

71 2001, p. 249-250

72 VASCONCELOS, Frederico. *Juízes no banco dos réus*. São Paulo: Publifolha. 2005, p. 310.

73 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 409.

tempo algum: é juridicamente inexistente e pode ser declarada como tal em ação popular, a qualquer tempo.

### 13. CONCLUSÃO

Com mais de mil anos de existência, o instituto da ação popular atravessou séculos, ora embalada por ventos de liberdade, ora sufocada pela brutalidade de regimes totalitários, mas sempre reapareceu para legitimar a qualquer do povo buscar a correção de ato contrário ao interesse de muitos.

Certo é que continua viva em muitas legislações, e sua tendência é de se destacar, notadamente em países onde a gestão da coisa pública está ao alcance de todos, ou pelo menos deveria, principalmente naqueles que se proclamam democráticos.

A ação popular, como uma garantia constitucional para defesa de interesses difusos porventura lesados pelos agentes públicos, foi a pioneira no ordenamento jurídico brasileiro a ter por objeto a defesa de interesses difusos, uma vez que as demais ações de cunho coletivo vieram a lume mais recentemente, quando já sedimentada a consciência da defesa de direitos e interesses coletivos e difusos.

É de suma importância para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito o fortalecimento e o aprimoramento do instituto da ação popular, com vistas a melhor armar o cidadão com um eficaz instrumento de controle dos atos de agentes do Estado, inclusive os de natureza eminentemente jurisdicional.

E a melhoria primeira que reclama é a que diz respeito à pessoa do autor popular.

A cidadania mínima tem que ser a única exigência para a propositura da ação popular, e a legitimidade ativa deveria ser atribuída às associações de classe, à OAB e aos estrangeiros residentes no Brasil.

Também o rol de lesões passíveis de impugnação pela ação popular precisa ser ampliado, para abranger, por exemplo, violações ao direito do consumidor, ao plano diretor das cidades, ao direito à privacidade e, principalmente, à dignidade da pessoa humana.

O fortalecimento do instituto pode também vir através de proteção especial que pode ser dada ao autor popular, para que não fique à mercê de influências não-jurídicas, capazes de desestimulá-lo ou amedrontá-lo.

Com efeito, de *lege ferenda*, propõe-se que a legislação seja aprimorada de forma a prever, quem sabe, até mesmo uma premiação extra (sucumbencial) do cidadão que demonstrar iniciativa e bravura cívica ao ajuizar ação popular, custeada pelos cofres públicos, e até proteção pessoal, à semelhança do que ocorre no chamado programa de proteção à testemunha, na hipótese de eventual ameaça à sua integridade física.

Infelizmente, em face da acanhada cultura política reinante e a falta de consciência da coisa pública, a ação popular é por vezes desvirtuada, utilizada que é para a prática da famigerada politicagem, para ataques infundados e, o pior, usando o cidadão inculto e incauto como munição contra interesses do próprio povo.

É imprescindível, portanto, que sejam criados mecanismos de efetiva punição para os chamados “autores populares laranjas”, que, a mando de terceiros interessados, ajuízam



ação popular temerária que causou transtorno no dia-a-dia da administração pública.

Defende-se, ainda, a própria responsabilização criminal, não só do autor popular fantoche, mas também, e principalmente, daquele que estiver por trás da ação, com intuito meramente demandista, dada a importância do instituto, que não pode ter sua finalidade desvirtuada por inescrupulosos.

#### **14. Abstract:**

*Popular lawsuit consists of an important tool offered to citizens, whose purpose is control and revision of public agents' acts, mainly when those acts have injurious effects on public patrimony. This subjective public right allows citizens to take part, active and straight, in the country's politics, not only taking care of administrative morality, but also protecting ecology and cultural and historical patrimony of their own place.*

**Key words:** *Popular lawsuit. Democracy. Public patrimony. Administrative morality.*

#### **15. Referências**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed.. São Paulo: Saraiva. 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

BRITO, Lúcio Eduardo de. **Sentença lesiva ao erário público e sua invalidação.** Revista Jurídica Unijus. V. 7. Uberaba: Uniube, 2004

DADAM, Luzia Nunes. **Ação popular: controle jurisdicional e razoabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Execução Civil.** 8ª ed.. São Paulo: Malheiros . 2002.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II, São Paulo: Malheiros. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 3º Vol., 17ª ed.. São Paulo: Saraiva. 2002.

\_\_\_\_\_. **Dicionário Jurídico.** Vol. 3. São Paulo: Saraiva. 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo.** Séptima edición. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública e a ação popular: aproximações e diferenças.** In: **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social.** Org. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. v. 1. Terza Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.
- LIMBERGER, Tênis. **Atos da Administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 4ª ed. São Paulo: Manole. 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1998.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas-Data”, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental**. 25ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003.
- MINHOTO JÚNIOR, Alcebiades da Silva. **Teoria e prática da ação popular constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1985.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14ª ed, São Paulo: Atlas, 2002.
- PRADE, Péricles. **Ação Popular**. São Paulo: Saraiva. 1986.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Liv. Freitas Bastos S.A. 1955.
- SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Tradução de Karina Andréa Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana. 2003.
- SIDOU, J. M. Othon. **“Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular (as garantias ativas dos direitos coletivos)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- VASCONCELOS, Frederico. **Juízes no banco dos réus**. São Paulo: Publifolha. 2005.
- WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.



# ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO

Antonio Milton de Barros<sup>1</sup>

## RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama histórico e crítico sobre a pena carcerária, bem como descrever um quadro a respeito das medidas alternativas à pena de prisão, tanto daquelas já adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, como outras existentes no direito comparado, ainda não implantadas pela legislação pátria. Apresenta uma visão pessoal e de vários doutrinadores consagrados a respeito da conveniência da adoção de medidas que possam substituir, com vantagem, a pena de prisão, sempre que esta não se revelar extremamente necessária, segundo a concepção própria do Estado democrático de direito.

**Palavras-chave:** Pena privativa de liberdade. Medidas alternativas. Estado democrático de direito.

## Sumário:

1. Introdução – 2. Regras de Tóquio – 3. Propostas de desinstitucionalização – 3.1 Descriminalização – 3.2 Despenalização – 3.3 Desjudicialização, diversificação ou diversão – 4. Penas patrimoniais – 5. Outras formas de controle – 6. Alternativas penais no Brasil – 6.1 Antecedentes históricos – 6.2 Lei 9.099/95 – 6.2.1 Transação penal – 6.2.2 Suspensão condicional do processo – 6.3 Lei 9.714/98: Novas penas restritivas de direitos – 6.4 Projeto de reforma do Código Penal – 7. Conclusão – 8. Abstract – 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Há muito tempo se questiona a pena de prisão. As formulações críticas continuam atuais e, não raro, provêm de representantes da Justiça e de governos. Nesses casos, os discursos resumem-se em questionar as condições precárias e desumanas das cadeias, “sem colocar qualquer dúvida sobre a existência ou as funções da cadeia na sociedade”. Trata-se de apresentar a prisão como solução para seus próprios problemas, com diversas manifestações nesse sentido, de juristas e de autoridades<sup>2</sup>.

No entanto, existem outras correntes ou perspectivas, tais como a proposta de um modelo político-criminal alternativo ou outros tipos de reação, como as diversas formas de abolicionismo, desde o mais moderado até o mais radical, derivada da Criminologia crítica. Dentre as críticas feitas à pena, um ponto em comum:

“A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao

<sup>1</sup> Promotor de Justiça aposentado. Professor de processo penal na Faculdade de Direito de Franca. Especialista em processo penal, pela Universidade de Salamanca-Espanha. Mestre e Doutor em direito das relações sociais, pela PUC-SP.

<sup>2</sup> José Ricardo Ramalho, *O mundo do crime*, p.172.

gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos”<sup>3</sup>.

Em relação ao estado do sistema penitenciário na América Latina e, no Brasil em especial, os problemas insolúveis da execução da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado revelam fatos cuja simples observação eventual faz transparecer os mais fortes traços de medievalismo: barbárie, irracionalismo, desregulamentação, inexistência de garantias, intolerância, genocídio. “*Assim, cremos que nosso sistema de poder e controle penitenciário está ingresso empiricamente no medievo, orientado, entretanto, pedagogicamente, pela perspectiva disciplinar, conformando um modelo otimizadado de violação de direitos*”<sup>4</sup>. A pena de prisão encontra-se em franca decadência e vivendo um momento de renovação que implica em conseqüências importantes na esfera do Direito Penal, como o despontar de novas correntes de pensamento do moderno sistema criminal<sup>5</sup>.

Apontam-se quatro razões que justificaram a busca para substituírem-se as medidas de prisão. A primeira é a crise da prisão como instrumento de controle: o crescimento da população carcerária, com o aumento da violência, a difusão de doenças e ausência de garantias aos direitos fundamentais e a constatação do fracasso do cárcere para cumprir os objetivos de prevenção, retribuição e reinserção. Em segundo lugar, a crítica às instituições totais: a análise feita por Goffman sobre as instituições totais, que deflagrou movimento pela desinternação dos enfermos mentais, resulta em uma tendência de se pensar o mesmo a respeito das penitenciárias.

Segundo Ervin Goffman<sup>6</sup>, instituições totais são aquelas que dominam e controlam por completo a vida das pessoas em todos os momentos de sua existência, como os presídios, os manicômios etc. Michel Foucault<sup>7</sup> as denomina de “Instituições de seqüestro”, dizendo que se pode caracterizar a função destas instituições da seguinte maneira: “*Primeiramente, estas instituições – pedagógicas, médicas, penais ou industriais – têm a propriedade muito curiosa de implicarem o controle, a responsabilidade sobre a totalidade, ou quase totalidade do tempo dos indivíduos; são, portanto, instituições que, de certa forma, se encarregam de toda a dimensão temporal da vida dos indivíduos*”.

A terceira razão consiste na crise fiscal do Estado e a relação custo-benefício da prisão: a exigência de racionalização econômica influenciou para que se desenvolvessem alternativas à pena carcerária, tendo em vista os altos custos de manutenção e construção de prisões.

Por último, a busca de uma nova legitimação do controle penal: a crise da prisão significou, em conseqüência, uma crise dos fins do Direito Penal, tradicionalmente vinculados à instituição penitenciária como forma nuclear da resposta punitiva<sup>8</sup>.

As alternativas para o sistema de penas constituem meios, métodos e formas de reação ao delito, que atuam em todos os momentos do dinamismo penal. Através da cominação, quando o ordenamento positivo consagra novas modalidades de sanção; da aplicação, quando ao juiz se possibilitam meios para melhor escolha e medição da pena; e da execução, quando

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, p. 310.

<sup>4</sup> Salo de Carvalho, *Pena e garantias*, p. 218

<sup>5</sup> Nesse sentido, dentre outros, Sergio Salomão Shecaira, *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*, p. 105.

<sup>6</sup> *Internados: ensayo sobre la situación de los enfermos mentales*, pp. 17 ss.

<sup>7</sup> *La verdad y las formas jurídicas*, p. 117 e ss.

<sup>8</sup> Carlos González Zorilla, *Para qué sirve la Criminología*, p. 14. Em tradução livre.

os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos visados pelas diversas medidas de prevenção em repressão à criminalidade<sup>9</sup>.

Desse modo, é possível falar-se em alternativas “para a” pena de prisão (ou da pena de prisão) ou alternativas “na” pena de prisão; na primeira hipótese, substitui-se a perda da liberdade por outra espécie de sanção e, na segunda, escolhem-se novos meios e métodos para a aplicação e a execução da pena de prisão.

A esse respeito, em reflexões externadas há mais de cinquenta anos, Francesco Carnelutti<sup>10</sup> já assinalava que enquanto as variedades de crimes vão crescendo, as variedades de pena, com o progresso do direito, não sendo reduzidas, aduzindo: *“hoy en día las penas se reducen, entre los pueblos verdaderamente civilizados, o al menos parecen reducirse, a la reclusión, entendida em sentido genérico, compreensivo de toda espécie de pena carcelaria, (...) o a la obligación de pagar una suma de dinero (también em sentido genérico, multa)”*<sup>11</sup>.

## 2. REGRAS DE TÓQUIO

Em 1955, no Congresso de Genebra, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou as “Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos”; na época acreditava-se que o crime tinha origem em causas individuais, por isso se falava em tratamento (ressocialização) do recluso, idéia que foi abandonada, passando-se a constar de Resoluções subseqüentes a necessidade de redução do número de reclusos e adoção de soluções alternativas à prisão, assim como o objeto de reinserção social dos delinqüentes.

Posteriormente, por recomendação de seu 8º Congresso, a Assembléia Geral da ONU, pela Resolução 45-110, de 14 de dezembro de 1990, deliberou adotar as “Regras Mínimas para a Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinqüente”, elaboradas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente, sob a denominação de “Regras de Tóquio”. Foram preparadas em face do aumento global da criminalidade e do fracasso dos sistemas punitivos em preveni-la e com a consciência de que tais sistemas, em geral, fundam-se na malograda experiência da pena de prisão e de que a idéia das penas substitutivas ou alternativas, embora bem difundida, ainda não se efetivara com eficiência<sup>12</sup>.

Essas regras apresentam um conjunto de princípios visando promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade e garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão, baseando-se no equilíbrio entre os interesses do delinqüente e da vítima, de um lado, e o interesse da sociedade na segurança pública e prevenção do delito, de outro; adotam o princípio da intervenção mínima, como forma de impedir excessos de intromissões nos direitos individuais, sob pretexto de segurança pública; preconizam a participação da comunidade na administração da Justiça Penal; e recomendam a adoção de sanções verbais, liberdade condicional, penas de perda de direitos, penas pecuniárias, confiscos, indenização a vítimas, suspensão da execução da pena, regime de prova e liberdade vigiada, serviços à comunidade, comparecimento a centro de tratamento, prisão domiciliar,

<sup>9</sup> René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 407.

<sup>10</sup> *El problema de la pena*, p. 33. Em tradução livre. O autor escreveu o texto, em outubro de 1943, quando se encontrava exilado, na cidade Suíça de Bellinzona, em casa de amigos.

<sup>11</sup> Também no Brasil, há décadas, os autores vêm indicando a aplicação de medidas alternativas, como, exemplificativamente, René Ariel Dotti, já referido, Ruy de Mello Tucunduva, A prisão-albergue e a crise do sistema penitenciário. In: *Justitia*, pp. 45-54 e Carlos Eduardo Brisolla, O sistema judiciário Belga. In: *Justitia*, pp.115-122.

<sup>12</sup> Leonardo Sica, *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*, p. 122.

qualquer outro regime que não contenha prisão ou a combinação dessas medidas.

Embora não tenham força de lei, as regras apresentam grande valor, no tocante às penas e medidas alternativas, como uma declaração de princípios a serem observados pelos Estados-membros da ONU, em relação aos quais possui força vinculante, no sentido de que devem envidar esforços para introduzi-las no direito interno (Regra 1.5.), com o devido respeito às peculiaridades de cada país (Regra 1.3.) e ao princípio da autodeterminação de cada povo.

Seus objetivos fundamentais são: promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade; as garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão; promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça penal e no tratamento do delinqüente; estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade (Regras 1.1. e 1.2.). Também prevêem a observância ao princípio da intervenção mínima, utilizando-se dos processos de despenalização, descriminalização ou desjudicialização (Regras 2.6. e 2.7.).

A expressão “medidas” deve ser entendida em sentido amplo, “para compreender as ‘medidas propriamente ditas’ e as ‘penas’ não privativas de liberdade”, sendo estas sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições de direitos, enquanto que aquelas são institutos ou instrumentos que visam impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada ou executada pena privativa de liberdade. As penas alternativas podem ser diretas, ou seja, aplicadas pelo juiz sem necessidade de se passar pela pena de prisão, ou substitutivas, em que o juiz primeiro fixa a pena de prisão e somente depois faz a substituição<sup>13</sup>.

### 3. PROPOSTAS DE DESINSTITUCIONALIZAÇÃO

Conforme referenciado, diversos fatores, como a crise fiscal do Estado e a deslegitimação da pena de prisão, ensejaram uma tendência para a desinstitucionalização, ou seja, a de haver a menor quantidade possível de pessoas presas, ficando a prisão somente para os casos de extrema gravidade. Se o Direito Penal é a *última ratio*, a prisão deve ser a *extrema ratio*. Essa mudança traduz-se em três medidas: estabelecimentos com número reduzido de presos; substituição das penas privativas de liberdade por outras penas e tendente descriminalização, despenalização ou diversificação.

A Política Criminal Alternativa “*parte da idéia da existência de uma sociedade de classes, entendendo que o sistema punitivo está organizado ideologicamente, ou seja, com o objetivo de proteger os conceitos e interesses que são próprios da classe dominante*”. Por tal razão, os instrumentos de controle social são opressivos, de modo a manter dócil a classe dos prestadores de força de trabalho, em benefício dos detentores dos meios de produção. Conseqüentemente, o Direito Penal é elitista e seletivo, recaindo com maior força sobre os mais fracos e evitando recair sobre os que detêm o poder de fazer as leis<sup>14</sup>.

Os defensores de uma política criminal alternativa também pregam a abolição do Sistema Penal, mas enquanto isso não ocorre, sugerem que deve haver uma redução da atividade punitiva do Estado, mediante os processos de descriminalização, despenalização, descarcerização e desjudicialização<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Luiz Flávio Gomes, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 25.

<sup>14</sup> Sérgio Shecaira Sergio Salomão Shecaira, *Pena e Constituição*, p. 107.

<sup>15</sup> A desjudicialização também se conhece por diversificação ou diversão ou dispersão. Em relação a todas as modalidades, Raúl Cervini, *Os processos de descriminalização*, p. 81, assinala que existe divergência entre os autores quanto à definição e conteúdo desses conceitos.

### 3.1 Descriminalização

A expressão descriminalização apareceu pela primeira vez em 1949, embora não se trate de fenômeno recente, sendo que, em um Congresso de 1973, os participantes se colocaram de acordo quanto à necessidade inadiável de se realizar a purificação do ordenamento positivo. Consiste em abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal, ou seja, a desqualificação de uma conduta como crime. Por outro lado, considerando-se a lei criminal como fator criminógeno, a descriminalização é também maneira lógica de diminuir a delinquência<sup>16</sup>.

A descriminalização pode dar-se de forma direta, pela revogação da norma incriminadora, ou de maneira mais sutil, mediante alteração dos elementos da figura típica (v.g., ampliando-se ou restringindo-se o conceito de dano). Além de uma incidência sobre a norma incriminadora, pode o legislador buscar a descriminalização através da parte geral do Código Penal (alargando o âmbito das causas de justificação, a redução dos prazos prescricionais etc.) ou na forma de reconhecimento do princípio da bagatela, ou, ainda, através da despenalização, mediante renúncia à pena. Também pode ser feito por meio do processo penal, ampliando-se o princípio da oportunidade para a atuação do Ministério Público ou os casos de crimes dependentes da iniciativa particular (representação ou queixa). Trata-se aqui de uma descriminalização legal ou em sentido estrito.

Além da forma legal, por meio do processo legislativo, a descriminalização pode ocorrer também nos casos concretos, a saber: nem todas os fatos criminosos são levados aos tribunais (algumas vítimas de crimes preferem não recorrer à Polícia); noutros casos, é a Polícia que age discricionariamente na inculpação; ou, ainda, “*quando o juiz penal é criativo e sensível perante as transformações sociais, é instrumento de descriminalização*”<sup>17</sup>.

Por último, pode verificar-se a denominada descriminalização substitutiva, na qual as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais, punidas com multas de caráter disciplinar. Para evitar que sejam criminalizadas certas condutas que requerem tutela, mas não necessariamente penal, surge a proposta de administrativação do sistema sancionatório como uma possibilidade coerente de alternativa à pena, devolvendo-se certos conflitos indevidamente apropriados pelo Direito Penal à esfera jurídica mais idônea. Viabiliza-se a adoção de provimentos descriminalizantes e despenalizantes, com o envio das situações para outra área de tutela ou com a possibilidade de adoção de outras sanções que não a pena, respectivamente<sup>18</sup>.

Todavia, essa última modalidade não deve ser concebida como simples meio de desafogamento do sistema, mas como caminho oposto àquele condicionado pela lógica emergencial de crescente demanda da segurança pública, tornando possível, inclusive, segundo o autor da idéia (Moccia), melhorar a eficiência na proteção dos cidadãos, já que para uma série de condutas, a sanção administrativa não só é suficiente como é dotada de maior efetividade, por não ser cancelável por anistia, não estar sujeita a breve prescrição ou suspensão condicional e porque pode alcançar a pessoa jurídica<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 189.

<sup>17</sup> Alvaro Mayrink da Costa, *Criminologia*, p. 1334.

<sup>18</sup> Raul Cervini, *Os processos de descriminalização*, p. 82.

<sup>19</sup> Leonardo Sica, *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*, p.131.

### 3.2 Despenalização

Despenalização é o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Este conceito inclui toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais<sup>20</sup>. Assim, os substitutivos penais e as medidas alternativas configuram exemplos clássicos de despenalização não consensual. Modernos processos despenalizadores levam em conta o consenso, princípio da oportunidade e interessa-lhes mais a ressocialização que a retribuição do infrator, mais a reparação dos danos à vítima que o atendimento da pretensão punitiva estatal, como ocorre, no Brasil, em relação à Lei 9.099/95<sup>21</sup>.

### 3.3 Desjudicialização, diversificação ou diversão

A desjudicialização, também denominada de diversificação ou diversão, tem como objetivo manter os indivíduos fora do sistema da Justiça Penal, mediante acordos extrajudiciais ou, quando isso não seja possível, a imposição de sanções não-penais ou não-privativas de liberdade. “O conceito de diversificação significa a suspensão dos procedimentos criminais em casos que o sistema de justiça Penal mantém formalmente sua competência”<sup>22</sup>. Essa tendência de flexibilidade da persecução penal é caracterizada, portanto, como um desvio antes de se chegar à solução jurídico-penal, “*como dimensão mais radical dos diversos mecanismos alternativos ao processo tradicional*”, pois o conflito jurídico penal é resolvido fora do sistema formal de aplicação da justiça<sup>23</sup>.

## 4. PENAS PATRIMONIAIS

Dentre as penas modernas e alternativas à prisão, são arroladas as patrimoniais, tanto as pecuniárias, consistentes no pagamento de somas em dinheiro, como as privativas de direitos, consistentes na perda temporal ou permanente de alguma capacitação para o trabalho. Mas, não foram essas penas desconhecidas na tradição clássica. Enquanto as antigas penas privativas de direitos tiveram função infamante, as pecuniárias “pré-modernas” tiveram sobretudo o caráter de sanções privadas dirigidas a realizar, como alternativa à vingança, uma composição pacífica do conflito entre o réu e parte ofendida, sob forma de reparação ou de preço para a paz...”<sup>24</sup>.

Apesar de terem larga aplicação no Direito Penal, ao longo da história, “*em razão da propalada necessidade de afastar o homem do cárcere, a pena pecuniária é utilizada para fundamentar soluções pecuniárias desprovidas de sentido útil e preventivo*”, quando deveria ser cominada e aplicada de acordo com a natureza do crime e em atenção aos interesses das partes e da coletividade, uma vez que sua aplicação indiscriminada pode causar distorções deslegitimantes do sistema penal. Ademais, essa forma de pena é considerada burguesa e elitista, de um lado, e pouco aflitiva e ineficaz, de outro<sup>25</sup>.

Entretanto, essas críticas devem ser vistas com reservas pela possibilidade de representarem a valorização da pena de prisão, na medida em que algumas infrações não

<sup>20</sup> Raul Cervini, op. cit., p. 85.

<sup>21</sup> Luiz Flávio Gomes. *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 59.

<sup>22</sup> Raul Cervini, op. cit., p. 85.

<sup>23</sup> Fernando Fernandes, *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 133.

<sup>24</sup> Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, p. 315.

<sup>25</sup> Leonardo Sica, *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*, p.127.



podem ser descriminalizadas, mas também não merecem ser punidas com prisão. Ademais, ficaria prejudicada, pelo raciocínio, a chance de se utilizar o ressarcimento do dano para afastar a instância penal.

## 5. OUTRAS FORMAS DE CONTROLE

Além de penas não privativas de liberdade, como alternativas à prisão, existem outros tipos de vigilância que se verificam fora dos muros da prisão, como pulseiras eletrônicas<sup>26</sup> e instalação de câmaras de vídeo, alcançando um grande número daqueles apontados como criminosos que não cabem no interior da estrutura carcerária, com diminuição dos custos, mas que são mantidos sob vigilância permanente, por parte do Estado.

Essas alternativas, por vezes, ao contrário daquilo a que supostamente se destinam, isto é, um menor controle social, podem representar uma extensão desse controle, algumas vezes de forma tão ou mais estigmatizante do que a pena de prisão, como se noticia a existência, nos EUA, de condenações que obrigam ao condenado carregar cartazes com dizeres referentes à sua situação processual, tais como um carregado por um homem em frente a uma loja constando “Eu roubei esta loja. Não roube você também”<sup>27</sup>.

No Brasil, exemplo que pode ser comprovado empiricamente, é o caso da Lei 9.099/95, que veio com declarados propósitos despenalizadores, mas que, em verdade, acabou repercutindo em punição para condutas que, na prática, eram ignoradas, seja pela impossibilidade de realização de tantos inquéritos policiais, seja por desinteresse mesmo, inclusive por se tratar, eventualmente, daquelas infrações “sem vítima”, como muitas contravenções penais.

Mas, afora esse aspecto, revelador de conduta reprovável da autoridade, os casos de transação penal, de um lado, e os de suspensão da pena, de outro, também não se mostram inteiramente favoráveis aos infratores. No primeiro caso, porque a “pena” transacionada é praticamente a mesma que seria aplicada se houvesse condenação em um processo regular, assegurados os direitos constitucionais. Da mesma forma, a suspensão do processo é equivalente à suspensão da execução da pena, que seria concedida, de qualquer forma, ao condenado, pois são praticamente iguais as exigências, para ambas as hipóteses.

Assim, há que se prestigiar e apoiar a efetiva contenção do poder punitivo do Estado, mediante a adoção de processos de descriminalização reais e não dessas formas que mantêm e até dilatam o controle social.

## 6. ALTERNATIVAS PENAS NO BRASIL

### 6.1 Antecedentes históricos

Excluindo o período imperial em que vigoraram as Ordenações do Reino, a história da prisão no Brasil tem início com a promulgação do Código Criminal do Império, de 1830, que fora previsto na Constituição de 1824. As sanções previstas naquele diploma foram: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites de escravos. Em seguida, no Código Republicano, de 1890,

<sup>26</sup> Em Portugal, após dois anos de testes, com a utilização de pulseiras em 250 detentos, foi anunciada implantação do programa em todo o país, em 2005. Cf. Paula Torres de Carvalho, *Pulseiras Eletrônicas em Todo o País em 2005*. Disponível in: <<http://www.público.pt/dhtml.asp>>. Acesso em 23.mar.2004.

<sup>27</sup> Maria Lúcia Karam, *A esquerda punitiva*, p. 342.

previu-se prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar, além de banimento, interdição, suspensão e perda do emprego público e multa<sup>28</sup>.

O Código Penal vigente (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), em sua redação original, já adotou o sistema progressivo ou irlandês, mas ao discipliná-lo, o legislador não foi integralmente fiel ao modelo clássico, pois “quer quanto ao número, quer quanto ao ritmo, quer quanto à essência, não se subordinou à rigidez de períodos incompatíveis com a individualização executiva da pena e com a contínua transformação da ciência penitenciária”<sup>29</sup>.

Desde então, o sistema progressivo brasileiro tem em vista a pena de reclusão, dividido em quatro períodos: isolamento diurno e noturno; trabalho em comum; transferência para colônia agrícola; livramento condicional. Mas o isolamento inicial não tem os primitivos fins de castigo, nem visa à regeneração do recluso, sendo exclusivamente um período de prova, de observação.

Referido dispositivo foi alterado pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, tornando facultativo o isolamento e mantendo sua finalidade de observação, com o objetivo final de proceder-se à classificação e individualização da execução penal. E o Centro de Classificação e Triagem “*é dos tipos de estabelecimento, de segurança máxima e se destina a classificar os condenados de modo que cada um tenha o encaminhamento adequado...*”<sup>30</sup>.

De acordo com o artigo 33, da redação atual do Código Penal, as penas privativas de liberdade serão de reclusão e de detenção, devendo a primeira ser cumprida nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto e a segunda no semi-aberto e no aberto. O regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, o semi-aberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e o aberto em casa do albergado ou estabelecimento adequado.

Portanto, o Código Penal distingue o regime inicial segundo a natureza da pena; se de reclusão, sendo o condenado reincidente, o início será sempre no fechado. Também deverá iniciar o cumprimento nesse regime mais rigoroso o condenado a pena superior a oito anos, ainda que não reincidente. E o início do desconto será no semi-aberto quando a pena não exceder a oito anos e aberto quando não exceder a quatro, sempre na dependência da verificação, pelo juiz, das circunstâncias do caso e das condições do condenado. Quando a pena for de detenção, ainda que reincidente o infrator, o início deverá ser no regime semi-aberto, pois a lei vedou a imposição de regime fechado para esse tipo de pena.

Assim, o Brasil, pelo Código Penal de 1940, adotou o sistema progressivo em relação à pena de reclusão, que previa um período inicial de isolamento absoluto por um prazo não superior a três meses na pena de reclusão, seguido de trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar e, afinal, o livramento condicional. Com a reforma penal introduzida pela Lei 6.416, de 24-5-1977, o isolamento celular tornou-se facultativo.

Reforma penal ocorrida em 1984 introduziu outras medidas descarcerizantes, a saber: Adoção do regime aberto (CP, art. 36), para os condenados até quatro anos, não reincidentes; esse regime ficou seriamente prejudicado por não serem construídas casas de albergado em

<sup>28</sup> René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 18.

<sup>29</sup> Louival Vilanova Viana, O sistema penitenciário no direito brasileiro. In: *Revista Forense*. Vol. 153, p. 515.

<sup>30</sup> René Ariel Dotti, Os princípios fundamentais na reforma da Execução Penal. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 159, p. 202.

número suficiente. A pena privativa de liberdade de até seis meses poderia ser substituída por multa e até um ano por uma restritiva, se o réu não fosse reincidente. Nos crimes culposos, mesmo que superior a um ano, a pena poderia ser substituída por uma restritiva e multa ou duas restritivas. As penas privativas de liberdade até dois anos, desde que o réu não fosse reincidente, poderiam ter a execução suspensa, mas o *sursis* era condicionado à obrigatória prestação de serviços à comunidade, no primeiro ano.

Esse sistema mostrou-se insuficiente como resposta crítica à criminalidade, sucumbindo a novo furor legislativo a partir de 1990, de modo especial com a Lei 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos. Mas logo se sentiu a necessidade de reformar o sistema, agora para reduzir a violência punitiva, de novo minimizando o papel da prisão. Além disso, a delegação brasileira que participou do 9º Congresso da ONU, em Viena, 1995, comprometeu-se a estudar a possibilidade de se ampliar em nosso ordenamento jurídico as possibilidades alternativas de prisão.

Surgem, então, as leis 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e 9.714/98 (Novas Penas Restritivas de Direitos), festejadas por uns como revolucionárias e avançadas, mas também criticadas como diplomas legais que implementaram medidas meramente emergenciais, destinadas a desafogar o Judiciário.

## 6.2 Lei 9.099/95

A Constituição Federal de 1988 prevê a informalização da justiça criminal, mediante a instituição de Juizados Especiais Criminais, dispondo em seu artigo 98, I: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A respeito da informalização da Justiça penal, preleciona Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo<sup>31</sup>:

*“Seja qual for o modelo adotado, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos Estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, ad hoc; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que ‘o que não está no processo não está no mundo’; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior parcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento”.*

<sup>31</sup> *Informalização da Justiça e controle social*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, pp. 108-9.

Para Grinover *et al*<sup>32</sup>, o artigo 98, I, da Constituição Federal deve ser compreendido pelas seguintes razões: a preocupação do jurista brasileiro com um processo penal de melhor qualidade; a descrença de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda infração, sem admitir-se alguma dose de disponibilidade; as vantagens do procedimento oral, praticado na essência (concentração, imediação e identidade física do juiz), a idéia da participação popular na administração da Justiça e a busca pela implementação de vias conciliativas como forma de alcançar a solução dos conflitos.

Para dar cumprimento ao referido preceito constitucional, iniciou-se o processo legislativo que culminaria com a edição da lei em estudo, que, formalmente, atendeu às principais motivações: implantou um modelo consensual, com a previsão de atuação de leigos, mitigou o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, que, em regra, obriga a propositura da ação penal, e instituiu quatro medidas despenalizadoras, consistentes nos institutos da composição civil extintiva da punibilidade (art. 74), transação penal (art. 76); suspensão condicional do processo (art. 89) e exigência de representação nas lesões corporais culposas e dolosas leves (art. 88).

Dentre essas medidas, tendo em vista os objetivos desse trabalho, revelam maior interesse, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Antes de abordá-los, contudo, é necessário fixar o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, referida no texto constitucional.

De acordo com o artigo 61, da Lei ora comentada, são infrações de menor potencial ofensivo: as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimentos especiais. Portanto, são dois os critérios da lei para o estabelecimento desse conceito: um de natureza penal (a pena prevista) e outro processual-penal (exclusão dos casos de procedimento especial).

A previsão legal não ficou imune a críticas; de um lado, por haver a lei adotado o critério de quantidade da pena, impondo resposta penal idêntica a situações desiguais; “*crimes que mereceriam tutela penal mais efetiva e condutas que nem sequer deveriam estar criminalizadas recebem o mesmo tratamento do sistema penal, tornando remota a possibilidade de um sistema penal eficiente*”; de outro lado, porque, ao excluir as infrações com a mesma pena, pelo simples fato de ter procedimento especial, perdeu em racionalidade e equidade<sup>33</sup>.

Segundo a mesma visão doutrinária, a distorção conceitual antes apontada veio à tona com a edição da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, em cujo artigo 2º, parágrafo único, definiu que “*consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo (...) os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos*”. Ficou estabelecida uma diferença de tratamentos, pois no âmbito estadual o limite estava fixado em um ano, além de haver também a restrição quanto à existência, ou não, de procedimento especial.

A situação foi solucionada com base na interpretação. De início, inexplicavelmente, surgiu grande celeuma em torno dessa Lei, quanto à sua aplicabilidade, ou não, no âmbito estadual; contudo, como não poderia ser diferente, prevaleceu a tese de que fora ampliado o conceito de menor potencial ofensivo, abrangendo, portanto, as infrações cuja pena máxima não ultrapasse os dois anos. Além disso, como a nova lei não faz restrição, ficou definitivamente

<sup>32</sup> Ada Pellegrini Grinover et al., *Juizados Especiais Criminais*, p. 9.

<sup>33</sup> Leonardo Sica, *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*, p. 173.

assentado que os institutos da Lei 9.099/95 têm incidência também em relação aos casos em que exista a previsão de procedimento especial.

Em síntese, da conjugação dos dispositivos pertinentes desses dois diplomas legais (art. 61, da Lei 9.099/95 e art. 2º, par. único, Lei 10.259/01), pode-se extrair que, na atualidade, considera-se infração de menor potencial ofensivo os crimes e as contravenções a que a lei não comine pena superior a dois anos.

### 6.2.1 Transação penal

A transação penal (art. 76) consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, proposta pelo Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, mediante aceitação do autor do fato. Trata-se de um acordo para evitar o processo, se homologado pelo juiz. Não há discussão de mérito.

Nos termos do artigo 79, a proposta pode ser feita, também, durante o processo, desde que antes de o juiz proferir a sentença, porquanto: *“O espírito inovador do legislador teve em consideração que a imposição de uma pena privativa de liberdade resultaria manifestamente inadequada e, portanto, foi motivado pela escolha de sanções menos gravosas, como é o caso das penas restritivas de direitos, ou então a imposição somente de pena de multa. Alguns entendem que esse posicionamento representaria uma espécie de ‘despenalização’”*<sup>34</sup>.

Contudo, o instituto não tem aceitação unânime, figurando, para alguns, como verdadeira imposição de pena sem processo, pois o autor do fato se vê compelido a aceitar a proposta, quando poderia provar-se inocente. E, ainda, porque o propalado espírito conciliador da lei, nesse caso, não envolve a vítima do crime, que não é consultada. O juiz apenas consulta o autor do fato sobre a proposta do Ministério Público. Em caso de não aceitação, deve haver a denúncia, de forma que o agente fica como que compelido a aceitar a proposta que, em regra, consiste em uma multa ou entrega de cestas básicas. Ou seja, *“as opções que restam ao infrator constituem-se em aceitar a pena diferida e permeada pelo processo ou à pena imediata sem a submissão à instrução ou à sentença criminal”*<sup>35</sup>.

Bem ao contrário da opinião de Weber Martins Batista, que, em relação à outra medida similar da lei, disse: *“A decisão que concede a suspensão condicional do processo permite ao juiz não apenas fazer justiça, como parecer justo aos olhos do interessado. A confissão implícita do beneficiado, somada às provas do inquérito policial (sic), será suficiente para dar ao juiz, na quase totalidade dos casos, a certeza de que foi justo”*<sup>36</sup>.

Ademais, a ausência de um mínimo de instrução ou de defesa efetiva resulta que, na maioria das hipóteses, aplica-se a “pena” mesmo em casos que poderiam ser arquivados, mas que não o são pelo simples fato de não haver análise prévia do mérito, sendo mais cômoda a realização de audiência de “conciliação”, acrescentam alguns críticos. Todavia, o defeito nesse ponto (que realmente existe) não é da lei, mas de seus operadores, uma vez que, *“didaticamente, a lei quis deixar claro que a tentativa de transação penal só deve ocorrer nos casos em que não seja cabível o pedido de arquivamento”*<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Marco Antonio Marques da Silva, *Juizados especiais criminais*, p. 100.

<sup>35</sup> David Teixeira de Azevedo, A culpa penal e a Lei 9.099/95, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 16, pp. 127-136.

<sup>36</sup> *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo*, p. 359.

<sup>37</sup> Ada Pellegrini Grinover et al., *Juizados Especiais Criminais*, p. 123.

A propósito, em muitos outros pormenores, a aplicação da lei tem frustrado seus objetivos, como, por exemplo, o pouco interesse que se demonstra relativamente à reparação do ano.

### 6.2.2 Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo (art. 89) está reservada para os crimes mais graves, com pena mínima de até um ano, considerados de média potencialidade ofensiva, em que, preenchidos alguns requisitos legais, suspende-se o processo (portanto já deve haver denúncia) e transcorrido o prazo, ocorrerá a extinção da punibilidade. Também se trata de ato bilateral, pressupondo, pois, a aceitação do acusado e de seu defensor. Na proposta pode conter a exigência de reparação do dano e restrição de direitos, o que, sem dúvida, constitui uma forma de sanção.

Alguns doutrinadores dizem que em ambos os casos há renúncia, senão, pelo menos, mitigação à obrigatoriedade da ação penal pública, uma discricionariedade regrada ou regulada. No entanto, de outro lado, considera-se que tal não ocorre, pelo menos em relação à transação, na medida em que o legislador não concedeu ao Ministério Público a possibilidade de arquivar o termo circunstanciado ou peças de informação quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal; ao apresentar a proposta de pena não-privativa de liberdade, está exercendo a ação penal, da forma prevista na lei, sendo este o devido processo legal. No tocante à suspensão do processo, houve uma mitigação ao princípio da indisponibilidade (CPP, art. 42)<sup>38</sup>.

### 6.3 Lei 9.714/98: Novas penas restritivas de direitos

Logo após a entrada em vigor da Lei 9.099/95, o Presidente da República enviou à Câmara dos Deputados projeto de lei, visando alterar o artigo 43 e seguintes, do Código Penal, que previa até então seis penas alternativas: multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo ou função, proibição do exercício de profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo.

Surgiu, assim, a Lei 9.714/98, que entrou em vigor a 26.11.1998, ampliando o rol de penas alternativas (prestação pecuniária em favor da vítima; perda de bens e valores; proibição de freqüentar determinados lugares e prestação de outra natureza) e aumentando o âmbito de aplicação, como substituição à pena privativa de liberdade de até quatro anos, exceto quando cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou em caso de reincidência específica.

Visando a uma faixa de criminalidade mais grave, foi identificada com os objetivos de diminuir a população carcerária, sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena, reduzir os custos do sistema penitenciário, favorecer a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o pernicioso contato carcerário, bem como a decorrente estigmatização, reduzir a reincidência e, sempre que possível, preservando os interesses da vítima<sup>39</sup>.

A nova lei ocupou espaço antes reservado ao *sursis*, considerando-se que aumentou a aplicação das restritivas para as penas até quatro anos, de forma que poderá ocorrer que um condenado a pena de até dois anos tenha situação mais agravada do que aquele condenado

<sup>38</sup> Nesse sentido: Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*, p. 132.

<sup>39</sup> Luiz Flávio Gomes, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 98.

a até quatro, pois o *sursis* inclui, no primeiro ano, uma prestação de serviços. Ademais, a reincidência de qualquer natureza é incompatível com o *sursis* (art. 77, I), enquanto que as restritivas são admitidas ao reincidente não específico (art. 44 § 3º). Assim, logicamente, o *sursis* tende a desaparecer.

A doutrina critica a falta de harmonia do sistema, com a vigência da Lei 9.714/98, que se mostra inconciliável com a Lei 8.072/90, pois, enquanto aquela diz que para crimes como o tráfico de entorpecentes admite-se penas restritivas de direitos, esta última preconiza pena de prisão em regime integralmente fechado. Mas, de outro lado, pondera-se, e parece-nos que mais corretamente, que o legislador confiou na prudência dos operadores jurídicos, na aferição do caso concreto, sobretudo porque, ainda, considera-se tráfico a conduta de partilhar o uso com um companheiro, ou a cessão gratuita de droga em reunião de amigos, o que é bem diferente da conduta de quem efetivamente explora o tráfico. Ademais, uma cuida da aplicação da pena (e não remete à prisão), a outra, da fase de execução, tratando-se, portanto, de coisas distintas.

O Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional de Justiça, criou a CENAPA - Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, instalada em 12 de setembro de 2000. Destina-se a disseminar a idéia entre os operadores do Direito, apoiar a criação de iniciativas e acompanhar seu desenvolvimento, monitorando dados e divulgando resultados em todas as regiões do país. Existem 37 Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, em 25 estados, conveniadas com o Ministério da Justiça.

O número de beneficiários de penas e medidas alternativas, atendidos nas Centrais conveniadas, é de cerca de 35.200. Existem cinco Varas Especializadas de Penas Alternativas: Fortaleza (1998), Recife (2001), Porto Alegre (2001), Salvador (2001) e Belém (2002). Desses beneficiados, 87% são do sexo masculino e 13% do feminino; 61% situam-se na faixa etária de 18 a 35 anos; os delitos predominantes são: furto: 20%; porte de armas: 16,2%; lesão: 16,1%; uso de droga: 14,4%, e os benefícios predominantes são: prestação de serviço à comunidade: 73,4% e prestação pecuniária: 20%<sup>40</sup>.

#### 6.4 Projeto de reforma do Código Penal

Desde o ano 2000, há outro projeto tramitando, com vistas a reformar o sistema de penas; as principais propostas consistem em: supressão da suspensão condicional da pena (*sursis*) e a prisão albergue; a progressão de regime passa a exigir o cumprimento de 1/3 da pena (hoje é 1/6) e o livramento condicional não será concedido sem o cumprimento de pelo menos metade da sanção imposta.

As penas inferiores a quatro anos poderão ser substituídas por penas restritivas, que são: prestação de serviços à comunidade; limitação de fim de semana; interdição ou suspensão temporária de direitos, suprimindo-se a pena restritiva de prestação pecuniária.

O sistema progressivo, portanto, será composto do regime fechado e semi-aberto, de um lado, e livramento condicional, de outro. O descumprimento das penas restritivas conduz à sua conversão à pena de prisão a ser cumprida em regime semi-aberto, pelo tempo restante da pena.

<sup>40</sup> Disponível in: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em 8.fev.2004 e 22.jul.2005 (sem alteração).

A pena de multa é valorizada, podendo ser aplicada em valores que alcançam R\$ 7 milhões, e quando não paga pelo condenado solvente converte-se em pena de perda de bens pelo valor montante da multa. O juiz poderá, durante o processo de conversão, decretar a indisponibilidade dos bens do condenado. O condenado a pena de multa insolvente poderá ter a pena convertida em prestação de serviços à comunidade, pelos números de dias-multa, mas reduzidos estes dias multa em até três vezes; em caso de novo descumprimento poderá vir a ser preso.

## 7. CONCLUSÃO

O surgimento da pena privativa de liberdade, considerada a pena das sociedades modernas, decorreu de êxito obtido por um movimento abolicionista que buscava substitutivos aos castigos corporais da Idade Média, açoites, mutilações e, fundamentalmente, a pena de morte.

Por seu próprio conceito, a pena consiste em uma sanção afliativa imposta pelo Estado ao autor de uma infração penal. Por isso mesmo, afirma-se falta de racionalidade a esse tipo de pena, mas, por ora, há relativo consenso no sentido de sua inevitabilidade para certos casos.

Contudo, nada obstante a certeza de que em tempo próximo não será possível abolir-se definitivamente a pena de prisão, devem ser implementadas as medidas alternativas existentes no ordenamento, reservando-se aquela pena aos casos efetivamente graves, pois há muito se afirma que a pena de prisão poderá ser considerada medida quase tão indesejável como são para os dias atuais os castigos corporais do passado.

## 8. ABSTRACT:

*This article aims at framing a historical and critical view about the prison sentence, as well as describing the alternative measures that are already adopted by the juridical Brazilian system and even the ones that already exist in the comparable law but that were not established yet by the country's legislation. It will present a personal view as well as a view from several acclaimed jurists concerning the adequate adoption of some measures that may conveniently replace the imprisonment every time it shows not to be extremely necessary according to the democratic rule-of-law state own conception.*

**Key-word:** *Freedom deprivation penalty. Alternative measures. Democratic law state.*

## 9. REFERÊNCIAS:

- AZEVEDO, David Teixeira de. A culpa penal e a Lei 9.099/95. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 16, 127-136. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez, 1996.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e controle social*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- BATISTA, Weber Martins. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRISOLLA, Carlos Eduardo de Barros. O sistema penitenciário belga. In: *Justitia*, no XXIV, vol. 76, , p. 115-122. São Paulo: 1º trim. 1976.



- CARNELUTTI**, Francesco. *El problema de la pena*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Ayres: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.
- CARVALHO**, Paula Torres de. *Pulseiras Eletrônicas em Todo o País em 2005*, Disponível in: <<http://www.público.pt/dhtml.asp>> acesso em 23.mar.2004.
- CARVALHO**, Salo. *Pena e garantias*: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CERVINI**, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. Eliana Granja *et alii* (trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COSTA**, Álvaro Mayrink da. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- DOTI**, René Ariel. Os princípios fundamentais na reforma da Execução Penal. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Ano 38, n. 159, Brasília: jul./set./1981, pp. 198-205.
- \_\_\_\_\_. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. A reforma do sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 12, nº 140, pp. 6-8, Julho/2004.
- FERNANDES**, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI**, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Ana Paula Zomer *et al* (trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOULCAULT**, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Enrique Lynch (trad.). Barcelona: Gedisa, 1998.
- GOFFMAN**, Erving. *Internados*: ensayo sobre la situación de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu, 1973.
- GOMES**, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio SCARANCE, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- JARDIM**, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- KARAM**, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.
- RAMALHO**, José Ricardo. *O mundo do crime*: a ordem pelo avesso. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- SHECAIRA**, Sérgio Salomão & CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SICA**, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA**, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TUCUNDUVA**. Ruy Cardoso de Mello. A prisão-albergue e a crise do sistema penitenciário. In: *Justiça*, nº XXXVIII, vol. 95, p. 45-54 São Paulo: 4º trim. 1976.
- VIANA**, Lourival Vilanova. O sistema penitenciário no direito brasileiro. In: *Revista Forense*. Vol. 153, fasc. 611 e 612, p. 513-518. São Paulo: mai./jun.1954.
- ZORRILLA**, Carlos González. Para qué sirve la Criminología? Nuevas aportaciones al debate sobre sus funciones. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, p. 5-25. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun, 1994.





# ASPECTOS CRIMINAIS DO ABORTO

Cláudia Aparecida Salge<sup>1</sup>

## EMENTA:

A interrupção voluntária da gravidez tem provocado, desde as mais antigas civilizações, acirradas disputas jurídicas acerca do seu tratamento pelo Direito Penal. A evolução da sociedade, da ciência médica e dos conceitos jurídicos justificam as modificações das posturas legais relacionadas ao aborto. Atualmente, discute-se a possibilidade de sua descriminalização, em especial, nos casos em que são detectadas anomalias genéticas no conceito. Entretanto, a *abolitio criminis* com relação ao delito de aborto esbarra no campo da ética médica e religiosa, bem como em vedações inseridas em sede constitucional, exigindo estudos mais profundos, para que a solução se coadune com os mais lúdicos princípios de justiça.

## SUMÁRIO:

1. histórico – 2. O aborto como crime – 2.1. Conceito – 2.2. Bem jurídico – 2.3. Início da vida humana – 2.4. Consumação do delito – 3. Tipos penais de aborto – 3.1. O auto-aborto e o aborto consentido – 3.2. Aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante – 3.3. O aborto preterintencional – 3.4. Considerações sobre a antinomia de valoração dos delitos contra a vida – 4. Modalidades permissivas do aborto – 4.1. Aborto necessário ou terapêutico – 4.2. O aborto sentimental – 5. A questão do feto com defeitos congênitos – 5.1. O feto anencéfalo – 5.2. Críticas – 6. Considerações sobre a possibilidade de descriminalização do aborto – 7. *Abstract* – 8. Referências.

## 1. HISTÓRICO

Desde os primórdios da evolução humana, a discussão acerca da legalidade da interrupção da gravidez vem inflamando as correntes jurídicas, provocando acirradas celeumas e envolvendo questões de ordem médica, religiosa, política e os princípios relacionados aos direitos humanos, sem esquecer, logicamente, a seara criminal.

As civilizações antigas, em sua maioria, trataram da matéria no âmbito legal, sofrendo variações, somente, com relação à reprimenda aplicada aos infratores e à sua motivação histórica. O rigorismo da abordagem conferida ao aborto foi graduado em nítida interdependência com as concepções sociais, culturais, econômicas e demográficas vigentes no meio social de cada época.

MARIA HELENA DINIZ esclarece que

*“o aborto sempre esteve presente na história do direito, por ser uma prática comum em todos os povos e épocas, embora não tenha sido incriminado por várias legislações, sendo inclusive considerado, em certo período, assunto estritamente familiar; que podia repercutir no direito privado, e, em outro, severamente castigado com a pena capital, não faltando, ainda, eras em que foi punido brandamente”*.<sup>2</sup>

1 Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Subseção de Uberaba. Docente da Universidade de Uberaba, no Curso de Direito, das disciplinas Teoria Geral do Direito Penal I e II, no período de Agosto/2003 a Julho/2004.

2 *In* O Estado Atual do Biodireito, Ed. Saraiva, 2001, p. 35.

Alguns povos não puniam o auto-aborto e o aborto consentido, como é o caso dos egípcios, gregos e hebreus. Essas culturas entendiam que, em tais situações, a interrupção da gravidez era necessária para afastar as dores e as complicações do parto, evitar a carga de obrigações da mãe, dirigida para os cuidados com o filho, inclusive com a amamentação, e, ainda, apresentava-se útil para impedir a multiplicação da prole. Vislumbrava-se o aborto como interesse de cunho particular, de modo a obstar a ingerência estatal neste setor.

Impende ressaltar que, consoante concepção grega, admiradora nata da beleza da mulher, o aborto era encarado como um meio de resguardar a esbelteza do corpo feminino. Aliás, os gregos e romanos consideravam que o feto era *pars viscerum matris*, porquanto mentalizavam o feto como parte integrante do organismo da mãe, a quem era concedido o poder de dispor livremente de seu corpo.

O Professor JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI menciona algumas passagens históricas que ilustram o pensamento da época:

*“Ovídio informa que sua amante Corina consentiu num aborto para impedir que se produzissem rugas no seu ventre e dessa maneira manter limpa a sua pele. Afirma-se que em Mileto, uma famosa cortesã chamada Aspásia não só praticou, como escreveu um livro sobre este tema. Todavia, Hipócrates repudiou a prática do aborto, inserindo no seu famoso código de honra dos médicos que, ainda hoje, constitui um juramento simbólico e solenemente proferido pelos formandos em medicina, que ele jamais ministrará à mulher grávida substância para que ela aborte”.*<sup>3</sup>

Com o advento da evolução da medicina, irromperam novas idéias que passaram a contrariar a prática abortiva. A propósito, cumpre trazer à baila o posicionamento de Hipócrates, cuja proposição se traduzia em censurar, a partir daquele marco evolutivo, na Grécia antiga, a prática do aborto, afirmando se tratar de um dos piores delitos que um médico poderia cometer.

Observa-se, outrossim, na civilização grega, a negação do aborto por parte de Aristóteles, que, paradoxalmente, no livro sétimo de sua obra “Política”, chegou a admiti-lo, somente nas seguintes hipóteses: quando o índice demográfico se apresentasse excessivo, a gravidez da mulher derivasse de ato delituoso e houvesse autorização judicial. A mesma concepção foi adotada pelo filósofo Platão. Por outro vértice, verifica-se que, em Esparta, o aborto era proibido, o que se justificava pela necessidade de que se preparasse um grande número de atletas e soldados, para garantir a segurança da comunidade.

Os romanos, por sua vez, sempre consideraram o aborto como uma imoralidade, e somente o admitiam em favor do marido face à esposa, embora não o tenham elevado à categoria de delito no período compreendido entre a República e o Antigo Império.

Em Roma, a prática abortiva apenas passou a ser incriminada a partir do momento em que os preparos de venenos sofreram cominações de penas. Na época, os venenos eram utilizados em poções afrodisíacas, as quais eram indicadas para interrupção da gravidez (*pocula abortionis*). A punição surgiu em face das leis de Cornélio, que aplicavam aos infratores a pena de trabalhos forçados nas minas, o confisco de bens ou deportação, e pena capital, esta última se da conduta decorresse a morte da gestante.<sup>4</sup>

3 In Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial, Ed. RT, 2005, p. 108.

4 MARIA HELENA DINIZ, in ob. cit., p. 36.

A matéria não foi tratada pela Lei das XII Tábuas e tampouco pelas leis republicanas. A tolerância dos romanos, no que se refere à interrupção da gravidez, limitava-se a permitir que a mulher pudesse dispor de seu próprio corpo, desde que não violasse a vontade do marido. É que, no tempo de Septímio Severo, o aborto foi considerado como uma lesão ao direito do marido à prole, castigado com uma pena extraordinária, mediante a invocação de uma lei contra o *veneficium*.

Na realidade, na Roma antiga, em razão da preponderância de normas protetivas da saúde e da integridade física da mulher, o aborto não chegava a se destacar como delito, por afetar mais diretamente os interesses individuais do que os coletivos. A concepção romana se fundamentava na sua própria organização social e econômica, bem como nas diretrizes de seu direito penal.

As modificações ligadas ao tratamento conferido ao aborto medraram com a disseminação do Cristianismo, que reagiu de forma enérgica à sua prática, em contraposição à conduta adotada pelos povos pagãos. A visão cristã elevou o feto à categoria de criatura divina, que merecia a proteção da Igreja e do Estado. Estabeleceu-se, então, punição severa para a prática do aborto, o que ocorreu no fim da Idade Média. As legislações denominadas *Fuero Juzgo* e *Sete Partidas*, originárias da Espanha, cominavam sanções em conformidade com o período de gestação, o que elevava ou diminuía a reprimenda penal.

No período cristão, os Imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram as normas que regulamentavam o tema, e dispensaram ao aborto tratamento semelhante ao dedicado ao homicídio.

Santo Agostinho, na Idade Média, baseando-se nas teses defendidas por Aristóteles, considerou o aborto como crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que, segundo ele, ocorria a partir de quarenta e oito dias depois da fecundação. Contudo, para São Basílio, o aborto deveria ser condenado independentemente do período de gestação em que fosse praticado.

A partir da aceitação do aspecto cristão, a Igreja passou a influenciar, de maneira crucial, as legislações penais que tratavam do aborto, cujos influxos se eternizaram alcançando os dias hodiernos.

O aborto foi considerado como crime, pela primeira vez, na *Constitutio Bamberguensis*, de 1507, e na *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, legislações estas que distinguiam os denominados “fetos animados e inanimados”, cominando para a prática abortiva, no primeiro caso, a pena capital, igualando-o ao homicídio, e, com relação ao segundo, o castigo seria aplicado consoante o arbítrio dos peritos especializados na área do direito.

Na França, na Idade Média, o aborto era punido como crime gravíssimo, ao qual incidia a pena de morte, sem a distinção de se tratar de feto animado ou inanimado.

A idéia francesa foi seguida de perto pela Ordenação Criminal de Toscana, de 1786, e pelo Código Penal Josefino, de 1787, que consideraram o aborto como delito equiparado ao homicídio.

A pena capital cominada ao crime foi afastada no Século XVIII, sendo substituída pela pena privativa de liberdade ou pela de multa. Nesse período, alguns estudiosos, como



Feuerbach, passaram a combater a idéia de que o feto possuía os mesmos direitos do homem, refutando a equiparação do aborto com o homicídio, e buscavam estabelecer a pena para o primeiro delito com fundamento na ordem demográfica, o que minimizava a sanção *in abstracto*.

No Brasil, o Código Penal do Império (1830) não penalizava a figura do aborto provocado pela própria gestante, sujeitando, apenas, o terceiro que agia, com ou sem o consentimento da mulher, às sanções penais. Com o advento do Código Penal de 1890, na República, a gestante passou a ser também sujeito ativo do delito de aborto, e em 1940, o crime em análise veio a figurar nos tipos penais previstos nos arts. 124 (provocado pela gestante), 125 (provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e 126 (aborto consentido).

As discussões contemporâneas acerca do tema se dividem em duas orientações contrapostas: a que propõe a derrogação ou ab-rogação do crime de aborto; e a que pretende manter a sua natureza delituosa, mediante a cominação de sanção mais ou menos severa, denotando uma flagrante tendência de atenuar a punição da prática do delito pela própria mãe ou com o seu consentimento, com a agravação no que se refere aos terceiros (como autores ou partícipes).

A Professora MARIA HELENA DINIZ ilustra o atual pensamento jurídico, ao citar o exemplo do continente europeu, no Reino Unido, que, antes da lei de 1967, demonstrava liberalidade em relação ao aborto e sancionava a prática delitiva nos termos do art. 58 do *Offenses against the Person Act* de 1861, através da imposição de trabalho perpétuo, o que, por sua vez, foi transformado em prisão perpétua, pelo art. 1º do *Criminal Justice Act*, de 1948.<sup>5</sup>

O primeiro avanço no sentido da legalização do aborto se deu na URSS, em 1920, por razões de ordem demográfica e em atenção aos movimentos feministas, que invocavam o direito da mulher em dispor de seu próprio corpo.

Atualmente, nos Estados Unidos, alguns de seus estados permitem a prática abortiva (*Justified Abortional Act*). Por sua vez, no Canadá, o aborto é livre, o mesmo tendo ocorrido na Alemanha, a partir de 1974. Os ingleses permitem o aborto até 28 (vinte e oito) semanas de gestação, prescindindo da anuência médica. Na China, também como meio de controle demográfico, o aborto é admitido até os três primeiros meses de gravidez. A partir de 1958, o Japão vem permitindo a prática do aborto, desde que a intervenção ocorra até a 22ª semana de gestação; enquanto que, na Polinésia Francesa, o aborto somente é admitido nos casos de contaminação pelo vírus HIV. Os franceses, desde 1979, liberaram o aborto nas primeiras 12 semanas de gravidez e, a partir desse estágio, admitem-no se a continuidade da gestação ensejar risco para a saúde da gestante ou se o feto apresentar anomalias. Na Itália, a partir de 1978, o aborto apenas pode ser realizado se houver perigo para a vida da gestante ou má-formação do feto, posicionamento este que foi seguido pela legislação da Espanha, que, desde 1985, também o admite, inclusive na hipótese em que a gravidez derivar de estupro. A Hungria liberou a prática do aborto, para coibir problemas habitacionais, e, em Porto Rico, o aborto é livre até a 10ª semana de gestação. Argentina e México deram ao aborto tratamento correlato ao conferido pela legislação brasileira. A Venezuela e o Chile excepcionam a prática do aborto para salvar a vida da gestante. Por fim, no Haiti e na República Dominicana, o aborto é ilegal.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> *In ob. cit.*, p. 37.

<sup>6</sup> Maria Helena Diniz, *in ob. cit.*, p. 99.

## 2. O ABORTO COMO CRIME

### 2.1 Conceito

PIERANGELI propõe que “a palavra aborto procede do latim, *abortus*, de *ab-ortus*, que significa privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo”<sup>7</sup>, anotando que é possível tanto a utilização da nomenclatura aborto, quanto abortamento, esclarecendo, contudo, que esta última se constitui na denominação mais correta, por entender que o vernáculo *aborto* expressa o produto da concepção.

Alguns autores identificam o aborto com o denominado “feticídio”, conforme se infere dos apontamentos eruditos de CARRARA: “*feticídio é a morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte do mesmo feto*”<sup>8</sup>. Tal aceção reproduz que a definição do delito abrange a interrupção do processo de gravidez apenas no instante em que o fruto da concepção venha a atingir o período fetal, ou seja, no período embrionário, não se configuraria o crime.

Esse raciocínio não é compartilhado por Magalhães Noronha, Aníbal Bruno e Nelson Hungria, que, dentre outros, entendem que o aborto se caracteriza pela interrupção da gestação, seguida ou não da expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, o que amplia, conseqüentemente, o estágio de gestação, que passa a iniciar-se no momento da fecundação e se prolonga até o início do trabalho de parto.

Na concepção perfilhada pela lei penal brasileira em vigor, a figura típica do aborto revela o ato de interromper a gravidez, com a conseqüente supressão da vida intra-uterina, independentemente do estágio de gestação. Verifica-se, por outro vértice, que a adequação típica do delito de aborto prescinde da efetiva expulsão do feto, uma vez que a ciência comprovou a possibilidade de absorção do embrião pelo corpo da gestante, mediante o processo denominado autólise. É possível, também, que o embrião sofra um processo de mumificação ou maceração, o que o mantém no útero por um certo tempo, porém, inanimado.

Entretanto, o legislador brasileiro optou por tratar, como delito, a interrupção voluntária da gravidez (dolosa), deixando de fora do âmbito criminal a modalidade culposa do aborto.

A valoração negativa do aborto, pelo ordenamento jurídico nacional, é graduada pela existência ou não do consentimento da gestante, eis que a sua recusa eleva a reprovabilidade do ato criminoso do terceiro, por força da proteção à sua integridade física e psíquica.

### 2.2 Bem jurídico

Atualmente, a norma penal que trata do delito de auto-aborto tem como função primordial a proteção da vida do feto, ao passo que, nos tipos penais que prevêm condutas praticadas por terceiro, além da preservação da vida intra-uterina, a lei visa salvaguardar o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante e, por esta razão, tais figuras típicas possuem maior grau de violação e, conseqüentemente, são-lhes cominadas reprimendas mais rígidas.

<sup>7</sup> *In ob. cit.*, p. 109.

<sup>8</sup> Apud Maria Helena Diniz, *in ob. cit.*, p. 31.

O tratamento penal se harmoniza com as regras insculpidas no Direito Civil e na Constituição Federal, que reconhecem ao nascituro os direitos que lhe são inerentes desde a concepção, admitindo que o feto é detentor do direito à vida, a alimentos, ao reconhecimento de paternidade antes de seu nascimento (art. 609, parágrafo único), à indenização por dano moral no caso de ofensa à sua integridade física ou mental (art. 949), dentre outros, os quais podem ser defendidos pela mãe ou por intermédio de curador.

### 2.3 Início da vida humana

Registre-se que a adequação típica do aborto resvala no polêmico tema acerca do início da vida humana, o que vem sendo objeto de ingerências da área médica e religiosa.

Irrompem, neste cenário, facções doutrinárias tergiversando sobre tal celeuma, no qual desponta uma corrente majoritária e predominante no sentido de que a vida humana se inicia com a fecundação, ou seja, com a junção do espermatozóide e do óvulo, provocando o mecanismo de multiplicação celular.

Em contrapartida, surge outra corrente preconizando que a vida se inicia com a denominada “nidação”, ou seja, com a instalação do embrião no útero materno. Todavia, este posicionamento já se encontra superado na esfera penal, considerando-se que, em obediência ao princípio da legalidade, o tipo incriminador não especifica o estágio da gestação para a configuração do aborto, bastando a constatação da gravidez, que se constitui em um pressuposto do delito.

MARIA HELENA DINIZ ilustra, com mestria, a matéria, arrimada em decisões judiciais. Senão, vejamos:

*“Gravidez, período que abrange a fecundação do óvulo, com a constituição do ovo, até o começo do processo de parto, devendo ser sua existência devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis (JTACrimSP, 69:207; RT, 505:32, 556:339 e 623:287; RJTJSP, 97:438, 75:285 e 18:326), sendo que meros indícios não terão o condão de suprir a falta de prova (RT, 518:349), nem mesmo a confissão da gestante (RT, 496:326 e 569:330)”*<sup>9</sup>

É importante ressaltar que a gravidez a que se refere o tipo penal é a que se desenvolve no útero, não se configurando a infração quando se tratar de gravidez ectópica ou extra-uterina (tubárica, ovárica, peritonal e molar), as primeiras porque não chegam a produzir uma nova vida, e a última, que nem mesmo pode ser considerada gestação, pois se constitui em um produto degenerado, que, normalmente, leva à expulsão espontânea ou à absorção pelo próprio organismo feminino.<sup>10</sup>

NELSON HUNGRIA, citado por PIERANGELI, já defendia que

*“o feto expulso (para que se caracterize o aborto), deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária*

<sup>9</sup> Idem, p. 38.

<sup>10</sup> RT 397/101.



*a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”.<sup>11</sup>*

Quanto à comprovação da materialidade do delito, FERNANDO CAPEZ ensina que, por se tratar de delito material, que deixa vestígios, a prova “*virá pelo exame de corpo de delito (direto, realizado à vista do material retirado do útero, à vista do próprio corpo da mulher), suprível, na impossibilidade, pela prova testemunhal ou documental (exame de corpo de delito indireto), mas não só pela palavra da gestante*”<sup>12</sup>. O que se pretende é buscar a efetiva constatação de que o *concepto*, no momento da perpetração da prática abortiva, se encontrava vivo, no interior do útero materno, sob pena de se enquadrar a conduta na modalidade de crime impossível.

Questão de relevo é a situação atual dos embriões mantidos em laboratórios, o que ocorre freqüentemente na sociedade moderna, no intuito de preservar a prole de casais que sofrem com o problema da infertilidade.

A eliminação dos embriões congelados, fora do útero materno, não pode ser considerada prática de aborto, por absoluta incompatibilidade com a descrição legal do crime, levando à atipicidade da conduta, o que se deve reconhecer pela vedação do uso de analogia para estabelecer norma penal incriminadora. Sob o mesmo aspecto, não há que se falar em homicídio, pois o embrião não pode ser considerado como “pessoa humana”, para fins penais.

CAPEZ, ao discorrer sobre o assunto, também não admite a ocorrência dos crimes de dano e de furto, pois não considera o embrião como “coisa”, circunstância elementar dos delitos citados.<sup>13</sup>

Resta, portanto, uma lacuna legislativa, que merece ser preenchida com urgência, dadas as inúmeras complicações na seara penal advindas com a evolução da medicina genética.

## 2.4 Consumação do delito

Para a exata adequação típica do aborto, é imprescindível a ocorrência da morte do produto da concepção no ventre materno, mediante o emprego de técnicas abortivas idôneas para a produção do efeito pretendido (RT, 413:112).

As técnicas utilizadas se dividem em diretas e indiretas. As técnicas diretas mais freqüentes são: a aspiração ou sucção uterina, a dilatação do colo uterino (uso de laminárias, balões, esponjas ou dilatadores metálicos), o embriotoma (ato de cortar e arrancar o feto do útero), a histerotomia ou microcesária, a microcureta (colocação de DIU na cavidade uterina, provocando o descolamento do embrião), a curetagem (raspagem e retirada do material intra-uterino), a punção da membrana do ovo (emprego de objetos longos e pontiagudos como pinças, agulhas de tricô), deslocamento da membrana do ovo (por meio de sondas, injeções intra-uterinas), processos químicos (medicamentos contendo substâncias inorgânicas, tais como sais de chumbo, prata, mercúrio), processos orgânicos (substâncias de origem vegetal, tais como o ópio, estriquinina, quinino, beladona), remédios que induzem à prática abortiva (como o cytotec, que é usado no tratamento estomacal), uso de prostaglandina, e o envenenamento por sal.

<sup>11</sup> *In* ob. cit., p. 112.

<sup>12</sup> *In* Curso de Direito Penal – Parte Especial, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2003, v. II, p. 110/111.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 109.

Dentre os métodos abortivos diretos, o que mais causa estarrecimento, segundo a narrativa da Professora MARIA HELENA DINIZ, é o do envenenamento por sal. Vale a pena conferir:

*“... método abortivo empregado após 16 semanas de gestação, consistente na introdução de uma agulha com solução salina no abdome da gestante, penetrando o saco amniótico e envenenando o feto, depois de uma agonia de 1 a 3 horas, designada ‘hipernatremia aguda’, que causa vasodilatação generalizada, edemas, congestão, hemorragia, choque e óbito, sendo que, às vezes, o efeito corrosivo do concentrado de sal queima tanto que parte a pele do nascituro e expõe a camada subcutânea, deixando sua cabeça tão vermelha que os médicos passaram a chamá-lo ‘maçã do amor’”.<sup>14</sup>*

No que concerne aos métodos indiretos, há que se verificar a sua idoneidade, já que apenas os meios hábeis a provocar o resultado perseguido pelo agente, qual seja, a morte do produto da concepção, podem se inserir nesta categoria. Assim, temos a possibilidade da prática abortiva mediante a utilização de técnicas térmicas (escalda-pés, pedilúvios, compressas de gelo ou água quente no ventre), elétricas (choques, através de máquina estática), agentes mecânicos (quedas provocadas, massagens ou fortes pancadas no abdômen), ou agentes psíquicos (sustos, choque moral).

CAPEZ esclarece que o uso de métodos inidôneos para o aborto configura o denominado crime impossível, por absoluta inadequação do meio, como ocorre, segundo ele, quando a gestante venha a ingerir medicamentos que não possuem qualquer potencialidade lesiva ao feto, ou, ainda, pela realização de rezas e a adoção de práticas supersticiosas.<sup>15</sup>

É importante ressaltar que a consumação do delito se perfaz no momento em que o *concepto* vem a óbito, seja no interior do útero materno, seja logo após a sua expulsão (RJTJSP, 28:368; RT, 590:361), devendo ser detectado o nexo de causalidade entre a conduta do agente infrator e o resultado naturalístico.

Não integra o tipo penal do aborto a viabilidade do feto (RJTJSP, 35:237), já que a lei penal não confere o direito à vida somente ao *concepto* em perfeitas condições genéticas, mas a todos, sem distinção. Dessa forma, o aborto restará configurado ainda que o produto da fecundação seja portador de má-formação grave e incurável, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo como legítima a política eugenista, com vistas a apurar a genética humana.

Deve-se considerar, bem assim, que, se o feto, por circunstâncias alheias à vontade do infrator, for expelido vivo e continuar a viver, vindo a falecer por outros motivos, ter-se-á o delito de aborto na modalidade tentada.

### 3. TIPOS PENAIIS DE ABORTO

No direito penal pátrio são previstas como condutas criminosas: o auto-aborto, o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, o aborto sofrido (provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e o aborto preterintencional ou preterdoloso, em que o resultado final é agravado pela lesão corporal de natureza grave ou a morte da gestante.

<sup>14</sup> *In ob. cit.*, p. 39/40.

<sup>15</sup> *In ob. cit.*, p. 112.

### 3.1 O auto-aborto e o aborto consentido

Previsto no art. 124 do Código Penal brasileiro, primeira figura, o auto-aborto se caracteriza pela prática abortiva mediante provocação intencional da própria gestante, no intuito de ocasionar a morte do *concepto*, com ou sem a ajuda de terceiros, que, nesta modalidade, podem agir apenas na condição de partícipes (RT, 598:300, 599:316, e 438:328).

A adequação típica do delito do auto-aborto requer, como elementar, que a autora seja a própria gestante, possuindo, portanto, a natureza de crime de mão-própria, o que afasta a possibilidade de co-autoria, mas admite a participação de terceiro, de maneira secundária, ou seja, por instigação ou induzimento. Nessa situação, o terceiro responderá pelo delito previsto no art. 124, com aplicação do art. 29, ambos do Código Penal.

PIERANGELI alerta que existe divergência jurisprudencial acerca do tratamento penal conferido ao terceiro, que auxilia a gestante durante o aborto por ela praticado. Segundo ele,

*“para uma primeira posição, pode haver o concurso quando ocorre apenas uma cooperação que não chega aos atos executórios, como emprestar uma sonda de borracha, ministrar instruções quanto ao seu uso, etc., ou seja, quando ocorre uma participação acessória. Por outras palavras, quando não há participação direta; pois, se esta ocorrer, o partícipe responderá pelo art. 126. Uma outra orientação sustenta a total impossibilidade de concurso, e qualquer que seja a cooperação, acessória ou em atos de execução, responderá o partícipe pelo art. 126”<sup>16</sup>*

A segunda figura do tipo penal se relaciona ao aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, crime conhecido como “aborto consentido”. A descrição típica identifica como executor do delito o terceiro, que efetiva as manobras abortivas, contando com a anuência da gestante.

Nessa hipótese, o preceito secundário, que se refere à pena de detenção de 01 a 03 anos, deve ser aplicado apenas à gestante, que consentiu na consumação do aborto, enquanto que o terceiro executor incidirá nas sanções previstas no art. 126 do Código Penal, cuja sanção é mais grave – reclusão de 01 a 04 anos. Aqui, temos uma exceção à teoria monista adotada pelo texto penal brasileiro (art. 29 do CP), ao estabelecer reprimendas distintas para todos os envolvidos na mesma prática delitiva.

Por se tratar de crime de ação múltipla, o art. 124 impõe à gestante que, depois de anuir com a prática abortiva por parte de terceiro, ainda venha a praticar atos executórios, auxiliando-o em seu desiderato, seja responsabilizada apenas por um único delito.

No que se refere ao aborto consentido ou consensual (art. 126), cumpre ressaltar que a validade do consentimento da gestante depende de sua plena aptidão para anuir ao ato praticado por terceiro, sob pena de ser desconsiderada a sua aquiescência, culminando na migração da tipicidade da conduta para o crime previsto no art. 125 do Código Penal.

Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a validade do consentimento de menor de 14 anos e da alienada ou débil mental, em face da presunção absoluta de sua imaturidade e incapacidade para entender as implicações de sua manifestação de vontade.

<sup>16</sup> In ob. cit., p. 116.

Nesse aspecto, deve ser levado em conta, ainda, que a menor de 18 anos e a deficiente mental são inimputáveis perante o Direito Penal, o que afasta a criminalização de seus atos, por ausência de culpabilidade, posto que a lei as considera incapazes de entender o caráter ilícito de sua conduta. Por esse motivo, caso a gestante se encontre nessas condições, mesmo que venha a provocar o abortamento em si própria, não responderá pelo delito previsto no art. 124 do CP, mas, sim, por ato infracional, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Ora, se a gestante menor de 18 anos não é responsável penalmente, sob o mesmo fundamento, não poderia ser considerado legítimo o seu consentimento para a prática de aborto por terceiro, já que também não reúne condições para entender a ilicitude do comportamento de outrem. Incidir-se-ia aqui o brocardo: *“onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”*.

Considere-se, todavia, que, por se tratar de norma benéfica ao agente infrator, o consentimento da gestante maior de 14 anos deve ser sopesado pelo Julgador, a fim de adequar a conduta do terceiro executor ao tipo penal previsto no art. 126 do Código Penal, por força do garantismo penal.

A questão que envolve a natureza da anuência da gestante ao aborto provocado por terceiro é perfeitamente esclarecida por PIERANGELI, ao afirmar que

*“o consentimento da gestante faz parte da estrutura típica, mas como a vida humana é um bem indisponível ele não exclui a tipicidade nem elimina a antijuridicidade. Todavia, se válido, conduz a uma adequação típica mais benevolente (art. 126) e não para uma forma mais grave (art. 125), isto é, o consentimento determina a classe do aborto e a sua conseqüente punição”*.<sup>17</sup>

### 3.2 Aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante

O tipo penal previsto no art. 125 do Código Penal se constitui em um delito de maior reprovabilidade, ao qual o legislador brasileiro dispensou uma reprimenda mais grave, eis que, além de proteção à vida do *concepto*, instituiu-se, ainda, como bem jurídico protegido, a incolumidade física e psicológica da gestante.

FEDERICO PUIG PEÑA, citado por Pierangeli, argumenta que nesta figura típica *“se une o atentado contra uma mulher; e, sobretudo, contra uma mulher grávida; representa o tipo mais odioso, posto que nele se adiciona o desprezo por esse sentido natural de ver terminado o ciclo de gestação”*.<sup>18</sup>

Na realidade, o que agrava o comportamento do terceiro, nesta modalidade, é a ofensa ao sentimento materno, inerente à mulher no período de gestação, que, em condições normais, sonha em ter nos braços o filho que leva em seu ventre, a qual vê frustrada a sua expectativa por força de um ato violento, culminando com a eliminação da vida do pequeno ser.

<sup>17</sup> *In ob. cit.*, p. 118.

<sup>18</sup> *In ob. cit.*, p. 116.

A pena abstratamente cominada ao delito corresponde à reclusão de 03 a 10 anos, exigindo, como elementar do tipo, a ausência do consentimento da gestante, elemento subjetivo negativo, portanto.

É possível, para a configuração do crime em estudo, que não haja dissenso expresso da gestante, sendo suficiente que o terceiro empregue meios hábeis à consecução do aborto sem o seu conhecimento, como, por exemplo, administrar doses de substância abortiva em sua sopa.<sup>19</sup>

O Professor FERNANDO CAPEZ diferencia, ainda, o dissentimento real do presumido, explicando que o primeiro ocorre quando o sujeito emprega contra a gestante fraude, grave ameaça ou violência, enquanto que o dissentimento presumido se perfaz nas hipóteses previstas no parágrafo único, primeira parte do art. 126, ou seja, quando a gestante é menor de 14 anos, alienada ou débil mental.<sup>20</sup>

### 3.3 O aborto preterintencional

O art. 127 do CP enumera as formas majoradas do delito de aborto, às quais o legislador reservou causas de aumento da sanção penal, por se tratar de situações em que o resultado é mais grave do que o previsto inicialmente pelo agente infrator. O aumento previsto para as formas majoradas é de 1/3 (um terço) para lesões corporais de natureza grave, e a pena será duplicada se, da conduta do agente, decorrer a morte da gestante.

As majorantes estabelecidas pelo dispositivo legal em comento correspondem ao crime preterdoloso, ou seja, na situação fática há um delito de aborto (em que está presente o dolo, como elemento subjetivo), ligado a um resultado não perseguido pelo agente – lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante –, mas a ele imputado a título de culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Nesse caso, o dolo do agente somente alcança o resultado aborto, ficando o resultado mais grave sob sua responsabilidade, contudo, apenas a título de culpa. Ressalte-se que a majorante incide na hipótese *in concreto*, elevando a reprimenda aplicada ao agente infrator, nos moldes da norma penal.

FERNANDO CAPEZ anota uma interessante questão sobre o delito de aborto, a morte da gestante e o aborto tentado, em que o resultado morte deriva de acidente, mas o feto sobrevive por circunstâncias alheias à vontade do aborteiro. A solução para o caso, segundo ele, é a seguinte:

*“deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importando que o abortamento não se tenha efetivado, aliás como acontece com o latrocínio, o qual se reputa consumado com a morte da vítima, independentemente de o roubo consumir-se. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois neste o resultado agravador não é querido, sendo impossível ao agente tentar produzir algo que não quis: ou o crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso”.*<sup>21</sup>

Ressalte-se que a hipótese aventada por CAPEZ seria solucionada de maneira mais

19 Fernando Capez, in ob. cit., p. 116.

20 In ob. cit., p. 116.

21 In ob. cit., p. 119.

eficiente com a aplicação do art. 74 do CP, que trata do denominado *aberratio delicti* (resultado diverso do pretendido). Nesse caso, o agente infrator responderia por homicídio culposo e aborto na modalidade tentada (tentativa perfeita), nos termos do art. 125, em concurso formal (art. 70 do CP).

Outra questão de suma importância a ser analisada, no que concerne às majorantes, é que elas se aplicam somente em desfavor do terceiro que provoca a interrupção da gravidez, não incidindo sobre o comportamento da própria gestante (art. 124 e 126). Justifica-se esse tratamento diferenciado pelo fato de que o nosso sistema legal não estabelece punição para a auto-lesão e o suicídio, por questões de política criminal.

### 3.4 Considerações sobre a antinomia de valoração dos delitos contra a vida

Analisando o tratamento penal dispensado às condutas que atentam contra a vida humana, como é o caso do homicídio e do infanticídio, é forçoso reconhecer a existência de antinomia valorativa, referida por KARL ENGISCH<sup>22</sup>, no tocante ao preceito secundário estabelecido pelo legislador às modalidades do crime de aborto.

Nesse aspecto, o direito penal pátrio incorreu em flagrante conflito, ao cominar para os delitos de homicídio e infanticídio penas mais severas do que para o aborto, que também integra a categoria dos crimes contra a vida humana.

Assim, percebe-se que o legislador brasileiro considerou como menos valiosa a vida humana intra-uterina, o que se apresenta como uma antinomia.

MARIA HELENA DINIZ, ao discorrer sobre o tema, salienta que o aborto encerra, na prática, um comportamento mais grave, eis que, no caso concreto, a vítima é inocente e indefesa. Esclarece a ilustre professora, que

*“trata-se de antinomia imprópria porque deverá ser aceita pelo aplicador ou órgão julgante, não impedindo que aja conforme as normas, mesmo que com elas não concorde, de modo que o conflito, na verdade, surge entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador. Entretanto, tal contradição deve ser um estímulo ao aplicador; para ver se ela pode ser eliminada por meio de técnica interpretativa, mas, na realidade, terá de ser suportada”*.<sup>23</sup>

Algumas ponderações e críticas devem ser apontadas acerca do assunto, especialmente pelo fato de que o legislador estabeleceu, para o delito de homicídio (art. 121 do CP), como qualificadoras, que incidem na situação fática para regular o novo limite da sanção penal, agravando-o, as seguintes hipóteses: a) quando o meio utilizado pelo agente impossibilitar a defesa da vítima (inciso IV); e, b) se, para a consecução do crime, o agente empregar veneno, fogo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (inciso III). A incidência de uma dessas qualificadoras enseja a majoração do preceito secundário, que passa a ser de 12 a 30 anos de reclusão.

Por sua vez, o preceito secundário para o crime de aborto alcança, em sua modalidade mais grave (art. 125 do CP), o limite entre 03 a 10 anos de reclusão, sendo que as causas de

22 Apud Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 45.

23 In ob. cit., p. 46.

aumento de pena, previstas no art. 127, elevam a sanção em um terço no caso de resultar lesão corporal de natureza grave, ou em dobro, se, do aborto, decorrer a morte da gestante.

A incongruência do tratamento dispensado pela lei penal a delitos que visam proteger o mesmo bem jurídico se torna flagrante, no momento em que não nos resta outra alternativa, senão a de concluir que a prática abortiva, indubitavelmente, exige o emprego de meios cruéis, que provocam profundo sofrimento ao *concepto*, o qual não possui condições de oferecer resistência à eliminação de sua vida, no interior do útero materno.

Torna-se mister considerar que o produto da concepção não se trata de uma coisa ou um apêndice do corpo materno, mas, sim, de um ser humano em formação, que possui carga genética própria e, mesmo nas primeiras semanas de gestação, é capaz de sentir e de expressar os seus sentimentos, demonstrando, inclusive, sinais de ser portador de instinto de auto-preservação.

Tal circunstância pode ser extraída da impressionante narrativa de WILKE, pai da fetologia, sobre um procedimento abortivo em caso concreto, onde são detectadas as reações do feto à agressão sofrida. Senão, vejamos:

*“Na 16ª semana mexe-se com tanta vivacidade que a mãe sente os seus movimentos. Na 18ª pode fazer os gestos do choro, mas, como o ar lhe falta, não produz o som. Sente dor, medo e tem apego pela vida, como ficou demonstrado em uma ecografia filmada cientificamente pelo Dr. Nathanson, realizada numa gestante no momento do aborto, perdendo a tranquilidade ao perceber o instrumento à procura da bolsa amniótica, tendo seu coração acelerado e tentando nervosamente mudar de local para escapar. Quando o instrumento o alcança, encolhe seu corpo até o limite superior do útero, e sua boca se abre em agonia, como para pedir auxílio, de modo que o instrumento vai retirando pedaços de um ser humano aterrorizado, arrancando-lhe primeiro as pernas, depois os intestinos, fazendo-o lutar violentamente com os braços até que sua cabeça caia. Esse filme é ‘O grito silencioso’, que mostra as reações de um feto, completa e absolutamente formado e identificável, de 12 semanas, tempo máximo permitido por várias legislações para a interrupção voluntária da gravidez (IVG), tentando escapar do aparelho aspirador que o sugará do útero materno, depois de muito sofrimento”.*<sup>24</sup>

A experiência relatada por médicos enseja discussões mais profundas sobre o tema, quais sejam: a) as técnicas abortivas se configuram em verdadeira tortura, voltadas para eliminar a vida de um ser humano totalmente incapaz de se defender; b) o delito de aborto, por suas circunstâncias, requer um tratamento penal igualitário ao conferido aos demais crimes que velam para a proteção da vida humana, como bem jurídico.

Para entender melhor a situação, basta imaginar-se uma vítima enclausurada, sem ter para onde fugir, e ao perceber o perigo, tenta escapar desesperadamente de um objeto frio e impiedoso, que arranca aos poucos os seus membros, causando-lhe intenso sofrimento. A situação é insustentável, e leva, inegavelmente, a reflexões sobre a natureza violenta do delito em estudo.

<sup>24</sup> In O aborto, p. 27-31, apud Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 71/72.

#### 4. MODALIDADES PERMISSIVAS DO ABORTO

O legislador brasileiro excepcionou, no art. 128 do CP, duas situações em que a prática abortiva não se constitui em crime, por exclusão da ilicitude do comportamento, a saber: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Não se trata, em tais hipóteses, de escusas absolutórias, pois, se assim se entendesse, conforme a dicção de MAGALHÃES NORONHA<sup>25</sup>, a enfermeira que auxiliasse o médico seria punida pelo aborto, enquanto que ele, executor, ficaria isento de pena.

MARIA HELENA DINIZ não comunga do mesmo entendimento, ao pugnar apenas pela supressão da pena, persistindo a natureza criminosa do ato. Segundo os seus argumentos, a Constituição Brasileira erige, como cláusula pétrea, o direito à vida (art. 5º), e, por esse motivo, se o art. 128 do CP estipulasse que não há crime em caso de aborto necessário ou de gestação advinda de estupro, a norma nele contida estaria eivada da mácula da inconstitucionalidade, uma vez que não é possível, seja através de emenda constitucional, seja por lei ordinária, a previsão de exceção ao comando da Carta Política brasileira.<sup>26</sup>

As hipóteses elencadas no dispositivo penal em estudo merecem análise individualizada, a fim de detectar a sua verdadeira natureza jurídica.

##### 4.1 Aborto necessário ou terapêutico

O inciso I, do art. 128, constitui-se, na realidade, em uma situação de estado de necessidade, em que disputam dois bens jurídicos distintos: de um lado, a vida do produto da gestação; de outro, a vida da gestante. Na hipótese, o aborto deve se constituir no único meio para salvar a vida da gestante, não se exigindo, contudo, que esse perigo seja atual.

Na valoração do legislador, predomina o direito à vida da gestante, apresentando-se como razoável a destruição do *concepto*, desde que o perigo advindo com o estado gestacional seja devidamente constatado por médico. Aliás, o médico somente poderá interromper a gravidez após o parecer de dois outros colegas, sendo imprescindível, ainda, a lavratura de uma ata em três vias, uma das quais será enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do hospital onde o aborto for realizado<sup>27</sup>.

Para o reconhecimento da excludente da ilicitude, não é necessário que se obtenha o consentimento da gestante ou de seu representante legal, mesmo porque ela pode estar em estado de inconsciência, e os familiares, influenciados pelo caos emocional, podem não se encontrar em estado anímico consciente para tomar uma decisão desse jaez.

Consoante as lições fecundas de CAPEZ, embora o sujeito ativo do tipo permissivo seja o médico, a excludente da ilicitude alcança também a enfermeira e a parteira, por força da incidência do art. 24 do Código penal (estado de necessidade). Ressalta, contudo, o ilustre professor, que, em relação ao aborto praticado por enfermeira ou parteira, é imperioso que seja constatado que o prosseguimento da gravidez acarretará perigo atual e inamovível, não

<sup>25</sup> Apud Fernando Capez, in ob. cit., p. 120.

<sup>26</sup> In ob. cit., p. 56.

<sup>27</sup> In ob. cit., p. 120.



se admitindo o perigo iminente, eis que o art. 128, I, tem como destinatário exclusivo o médico, responsável pelo diagnóstico de prejuízo futuro à gestante.<sup>28</sup>

Considerando-se que o aludido dispositivo legal foi elaborado em 1940, época da entrada em vigor do Código Penal brasileiro, algumas críticas são levantadas com relação a essa norma permissiva, especialmente no que se refere ao avanço das técnicas da medicina.

CÉZAR ROBERTO BITENCOURT esclarece que as normas penais em estudo foram preparadas segundo a cultura, os costumes e os hábitos dominantes na década de 30. Salienta, ainda, que, passados mais de sessenta anos, não foi apenas o meio social que mudou, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram uma verdadeira revolução na ciência médica.<sup>29</sup>

Consoante os críticos, existem outros meios para tentar salvar a vida da gestante, mediante a utilização de recursos clínicos e cirúrgicos, demonstrando a prescindibilidade da interrupção da gravidez.

Dentre os diagnósticos clínicos que atualmente não se agravam com a gravidez, MARIA HELENA DINIZ aponta a cardiopatia grave, situação em que, segundo Zerbini, a cirurgia cardiovascular poderia contribuir para salvar a mãe e o filho. Salienta o saudoso médico que, nesse caso ou de edema pulmonar, não se deve exigir o sacrifício do feto. Nem mesmo o carcinoma de mama e do colo do útero, doenças consideradas gravíssimas, constituem-se em motivo suficiente para a interrupção da gravidez, pois Jérôme K. Urban, um dos maiores cancerologistas do mundo, opinou no sentido de que o tratamento da gestante deve ser realizado por meio de técnicas adequadas e adaptadas, como, por exemplo, a radioterapia, já que esse método não causa danos ao feto. Por outro lado, se a gestante apresentar mioma uterino volumoso ou carcinoma do útero, deverá submeter-se a uma histerectomia radical, que provoca inevitavelmente a morte do feto, mas, por ato indireto.<sup>30</sup>

Sob qualquer fundamento, atualmente o inciso I do art. 128 encontra-se em dissonância com a realidade médica, o que afasta, na maioria dos casos, a justificativa para a interrupção da gravidez, que deve ser evitada sempre que desnecessária.

Outros argumentos utilizados pelos críticos da norma permissiva são no sentido de que nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito letal<sup>31</sup>, uma vez que os diagnósticos médicos não passam de conjecturas; a prática abortiva poderá acarretar maior dano para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e, ainda, de que o mal causado não é inferior ao suposto mal evitado.

A ponderação que se deve fazer é a seguinte: se a vida é objeto de direito individual indistintamente protegido em sede constitucional, existe uma gradação de valor em que prepondera o direito à vida da mãe em detrimento da vida do *concepto*? E, se positiva a resposta, a quem é dado o poder de decisão sobre qual delas deve prevalecer?

Conclui a professora MARIA HELENA DINIZ que

*“não há, entendemos, que se falar, na atualidade, dessa modalidade de aborto, por ser impertinente e ultrapassada, ante os progressos da medicina. Tal justificativa*

28 In ob. cit., p. 121.

29 In Tratado de Direito Penal, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2003, v. II, p. 157.

30 In ob. cit. p. 58.

31 Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 59.

*abortiva não passa, na verdade, de mero pretexto para encobrir o verdadeiro objetivo da interrupção da gestação, salvo em localidade onde os recursos médicos sejam precários”.*<sup>32</sup>

#### 4.2 O aborto sentimental

O art. 128 do CP dispõe, ainda, em seu inciso II, que é permitida a interrupção da gravidez derivada de crime de estupro. Justifica-se essa permissão legal no sentimento humanitário em favor da mulher, vítima de estupro, que se encontra em uma situação *sui generis*: leva, dentro de si, o produto de um coito vagínico violento, o que pode lhe ocasionar maiores danos psicológicos.

Em que pese à ausência de previsão expressa na lei penal, deve-se aplicar o mesmo dispositivo para a hipótese de gravidez derivada de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (atentado violento ao pudor), entendimento este que é esposado pela doutrina e pela jurisprudência, ante a incidência da analogia *in bonam partem* (norma penal não incriminadora).

Essa norma permissiva, ao contrário das disposições do inciso I, requer o consentimento da gestante ou de seu representante legal, não se exigindo, contudo, a autorização judicial, processo judicial ou condenação contra o autor do delito de estupro. Para a configuração da permissão legal, há que se verificar a prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, laudo pericial, testemunhos), o que se dispensa, todavia, em se tratando de vítima menor de 14 anos, cuja violência se presume, sendo suficiente a comprovação documental acerca de sua idade.

DAMÁSIO E. de JESUS entende que somente o médico poderá interromper a gravidez nesta hipótese, não se beneficiando a enfermeira da permissiva legal<sup>33</sup>, enquanto que CÉZAR ROBERTO BITENCOURT sustenta que, embora a conduta da enfermeira não esteja abrangida pela norma, pode estar presente, na espécie, uma causa excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, admitindo que não há como se exigir da enfermeira outra conduta que não a realização do aborto<sup>34</sup>.

Contra a permissão legal da interrupção de gravidez derivada de crime sexual levantam-se diversas vozes, como a de MARIA HELENA DINIZ, que indaga:

*“o nascituro, um pequenino ser humano inocente e indefeso, não é nem poderia ser um agressor: O que ele tem que ver com o fato de ter sido concebido por um ato de violência de seu pai? Poder-se-ia admitir que o ódio pelo estuprador se estenda a uma criatura inocente, que sobreveio a essa violência, submetendo-a a um brutal sacrifício? Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico violento sofrido pela vítima? Não seria isso uma afronta aos arts. 1º, II e II, 4º, II, 5º, XXXIX, e 6º da Constituição? Não haveria necessidade de absolver da ‘pena de morte’ o ‘réu’ sem culpa pelo crime cometido pelo pai? Se, pelo art. 5º, XLVII, a, do Texto Constitucional, não há pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, se no inciso XLV do mesmo artigo está consagrado o princípio da personalização da pena, insito no brocardo latino nemo punitur pro alieno delicto*

<sup>32</sup> *In ob. cit.* p. 61.

<sup>33</sup> *In Direito Penal*, p. 128.

<sup>34</sup> *In ob. cit.*, p. 172.

*(ninguém pode ser punido por delito alheio), e se a pena é pessoal, não podendo passar da pessoa do delinqüente, como poderia cumpri-la quem não perpetrou delito algum?*<sup>35</sup>.

Realmente, deve-se convir que, embora os defensores do aborto ético ou sentimental adotem o fundamento de que a norma visa à preservação do sentimento materno, constantemente agredido pela recordação da violência sofrida através da presença do produto do crime, a interrupção da gravidez, sem dúvida nenhuma, constitui-se em um decreto de morte a um ser que não participou da execução do delito, o que fere, de maneira incontestada, o princípio da intranscendentalidade da pena.

Ademais, é importante observar que os bens jurídicos colocados em confronto na espécie possuem naturezas diferentes, quais sejam: a honra e a liberdade sexual da mulher e a vida do *concepto*. Colocá-los no mesmo patamar de valores que merecem a proteção penal, optando o legislador pela prevalência do bem jurídico “liberdade sexual”, transmuda o equilíbrio da Justiça, além de infringir as normas constitucionais que instituem os direitos fundamentais, que elegem, como mais importante, dentre eles, o direito à vida.

FREDERICO MARQUES e ANÍBAL BRUNO, citados por Maria Helena Diniz, entendem que a vida do feto se constitui em bem de valor superior ao livre-arbítrio de sua mãe, e, por esse motivo, atribuem ao Estado o cuidado com essa criança, depois de seu nascimento, caso seja rejeitada pela parturiente.<sup>36</sup>

As normas permissivas instituídas pelo art. 128 do CP, consoante as conclusões de MARIA HELENA DINIZ, constituem-se em uma antinomia de segundo grau, existindo

*“um conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, pois, havendo norma superior geral (CF, arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, caput, XXXIX, XLVII, a, e XLV, e 6º) e outra inferior especial (CP, art. 128, I e II), não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo-se o critério hierárquico ao da especialidade, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, prevalência, mesmo porque o da especialidade é a segunda parte do princípio constitucional da isonomia de que se deve tratar desigualmente os desiguais. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio de justiça: suum cuique tribuere, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar a antinomia, fazendo prevalecer os comandos contidos no art. 128, I e II, do Código Penal”<sup>37</sup>.*

## 5. A QUESTÃO DO FETO COM DEFEITOS CONGÊNITOS

Em determinados casos, a má-formação do feto provoca discussões polêmicas, dividindo as opiniões dos doutrinadores e do próprio Poder Judiciário, que se vê freqüentemente obrigado a decidir sobre a vida do produto da concepção.

O denominado aborto eugênico é visto, por seus adeptos, como um meio de poupar

<sup>35</sup> *In ob. cit.*, p. 63.

<sup>36</sup> *In ob. cit.*, p. 64.

<sup>37</sup> *In ob. cit.*, p. 67.

o feto portador de defeitos genéticos de uma vida indigna, e para evitar o desmesurado sacrifício dos pais, em face da dificuldade da manutenção de filhos “anormais”, que demandam maiores cuidados e dispendiosos recursos financeiros.

CAPEZ ensina que o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso “*é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável*”<sup>38</sup>.

As anormalidades do *concepto* são passíveis de serem detectadas, ainda no mais tênue estágio de gestação, mediante a utilização das novas técnicas médicas, como a biologia molecular, a amniocentese, ultra-sonografia, amostras de vilo corial, fetoscopia, análise do sangue fetal coletado, embrioscopia, cordocentese, ecografia, dosagem de alfaetoproteínas<sup>39</sup>, dentre outros métodos. Hoje, existem exames médicos que possibilitam, inclusive, antever problemas genéticos hereditários na prole, antes mesmo que o casal venha a conceber.

O cerne da questão gira em torno da possibilidade de que o Estado-Juiz venha a decidir sobre o prosseguimento ou não da gravidez, quando, no caso *sub judice*, se constata que o feto é portador de defeitos genéticos.

## 5.1 O feto anencéfalo

A legislação penal brasileira não contempla a possibilidade de interrupção da gestação, nos casos em que se verifica que o feto é portador de deformidade ou enfermidade incurável.

A ausência de permissão legal, contudo, não é empecilho para que o Judiciário, constantemente provocado pelos interessados, venha a se manifestar favoravelmente pela prática abortiva, sob o fundamento da excludente da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. A dirimente do delito é invocada em favor da gestante, ao se considerar o dano psicológico por ela sofrido em razão do nascimento de um filho geneticamente defeituoso, bem como para amparar o médico, que não pode ser obrigado a prolongar o sofrimento materno<sup>40</sup>.

Por diversas vezes, os juízes e tribunais brasileiros se viram frente a frente com a questão relacionada ao aborto de fetos anencéfalos, e o que se verifica na prática é que os posicionamentos jurídicos divergem entre si. MARIA HELENA DINIZ anota que, em 19/12/1992, o juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, de Londrina, autorizou o abortamento de um anencéfalo, numa gestação de 20 semanas. Em 04/11/93, em São Paulo, outra decisão favorável à interrupção da gravidez de feto portador de acrania e enfalocelo foi proferida pelo juiz Dr. Geraldo Pinheiro Franco. No mesmo ano, em Guarulhos, o juiz Dr. José Fernando Seifarth de Freitas admitiu a interrupção de uma gestação de 20 semanas comprometida por anencefalia. Em janeiro de 1997, no Rio de Janeiro, o mesmo entendimento foi esposado pelo juiz Dr. Marcus Henrique Pinto Basílio, por constatar que o feto não possuía a calota craniana e hemisférios cerebrais. Em todos estes julgamentos, buscou-se a justificativa basicamente no aspecto moral, ancorada em laudos médicos, os quais sustentam a impossibilidade da vida extra-uterina. A fundamentação da autorização se encontra no fato de que cientificamente não há, nem haverá vida em fetos anencefálicos.<sup>41</sup>

38 *In* ob. cit., p. 123.

39 Maria Helena Diniz, *in* ob. cit., p. 46.

40 Fernando Capez, *in* ob. cit., p. 123.

41 *In* ob. cit., p. 53.

O Supremo Tribunal Federal, ao deparar com o *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, não teve oportunidade de apreciar o mérito do *writ*, haja vista que, na assentada do julgamento, em 04/03/2004, confirmou-se a notícia do parto e de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos. O histórico da questão *sub judice* nos relata que a gestante obteve liminar junto ao TJRJ, concedida pela relatora desembargadora Gisela Leitão Teixeira, a qual entendeu que *“a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero”*.

Essa decisão, contudo, foi afastada pelo presidente da Câmara Criminal, desembargador José Murta Ribeiro, e restabelecida pelo Colegiado. Ajuizado *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, foi concedida a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado, por sua vez, acompanhou a relatora, assentando:

***HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO. (...) Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal (...) 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto”*(grifo nosso).**

Esse caso demonstrou que as frequentes divergências dos julgadores, na espécie, e a demora na tramitação dos feitos tornam impossível a prestação jurisdicional tempestiva, já que a gestação perdura apenas por nove meses.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, apreciando o *meritum causae* na ADPF 54 MC/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por força da liminar concedida pelo Relator Ministro Marco Aurélio, publicada no DJ de 02/08/2004, p. 00064, em que restou decidida a possibilidade da interrupção da gravidez nas hipóteses de constatação de anencefalia. Vale transcrever o seguinte trecho da decisão:

***“... O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 – como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim***



*agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente (...) No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão: **AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – REQUERIMENTO – IMPROPRIEDADE (...)** Constatase, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise (...) Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior; do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor: A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona o desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, **ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie” (grifamos).***

Na Revista Consultor Jurídico<sup>42</sup>, noticiou-se que a Justiça de Minas Gerais, por força da decisão proferida pelo Juiz Wanderley Salado de Paiva, da 30ª Vara Cível de Belo Horizonte, autorizou a interrupção da gravidez, com sete meses de gestação, de um feto

42 Publicada em 04/06/2005, site [conjur.estadao.com.br](http://conjur.estadao.com.br).

anencéfalo. O MM. Juiz prolator da decisão entendeu que o abortamento, nessa hipótese, era necessário para evitar sérios riscos à saúde e à vida da gestante, além de basear a sua decisão na impossibilidade de sobrevida do feto com tal anomalia, fato este comprovado cientificamente, em mais de 50% dos casos.

Conclui-se, portanto, que a tendência da jurisprudência atual é no sentido de permitir o aborto de fetos portadores de graves anomalias que, segundo os pareceres médicos, tornariam impossível a sobrevida.

## 5.2 Críticas

O posicionamento moderno adotado pelos Tribunais e Juízos Monocráticos brasileiros é alvo de algumas críticas relevantes, que devem ser discutidas, a fim de que as decisões proferidas não se constituam em verdadeiros alvarás para a prática do crime de aborto.

A professora MARIA HELENA DINIZ apresenta um argumento sólido sobre a discussão, ao defender *“a inconsistência jurídica do pedido de autorização judicial para o aborto eugênico, pois nenhum juiz está autorizado a permitir a prática de um delito, cabendo-lhe indeferir in limine o pedido, devido a sua impossibilidade jurídica, por falta de amparo legal”*<sup>43</sup>. Esse entendimento se escora no raciocínio de que a lei penal apenas autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos no art. 128, não se encontrando acobertado pela permissiva o abortamento de feto com anomalias.

Sustenta, ainda, a renomada professora, que tais precedentes poderiam abrir espaço para que os magistrados se pronunciem em casos similares ou para permitirem o aborto por outros motivos que acreditam suscetíveis de sustentar a legitimidade da interrupção seletiva da gravidez. Ressalta que não há como estabelecer limites gestacionais a esse aborto seletivo, e que os avanços na área da medicina permitem, a curto prazo, que patologias atualmente consideradas como incuráveis possam ser reparadas, o que afastaria o fundamento utilizado para a permissão judicial.<sup>44</sup>

Fortalece as suas idéias nas opiniões de Genival Veloso de França (*in Direito Médico*) e Pedro Paulo Monteleone (*in Justiça poderá vetar doação de órgãos de criança anencefálica*, Folha de São Paulo, de 13/02/98), ao indagar:

*“Para que interromper gravidez de anencéfalo ou de qualquer feto portador de moléstia grave e incurável? Ninguém é tão desprezível, inútil ou insignificante que mereça ter sua morte decretada, por meio de interrupção da gestação, uma vez que a natureza é sábia e se encarregará de seu destino se não tiver condições de vida autônoma extra-uterina. Se nascer, surgirá outra questão: a possibilidade de os pais doarem seus órgãos e tecidos para transplantes em crianças. Inadmissível juridicamente será, como veremos mais adiante, qualquer transplante de órgãos vitais de anencéfalo vivo. Para tanto será imprescindível aguardar sua morte ou a cessação completa de suas funções cerebrais”*<sup>45</sup>.

THOMAS RAFAEL GOLLOP, em sua obra *“Aborto por anomalia fetal”*, Bioética,

43 *In ob. cit.*, p. 53.

44 *In ob. cit.*, p. 53/54.

45 *Idem*, p. 54.

p. 70, citado por Maria Helena Diniz, esclarece que outros métodos menos traumáticos devem ser utilizados para evitar o aborto seletivo por anomalia fetal, o que poderia ser perfeitamente resolvido com algumas medidas, tais como:

*“a) impedir o nascimento de anormais por meio de controle genético e orientação de casais através de exames pré-nupciais; b) conscientizar a gestante dos males do aborto e preparar psicologicamente os pais para o rude golpe de ter um filho deficiente físico ou mental; c) fazer com que o ônus do portador de uma anomalia recaia sobre o Estado e não sobre a família; e, d) obrigar os planos de assistência médica e seguros-saúde a fornecer cobertura em casos de anomalia congênita ou de moléstia hereditária, física ou psíquica”<sup>46</sup>.*

Por fim, vale citar uma passagem narrada por FRANCISCO HERRERA JERAMILLO, a saber:

*“Jerôme Lejeune, o famoso descobridor da Síndrome de Down, participou certa vez de um debate, pela televisão, com um médico abortista, Monod, e, a tantas, lhe fez esta indagação: ‘Sabendo-se que um pai sífilítico e uma mãe tuberculosa tiveram quatro filhos: o primeiro, cego de nascença; o segundo, morto logo após o parto; o terceiro, surdo-mudo; o quarto, tuberculoso, e que a mãe ficou grávida de um quinto filho, que fazer?’ Respondeu-lhe Monod: ‘Eu interromperia essa gestação’. A isso, concluiu Lejeune: ‘O senhor teria matado Beethoven’”<sup>47</sup>.*

O aborto de feto com anomalias genéticas envolve questões de natureza cultural, social e, principalmente, de saúde. A solução para o problema exige que sejam envidados esforços conjugados pela sociedade e pelo Poder Público, através de um trabalho voltado para a assistência médica, psicológica e financeira às famílias que se encontram nessa situação. O que deve ser evitado é a banalização da vida de um pequeno e indefeso ser humano, que não pode ser considerado como um objeto descartável.

## 6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Consoante articulado anteriormente, a tendência atual das legislações mundiais é no sentido de permitir a prática abortiva, seja em caráter de exceção ou, ainda, a critério da gestante.

No Brasil, a partir do Código Penal de 1940, adotou-se a proibição do aborto, com a previsão de normas permissivas (art. 128), que autorizam, nos casos elencados pela lei penal, a interrupção da gravidez. Todavia, discute-se a possibilidade de descriminalizar o aborto, o que vem mobilizando correntes em todas as direções, e ensejou, inclusive, a elaboração de projetos de lei com esse objetivo.

Atualmente, encontra-se em evidência um anteprojeto de lei elaborado por uma comissão escolhida pelo governo federal, a fim de discutir a revisão da legislação punitiva do

<sup>46</sup> *In ob. cit.*, p. 55.

<sup>47</sup> *In Derecho a la Vida y el Aborto*, Pamplona: EUNSA, 1994, p. 379. Apud Ricardo Henry Marques Dip. Uma Questão Biojurídica Atual: A autorização judicial de Aborto Eugênico – Alvará para Matar. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 734, p. 522, dez. 1996; Publicada na Revista “O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro – A questão do Aborto” – Associação Brasileira dos Magistrados Espíritos – ABRAME.



aborto. A idéia central do anteprojeto é descriminalizar o aborto até a 12<sup>a</sup> semana de gestação e, ainda, ampliar o prazo de interrupção da gravidez para 20 semanas, em casos de estupro, além de eliminar a limitação de tempo para a prática do aborto nas hipóteses de grave risco à saúde da mulher e de má-formação do feto.

O mencionado anteprojeto inova o cenário nacional, ao propor que a interrupção voluntária da gravidez seja realizada pelo SUS – Sistema Único de Saúde, contando, inclusive, com a cobertura pelos planos e seguros privados de assistência médica.

Se aprovado o seu texto, os dispositivos penais que tratam do delito de aborto seriam revogados, permanecendo, apenas, como figura criminosa, o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher.

Os defensores da legalização do aborto se fundamentam em diversas vertentes, ótica sob a qual a liberdade feminina é o ponto de discussão que cria maior polêmica. Argumentam, de maneira sintética, que a atual política de saúde de nosso país não coloca à disposição da mulher técnicas eficientes para evitar a gravidez indesejada.

Ora, a insuficiência de assistência social e a ausência de educação sexual não podem ser resolvidas no âmbito penal, por força do princípio da intervenção mínima, mas, sim, através de políticas governamentais direcionadas para o controle da natalidade, de modo a proporcionar a todos os brasileiros, indistintamente, condições para evitar uma gravidez acidental.

Outro ponto defendido pelos adeptos da descriminalização do aborto é no sentido de que a falta de recursos financeiros para manter o filho seria motivo suficiente para justificar a interrupção da gravidez. Não lhes assiste razão, uma vez que a má distribuição de renda, que vem propagando a miséria e afrontando a dignidade humana nos grandes e pequenos centros urbanos brasileiros, também não pode ser resolvida na seara penal. Não há como permitir a eliminação do produto da gestação apenas por motivos financeiros, pois essa atitude seria uma forma de banalizar a importância da vida humana. Segundo a professora MARIA HELENA DINIZ, “a solução não é acabar com a vida de uma criança, mas com a miséria”.<sup>48</sup>

Melhor sorte não assiste aos que levantam a bandeira para a descriminalização do aborto, sob o argumento de que a deficiência física ou mental do futuro ser constituir-se-ia em motivo suficiente para autorizar a prática da eutanásia pré-natal. É que, conforme mencionado, os avanços da medicina fazem com que, em que pese às deficiências, os pequenos seres humanos tenham uma vida digna e feliz. A ninguém é dado o direito de decidir pela eliminação de um ser humano, por entender pela indignidade de sua vida. A propósito, temos a seguinte lição:

*“Fácil é perceber que atrás dessa eutanásia pré-natal esconde-se um egoísmo dos pais, que se compadecem de si mesmos porque não estão dispostos a aceitar esse filho deficiente pelas repercussões econômicas que trará e pela atenção excessiva que exigirá. Os pais, no nosso entendimento, não têm autoridade alguma para avaliar sobre a dignidade ou indignidade da vida humana, pois apenas o futuro o dirá, somente o dono de cada vida poderá desvendar esse mistério ao cumprir sua trajetória e seu destino”<sup>49</sup>.*

48 In ob. cit., p. 80.

49 Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 81.

Admitir essa postura como lícita levaria, conseqüentemente, ao reconhecimento do mesmo direito em favor dos filhos, com relação aos pais que, na velhice, venham a se tornar portadores de deficiência física ou mental, requerendo cuidados dispendiosos e atenção redobrada. Nessa hipótese, poder-se-ia permitir que os filhos eliminassem a vida dos pais, praticando uma eutanásia senil?<sup>50</sup> Não se justifica nem se justificará, em qualquer tempo, em casos como na espécie, a eliminação da vida humana.

Em 1988, o Brasil foi considerado, pela Organização Mundial de Saúde, campeão mundial de aborto provocado na clandestinidade, fato esse que se torna um argumento de peso na luta pró-legalização de sua prática. Contudo, a frequência do abortamento não se apresenta como motivação idônea para que a prática do delito seja liberada em nosso país. Infelizmente, em nosso território são incontáveis os assaltos à mão armada, os seqüestros, os homicídios, o tráfico de entorpecentes, os quais jamais poderão ser suprimidos da legislação penal, como condutas criminosas<sup>51</sup>. O costume *contra legem* não possui o condão de revogar uma lei penal, e a repetição de atos ilícitos da mesma espécie não traduz que esses comportamentos sejam socialmente aceitos, de modo a desvalorar o bem jurídico penalmente tutelado.

Sob o mesmo prisma, não deve prosperar a alegação de que, com a descriminalização do aborto, evitar-se-ia que a mulher desprovida de recursos se utilizasse de clínicas clandestinas, que oferecem poucos recursos médicos e sanitários, colocando em risco a sua própria saúde. É forçoso considerar que a rede de saúde pública brasileira, organizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), encontra-se açambarcada pelas dificuldades na manutenção da assistência aos segurados, não sendo plausível acreditar que essas mulheres, com poucos recursos financeiros, possam frequentar clínicas médicas particulares, que lhes ofereçam menores riscos durante o procedimento abortivo.

Nesse aspecto, a dificuldade esbarra, ainda, na questão da ética médica, pois não é fácil conciliar o objetivo curativo da medicina com a prática do aborto. Anota a professora MARIA HELENA DINIZ que,

*“o jornal francês Le Monde divulgou, em 23 de setembro de 1998, que os médicos mais jovens não querem trabalhar em condições pouco invejáveis, pois exigem nessa missão de saúde pública um estatuto, boas condições de trabalho e reconhecimento profissional, mas os hospitais estão negando esses pedidos, e, com isso, tem diminuído o número de profissionais da saúde dispostos a realizar a interrupção voluntária da gestação. Na Espanha, quase todos os abortos são feitos em clínicas particulares, pois os médicos de hospitais públicos invocam a objeção de consciência para não realizá-los. Nos Estados Unidos, segundo o Califórnia Medicine Report de maio/junho de 1998, não há profissionais competentes em quantidade suficiente para a realização de abortamentos, sendo que a metade dos realizados é feita por médicos com mais de 50 anos de idade, que, não raro, têm de deslocar-se de uma cidade para outra, pois apenas 5% dos médicos que fazem residência em obstetria e ginecologia dispõem-se a efetuar abortos”<sup>52</sup>.*

50 Idem.

51 Sandra Cavalcanti, Aborto: caso de direitos humanos, Folha de São Paulo, 24.10.1993, p. A-8; Niceto Blázquez, A ditadura do aborto, cit., p. 8 e 16-7; José Gea Escolano, Sim ou não ao Aborto?, cit., p. 21; Pedro-Juan Viladrich, Aborto e sociedade permissiva, cit., p. 7; Wilke, O aborto, cit., p. 131; apud Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 95/96.

52 In ob. cit., p. 100/101.

Ademais, impende indagar: que profissional da área da saúde deseja ser reconhecido como um especialista na realização de aborto?

Por fim, é imperativo observar que a legalização do aborto colide com a cláusula pétrea, porquanto o constituinte elaborou dispositivo constitucional, que insere, dentro do capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, como preceito intangível, o direito à vida. Nenhuma das espécies legislativas, nem mesmo a emenda constitucional, possui força de afastar as bases que sustentam o Estado Democrático de Direito, e retroceder na conquista dos direitos humanos. O direito à vida é mais antigo do que as normas de comportamento estabelecidas pela lei escrita, que devem respeitá-lo, sob pena de provocar a ruptura do sistema jurídico.

As estatísticas atestam que o aborto é um problema atual e grave, que requer um tratamento sério e humanitário por parte, não só do Poder Público, mas, principalmente, de cada um dos cidadãos brasileiros, que devem se conscientizar de seu papel social, com a adoção de posturas tendentes a um planejamento familiar equilibrado e, ainda, no sentido de reconhecer que o *concepto*, mesmo com necessidades especiais, é um ser humano dotado de sentimentos, capacidades e vida própria.

Abortar, por questões econômicas, é negar a paternidade responsável. Interromper uma gravidez, por questões piedosas, em se tratando de fetos com deficiência congênita, é uma forma de fugir das responsabilidades familiares, pois, diante de um filho portador de anomalia, alguns pais preferem atender a seus próprios interesses, esquecendo-se de que a vida intra-uterina deve ser tratada com o mesmo respeito que a vida fora do útero materno.

Somente a evolução do pensamento social, na busca do respeito à vida, à dignidade e aos direitos conferidos ao homem, indistintamente, poderá solucionar a discussão travada em torno da *abolitio criminis* quanto à figura típica do aborto. Enquanto isso, a cada um de nós incumbe avaliar as questões éticas e humanitárias que circundam o tema e, principalmente, avaliar as situações em concreto com serenidade e consciência, para que, das nossas decisões, não decorra o extermínio de uma vida humana.

E, na dicção de CARRARA, não devemos nos esquecer de que

*“o direito penal é, ao contrário, protetor da liberdade humana, tanto externa quanto interna. Da interna, porque confere ao homem uma força a mais para vencer o seu pior tirano, as próprias paixões; e, como bem dizia Daguesseau, jamais o homem é tão livre como ao subordinar as paixões à razão, e a razão à justiça. Da liberdade externa, por proteger, contra o forte, o fraco, no gozo de seus direitos, dentro dos limites do justo; e nisso consiste a verdadeira liberdade”*.<sup>53</sup>

## 7. ABSTRACT

*The volunteer interruption of pregnancy has caused, since the oldest civilizations, acute legal disputes around its treatment by the Penal Law. The evolution of society, of medical science and legal concepts justify the changes and legal approaches related to abortion. Nowadays, it is debated the possibility of its legal forgiveness, specially in cases in which congenital imperfections exist. However, in relation to the specific crime*

53 In Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral, Ed. LZN, 2002, v. I, p. 36.

*of abortion, it faces medical and religious ethic. Moreover, the constitutional prohibitions, which demand deeper studies, to get to a solution in equality with the justice principles.*

**Key words:** *Abortion - Historical evolution - Concept - Penal types of abortion - Permitted kinds - Fetus with congenital imperfections - Abortion possible legal forgivenesses.*

## 8. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2003, v. II.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2003, v. II.
- CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral, Ed. LZN, 2002, v. I, Tradução de Ricardo Rodrigues Gama.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito, Ed. Saraiva, 2001.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal, Ed. Saraiva, 2003.
- PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial, Ed. RT, 2005.
- Revista “O Direito à Vida no Ordenamento Jurídico Brasileiro – A questão do aborto”, publicada pela Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas – ABRAME – 2005.
- Revista “A vida contra o aborto”, publicada pela Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas – ABRAME – 2005.
- Sites [conjur.estadao.com.br](http://conjur.estadao.com.br) e [stf.gov.br](http://stf.gov.br).



# LIGEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A CONDUTA ÉTICA OU ABUSIVA DOS PARTICIPANTES DO PROCESSO CIVIL

Fabiano Rubinger de Queiroz<sup>1</sup>

## RESUMO:

Neste trabalho, pretende-se, em linhas gerais, demonstrar a responsabilidade imposta a todos os que participam no desenvolvimento do processo civil, com os deveres de conduta ética e de lealdade processual a envolver as partes, seus advogados, testemunhas, serventuários, peritos, ministério público e juiz.

**Palavras-chave:** Abuso do exercício do Direito. Deveres processuais. Lealdade processual. Litigância de má-fé.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. As partes – 3. O magistrado – 3. 1 O magistrado e o processo de execução – 3. 2 O magistrado e a litigância de má-fé – 4. O ministério público – 5. O advogado – 5. 1 Advogado: o ato atentatório ao exercício da jurisdição e a litigância de má-fé – 6. As testemunhas – 7. Os peritos – 8. Os serventuários da justiça – 9. Breves conclusões – 10. *Abstract* – 11. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Há uma preocupação nos diversos sistemas processuais civis contemporâneos em prevenir e reprimir o uso da conduta desleal no processo, seja pelas partes, por seus advogados, pelos juízes, ou por qualquer outro participante do processo.

No entanto, percebe-se que não existem semelhanças entre os modelos jurídicos contemporâneos no que tange à prevenção e repressão aos atos abusivos ou desleais no processo.

Nos países de sistema *common law* – aqueles que adotam *princípios* gerais e *precedentes*, a exemplo do que ocorre na Inglaterra, nos Estados Unidos e em outros tantos países – não existem normas específicas definindo o que pode ser considerado ato abusivo ou desleal no processo. Contudo, utilizam regras para prevenir e punir a prática processual desleal, principalmente nos Estados Unidos, com fundamento nas garantias do devido processo legal e da igualdade de tratamento. Em países como Itália, Alemanha e Áustria, faz-se referência a cláusulas gerais para interpretação, estabelecendo, deste modo, normas de aplicação de regras processuais.

Nos países de sistema *civil law* – *normas* expressas e *casuísticas*, a exemplo do que ocorre no Brasil, na França e em outros tantos países – também não há semelhança entre os ordenamentos. Alguns países adotaram regras ou princípios gerais. A França, por exemplo, adotou, expressamente, a teoria do abuso de direito, com a cominação do pagamento de multas processuais pelo exercício ou conduta processual inadequada<sup>2</sup>.

1 Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba/MG Mestre em Direito Público pela UNIFRAN, SP.  
2 DE VICENZI, Brunela Vieira. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 122.

O legislador brasileiro adotou o princípio da boa-fé e da lealdade processual, vinculando todos os participantes do processo civil. No artigo 16 do CPC, o legislador atribuiu a responsabilidade pela litigância de má-fé a todos os participantes do contraditório instaurado perante o juiz.

Assim, autor, réu ou qualquer outro interveniente devem portar-se de acordo com a lealdade e boa-fé, sob pena de responderem por perdas e danos.

A crítica que se faz ao texto processual, sob a ótica de uma interpretação superficial, é a de que os litisconsortes, por falta de remissão expressa, não poderiam ser responsabilizados por eventual conduta irregular na relação processual, em afronta aos deveres previstos para todos aqueles que participam do processo, consoante dispõe o artigo 14 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

Edson Prata, citado por Rui Stoco, lembra que a lei não distingue ente réu, autor interveniente, incluindo-se entre estes o litisconsorte, e o oponente<sup>4</sup>.

Rui Stoco entende que o procurador das partes em juízo não responde pessoalmente por má-fé processual. E diz mais: nem o juiz nem o advogado podem ser sancionados pela norma que coíbe a má-fé, pois esta se dirige à parte, de modo que, em última análise, esta responderá pelos atos de improbidade de seu representante judicial. O advogado sofrerá as sanções de caráter disciplinar, estabelecidas no Código de Ética, com as sanções previstas no Estatuto da Advocacia, que disciplina o seu exercício (Lei n. 8.906, de 04.07.1994), embora a parte que for sancionada possa exercer, posteriormente, o direito de regresso em face do seu representante legal<sup>5</sup>.

A propósito dos deveres e das responsabilidades dos participantes do processo, deve ser salientada a advertência de Greco Filho:

*Todas essas normas podem ser reduzidas ao princípio básico de que todos devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, mas sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas. Isto não quer dizer que a parte fique tolhida no exercício de todas as faculdades processuais; o que não pode é abusar do direito de exercê-las<sup>6</sup>.*

## 2. AS PARTES

Ao utilizarem o processo como instrumento que o Estado coloca à disposição dos cidadãos para a solução dos seus conflitos de interesses e para a aplicação da vontade concreta da lei, as partes devem pautar-se por normas éticas e morais de honestidade e boa-fé.

3 Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final; Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

4 PRATA, Edson. Probidade Processual. In: STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 126.

5 STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 92.

6 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 106. v. 2.

O processo é meio que proporciona composição do litígio. Nele devem figurar, na qualidade de partes, os personagens ou sujeitos da relação jurídica litigiosa manifestada em juízo, havendo uma parte no sentido *ativo* (aquela que invoca a tutela jurisdicional) e uma parte no sentido *passivo* (aquela em relação à qual se pede a tutela jurisdicional).

Como participantes da relação jurídica processual, as partes adquirem direitos processuais e assumem faculdades, deveres, poderes, obrigações, estas últimas referentes ao pagamento das despesas processuais e de indenizações por prejuízos causados no curso do procedimento.

Todavia, dentre inúmeros deveres impostos às partes no processo, salienta-se o de probidade processual delineado pelos artigos 14 a 18 do CPC<sup>7</sup>.

A regra da boa-fé está expressamente prevista no Código de Processo Civil, ao determinar, no art. 14, II, que é dever das partes e de todos os que de qualquer forma participam do processo de “*proceder com lealdade e boa-fé*”.

Enfatiza Alcides Moreira Lima<sup>8</sup>, que o princípio da probidade

*foi concebido para refrear os impulsos (de certo modo explicáveis, mas não justificáveis) dos litigantes e de seus procuradores, no sentido de obstar que transformassem o processo em meio de entrechoque de interesses escusos, com o emprego de toda a série de embustes, artifícios, atitudes maliciosas e, sobretudo, a mentira. Com isso, as partes não pleiteiam, em última análise, o reconhecimento de um “direito”, mas, sim, de um falso “direito”, que se transmudaria injustiça e em ilegalidade, burlando o juiz, que poderia terminar sendo cúmplice inocente e involuntário da nociva solução.*

A doutrina nacional e estrangeira, inspirada no dever de veracidade, ensina que a prestação jurisdicional deverá ser postulada acerca de um fato vorazmente exposto, fornecendo a parte versão completa dos fatos.

Leis processuais criam diversos deveres para as partes. Na lição de Theodoro Júnior, apesar de as partes terem liberdade para escolher os meios mais idôneos à consecução dos seus objetivos, a liberdade deve ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o processo civil<sup>9</sup>.

Também do Ministério Público exige-se comportamento compatível com a ética e a boa-fé, sob pena de incidir nas condutas censuráveis descritas no art. 17 do CPC, quando,

7 Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º. Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º. O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

8 LIMA, Alcides Moreira. Probidade processual. *RBDP*. n. 18, 1996. p. 13.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 85.

atuando como autor ou interveniente, dá causa ao dano processual.

### 3. O MAGISTRADO

Para que o Estado-Juiz atenda à prestação jurisdicional de forma justa e equânime, necessário que as partes tenham na pessoa do juiz um condutor isento de ódio, paixão e amor; que não penda para qualquer dos lados da relação processual, mas que conduza a instrução retilineamente até o momento de prolação da sentença, através da qual a prestação jurisdicional, positiva ou negativa, atenda tanto quanto possível ao pedido da parte.

O juiz representa o Estado na relação processual. Por isso, para o desempenho de sua função, são-lhe conferidos poderes para solucionar a lide.

Moacir Santos<sup>10</sup> classifica os poderes do juiz em ordinários ou instrumentais, que se traduzem em provimentos destinados ao desenvolvimento do processo, dotados ainda de poderes instrutórios destinados à colheita de provas que servirão de base para as decisões.

Mas a lei impõe deveres e obrigações: o magistrado não goza de liberdade plena na condução do processo; e não pode deixar de solucionar a lide, alegando inexistência de lei, ou existência de lacuna, ou de obscuridade na lei. Deve, também, dirigir o processo, assegurando às partes tratamento isonômico, assim como velar pela rápida solução do litígio, prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça, conforme dispõe o art. 125 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) determina, em seu art. 35<sup>12</sup>, os principais deveres dos magistrados, tais como: cumprir as disposições legais; sentenciar e despachar nos prazos fixados; tratar com urbanidade as partes e todos os intervenientes no processo; e, ainda, atuar com imparcialidade e independência.

O magistrado, ao se projetar no plano processual, há de emitir mensagens com capacidade de expressar a verdade extraída dos elementos de direito e probantes que lhe foram apresentados, ou por ele próprio buscados. Daí o art. 125, inciso III, de o Código de Processo Civil conferir expressos poderes ao juiz para “*prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça*”.

Ao avaliar as provas no ato de julgar, o juiz não pratica ato de pura vontade. Ao contrário, desenvolve o processo apoiado em princípios que, previamente, informam a relação processual, sem fugir de uma seqüência lógica, inspirado em premissas e conclusões, muito embora na qualificação dos fatos se guie por um juízo de valor.

Ao final, o magistrado expõe uma convicção advinda da análise do conjunto de

10 SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 331.

11 Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

12 LC nº 35/1979 - Art. 35. São deveres do magistrado: I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V - residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.



fatos alegados nos autos e compatibilizados com as regras jurídicas que os regem, com o propósito definido de dizer a verdade ao aplicar o direito ao caso concreto.

Por outro lado, o artigo 125, III, do Código de Processo Civil, também de forma contundente, concede poder-dever ao juiz de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, atento que o legislador não discriminou, ordenadamente, quais atos produzem efeitos atentatórios à dignidade da justiça. Do texto processual civil destacam-se vários artigos que cuidam, direta ou indiretamente, do zelo que deve ser exercido pelo juiz para que seja sempre cultivada a conduta ética na atividade judiciária e jurisdicional.

Importa dizer que o juiz há de desempenhar sua função jurisdicional dentro do parâmetro formado pelo processo instalado por provocação de uma das partes, proferindo decisão em nome do Estado, não podendo desconhecer que é função primordial, nesta fase da relação processual, ficar atento aos fatos para analisá-los com clareza e precisão e para desvendá-los com confiabilidade, a fim de que sua decisão reflita segurança e respeito, no pressuposto de não ofender a dignidade da justiça.

Do magistrado é exigido que não permaneça apenas no campo das idéias, mas, sobretudo, que fique atento para avaliação e pronunciamento sobre as provas a serem produzidas e que se interligam com o direito pleiteado.

Na condução do processo, a atuação do juiz evidencia o caráter democrático e social da prestação jurisdicional. Democrático porque o juiz exerce função participativa ao realizar o direito, no caso concreto, através do poder de alcançar os valores inseridos na ordem jurídica vigente. Democrático, ainda, porque o cidadão tem à sua disposição um instrumento capaz de realizar o ideal de justiça: a pacificação social.

O Estado, ente abstrato, impõe que o desenvolvimento do processo se faça de maneira célere e honesta, sob a condução do magistrado preparado culturalmente, de boa índole, de temperamento equilibrado e que aja com bom senso, de modo que sua atuação contribua para restabelecer a paz social perturbada pela divergência nascida entre os litigantes. Necessário que as partes não atuem livremente e que o juiz, no comando da atividade jurisdicional, não se afaste do objetivo estatal, decidindo o conflito com livre convencimento e com fundamento constitucional. Os meios a serem utilizados para se verificar qual dos contendores está com a razão não podem ficar ao livre arbítrio do juiz ou de suas preferências pessoais. Para bem desempenhar suas funções, o juiz é investido de poderes e de deveres. Na prestação jurisdicional, tem o magistrado responsabilidades de ordem disciplinar, civil e penal.

Não é dado ao julgador desprestigiar as garantias e liberdades consagradas na Constituição Federal, tampouco compete ao magistrado perquirir se aplica ou não a norma para repelir a litigância de má-fé diante da ocorrência de atos reputados ilegítimos pela nossa legislação processual. Se o ato constitui atentado à dignidade da justiça, não se pode admitir, nem se admite complacência.

Certo é que, diante da vida jurídica hodierna, a posição do juiz no processo se encontra fortalecida, não permanecendo ele ausente da dinâmica processual na condução do processo.

Pode o juiz colher de ofício as provas necessárias além daquelas indicadas pelas partes, na busca da fixação da verdade, fazendo valer o poder-dever contemplado no art. 125, IV do CPC. Introduzido pela Lei n. 8.952/94, a criação deste novo inciso significa,

definitivamente, a consolidação da prática judicial da conciliação no curso do processo de execução e no de conhecimento, no momento da audiência ou depois dela. Tem-se entendido que a expressão “a qualquer tempo” significa tentar a conciliação somente após decorrido o prazo peremptório e de ordem pública da contestação, o que não impede a idéia de sempre buscar a conciliação.

À primeira vista, pode parecer que, atuando de ofício, o magistrado estaria agindo em detrimento de uma das partes. Mas, ao fazê-lo, estará preservando e resguardando o direito de ambas as partes e possibilitando a justa composição do litígio – o que realmente interessa aos litigantes e da qual não pode prescindir a paz social.

No que pertine à participação do juiz na busca da “verdade”, é mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a “verdade” dos fatos seja construída, indevidamente, pela parte mais astuta ou pelo advogado mais capaz.

Em conseqüência, compete ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte ofendida, mandar riscar expressões injuriosas dos escritos apresentados no processo (art. 15 do CPC). Se as expressões injuriosas forem proferidas de modo oral, permite a norma processual que o juiz casse a palavra do advogado, se, advertido, não deixar de usá-las (art. 15, parágrafo único).

No exercício de suas funções, como qualquer pessoa, o juiz pode ser autor de ato ilícito. Se o fizer com intenção de prejudicar alguém, responderá pelas respectivas perdas e danos. Do mesmo modo, na condução do processo, ocorre quando omite ou retarda, sem motivo justificado, providência requerida pela parte, ou cuja determinação lhe competia de ofício (art. 133 do CPC)<sup>13</sup>.

A postura ética é uma exigência de todos os setores, e nunca se impôs tanto ao juiz, como hoje, a busca pelo resgate à tradição, os costumes e valores esquecidos. Só o juiz pode fazer a justiça. Só o juiz julga em nome do povo. Daí que a primeira obrigação do juiz justo é ser isento e que não esteja comprometido com suas mágoas, seus rancores, com pessoas ou grupos sociais.

Nalini, quando se refere ao juiz do futuro, e que na verdade deve ser o da atualidade, expressa contundentemente:

*O juiz do futuro precisa ser o profissional da harmonização. Sem desconhecer a luta pelo direito, dele se espera seja sensível, capaz de condoer-se da sorte de seu semelhante, e, portanto, consciente das conseqüências concretas de sua decisão. Juiz interessado mais em solucionar os litígios do que em mostrar erudição. Empenhado em propiciar a autocomposição, sem pruridos para encaminhar uma saudável conciliação e menos preocupado em dizer a lei.<sup>14</sup>*

E prossegue dizendo:

*Os prenúncios são auspiciosos. Dentro em breve, ninguém mais suportará a*

13 Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

14 NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.147-148.

*prepotência do despreparado, a arrogância do egoísta, a insensibilidade do surdo moral. Ninguém consegue segurar, com as mãos, a sábia aragem do novo. E o Judiciário brasileiro já percebeu e anotou o recado do constituinte: renove-se, ou pereça.<sup>15</sup>*

O lado ético no Código foi ressaltado pelo elenco dos deveres das partes e de todos os participantes do processo, e pela repulsa aos atos de litigância de má-fé, do mesmo modo como pela investidura do juiz em poderes para prevenir ou reprimir o ato atentatório à dignidade da Justiça.

Nos termos do parágrafo único do art. 14<sup>16</sup>, constitui-se ato atentatório ao exercício da jurisdição o descumprimento de decisões judiciais antecipatórias da tutela de mérito. É relevante notar que nos atos atentatórios à dignidade da justiça, ou ao exercício da jurisdição, o prejudicado é a própria jurisdição pelo desrespeito às ordens judiciais.

Sem qualquer dúvida, o papel do juiz num processo coerente com a sua função social é prevalentemente ativo e deve desenvolver todos os esforços para que a jurisdição possa alcançar seu escopo social.

### 3. 1 O magistrado e o processo de execução

O comportamento de má-fé do executado significa conduta de se opor à execução ou resistir às ordens judiciais.

No processo de execução, o art. 600<sup>17</sup> do Código de Processo Civil estabelece quatro situações que, por si sós, são consideradas atentatórias, não parecendo que o rol seja taxativo. Outros atos praticados pelos participantes do processo podem revelar-se ofensivos à dignidade da Justiça.

A propósito, importa salientar que há previsão legal, com relação à tipicidade do comportamento mencionado no art. 600, de um procedimento gradativo, indicado pelo art. 599,II, para a concretização da punição do ato atentatório à dignidade da Justiça praticado pelo executado. Inicialmente, segundo a melhor orientação, o juiz advertirá o devedor de que sua conduta constitui ato reprovável, utilizando-se, inclusive, da faculdade prevista no art. 599, I, convocando o infrator para uma audiência especial. Somente após garantida a ampla defesa é que se poderá aplicar a sanção da indenização ao caso, sendo possível ser relevada a punição (art. 601, parágrafo único), mediante compromisso do devedor de não mais praticar qualquer daqueles atos reprováveis e, ainda, por meio de fiador ou caução idônea e suficiente a garantir o crédito.

Desse modo, a amplitude do comportamento sancionado pelo art. 600 abrange, praticamente, todos os atos maléficos possíveis de serem praticados pelo devedor, o que

<sup>15</sup> Ibidem, p. 147-148.

<sup>16</sup> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

<sup>17</sup> Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I - fraude a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

levou Araken de Assis a afirmar:

*Nenhum ato de má índole escapa, aparentemente, desse espectro legal. De toda sorte, pondere-se: primeiro, somente há fraude à execução em face de ato típico; segundo, a oposição temerária do executado, admoestado no inc. II, refoge àquela legalmente prevista (p. ex., embargos do executado); terceiro, a resistência às determinações judiciais ou a ocultação de bens devem se materializar em recusa e atos formais.<sup>18</sup>*

E acrescenta:

*Seja como for, o inc. IV do art 600 representa a base do dever de o executado indicar ao juiz a localização dos bens penhoráveis, integrando a solução brasileira do angusto problema, vantajosamente comparada com o direito italiano, por exemplo. Desse modo, constitui retrocesso bradante negar o dever de o executado relacionar bens, como decidiu a 4ª Turma do STJ, principalmente considerando a impossibilidade de quebrar o sigilo bancário. Este entendimento desarmará o órgão judiciário das duas providências que a ordem jurídica lhe confere para efetivar o crédito sob execução.<sup>19</sup>*

Para alguns doutrinadores, os dispositivos dos arts. 600 e 601 do Código de Processo Civil, que prevêm somente ao devedor incidir em ato atentatório à dignidade da justiça, são inconstitucionais e ofendem o princípio do contraditório, ante a falta de equilíbrio entre as partes ao obstar o devedor de exercer seu legítimo direito de resistência.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover pontifica:

*Aliás, a esse propósito parece-nos necessário apontar também o rigor extremo de algumas das hipóteses previstas no art. 600 do CPC, como de comportamentos atentatórios à dignidade de justiça: é a hipótese do inc. IV, consistente em não indicar o devedor ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução. Parece-nos, além da crítica de inconstitucionalidade acima feita, que exigir-se do devedor que indique ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução (sem que nessa ocultação se vislumbre qualquer fraude ou má-fé), significa obstar a que o devedor exerça, em juízo, sua resistência, justamente diante da qual se configura a lide: definida esta como conflito de interesses qualificado por um pretensão resistida, sabe-se que na execução a lide consiste em pretensão satisfeita... ”.<sup>20</sup>*

### 3.2 O magistrado e a litigância de má-fé

Na legislação de todos os povos tem-se evidenciado preocupação na prevenção e repressão à litigância de má-fé. Nosso Código de Processo Civil (arts. 17 e 18) repudia e sanciona a má-fé com multa pecuniária, sem prejuízo da obrigação de indenizar os danos causados à outra parte. A penalidade de má-fé, por intermédio da multa, pode ser imposta pelo juiz, de ofício, mas a indenização dos prejuízos depende de pedido expresso da parte em processo próprio e mediante contraditório. De qualquer modo, deve prevalecer uma linha de

18 ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 470.

19 Ibidem, p. 470-471.

20 GRINOVER Ada Pellegrini, Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, São Paulo, Bushatsky, 1975, p.124.

equilíbrio entre os deveres éticos das partes, seus procuradores e demais participantes, e a ampla liberdade de defesa de seus respectivos interesses – assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, mas compatibilizado com a efetiva inibição da má utilização do processo. E a punição há de ser exemplar contra aquele que se opõe, injustificadamente, à realização do direito.

Não parece, conforme nosso ordenamento jurídico, correta a idéia de que deve haver pedido expresso e prévio para a condenação do litigante de má-fé, pois se encontra implícito em toda e qualquer ação judicial que o autor ao ajuizar e o réu ao contestar uma ação, assim como os terceiros intervenientes, quando se manifestam no processo, fazem-no imaginando contar com uma tutela jurisdicional a ser prestada de conformidade com as regras vigentes no ordenamento jurídico, presente a possibilidade de condenação *ex officio* pelo magistrado, que se encontra previamente autorizada na legislação processual civil.

#### 4. O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público caracteriza-se, dentro da organização constitucional brasileira, como órgão por meio do qual o Estado procura tutelar o interesse público e a ordem jurídica.

Como leciona Greco Filho, pode o Ministério Público ser conceituado como

*[...] o órgão através do qual o Estado procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária. Enquanto o juiz aplica imparcialmente o direito objetivo, para compor litígios e dar a cada um o que é seu, o Ministério Público procura defender o interesse público na composição da lide, a fim de que o Judiciário solucione esta secundum ius, ou administre privados, nos procedimentos de jurisdição voluntária, com observância efetiva e real da ordem jurídica.<sup>21</sup>*

O juiz, até a propositura da ação, permanece inerte e mantém-se acima das partes a fim de resolver a lide. O Ministério Público atua como parte principal ou como coadjuvante, objetivando que o interesse público prevaleça na definição da entrega da prestação jurisdicional.

Como fiscal da lei, o Ministério Público, órgão independente, com plena liberdade de convicção e de atuação, não tem compromisso com as partes e só defende a prevalência do interesse público, da ordem jurídica e do bem comum.

Hugo Nigri Mazzilli<sup>22</sup> afirma que

*o Ministério Público, tal como o conhecemos hoje, não surgiu de repente, num só momento, num só lugar; seja por ordenanças francesas ou lusitanas. Na verdade, foi formado lenta e progressivamente, em resposta a exigências históricas. Sua origem se liga à questão da soberania. Quando o desenvolvimento do Estado paulatinamente começou a impedir que os soberanos pudessem pessoalmente exercer todas as funções de soberania (fazer e aplicar a lei), passaram a instituir tribunais: a seguir, passaram a colocar, junto a esses tribunais, agentes seus,*

21 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 158. v. I a III.

22 MAZZILLI, Hugo Nigri. Visão crítica da formação profissional e das funções do promotor de justiça. In: NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 90.

*representantes deles, monarcas, para defender os interesses dos governantes e da Coroa. Depois, foi conferida a esses agentes do rei a responsabilidade pela promoção da ação penal, que é decorrência do jus puniendi estatal, expressão da soberania.*

A Constituição de 1988 trouxe para o Ministério Público significativos avanços institucionais, quer no campo das suas garantias, quer no de suas atribuições, quer no âmbito da área cível, defesa de interesses difusos e coletivos, na defesa do patrimônio público e do regime democrático. Concedeu-lhe sua indispensável presença social, deu-lhe autonomia e independência, e conferiu relevantes garantias à instituição e aos seus componentes. Por isso, no art. 127, dispõe a Constituição Federal que “*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*”.

Muitas vezes, em tarefa extrajudicial de atendimento anônimo a milhares de pessoas pelas diversas comarcas deste país, os representantes do Ministério Público orientam e conciliam os mais diversos problemas humanos e sociais, no exercício de verdadeira proteção das liberdades dos cidadãos.

Como autor, ou como réu, o Ministério Público tem direitos, poderes, obrigações e ônus que a lei processual confere ou impõe às partes, tudo como se depreende do disposto nos artigos 81, 83, 85 e 499 do Código de Processo Civil<sup>23</sup>.

Como promovente da ação penal pública, o órgão do Ministério Público exerce uma parcela direta da própria soberania do Estado.

O Ministério Público também tem sua lei orgânica que disciplina a conduta do promotor de justiça e estabelece seus deveres, entre eles o de obedecer aos prazos processuais, assistir aos atos judiciais quando obrigatório ou conveniente a sua presença, declarar-se suspeito ou impedido nos termos da lei, tratar com urbanidade testemunhas, partes, funcionários e auxiliares da Justiça.

Importa destacar, como afirma Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>24</sup>, que o fundamento da atuação do Ministério Público é “*a necessidade de fiel observância das leis de ordem pública ou, como preferimos nós, a defesa dos direitos indisponíveis em juízo.*”

Sobre a responsabilidade funcional do Promotor de Justiça por ato de ofício praticado, importante transcrever o que dispõe o art. 85, do Código de Processo Civil: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, exercer com dolo ou fraude”.

A propósito, Greco Filho assinala a diferença entre a responsabilidade pessoal e funcional do Ministério Público:

<sup>23</sup> Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes. Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista nos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade. Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. § 2º. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

<sup>24</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 82.

*Aqui a responsabilidade é pessoal, isto é, do próprio funcionário que exerce a atividade pública, e não responsabilidade do Estado. Note-se que o dispositivo atribui responsabilidade apenas quando o Ministério Público atua com dolo ou fraude, isto é, com má-fé consciente e com vontade de provocar prejuízo a terceiro.<sup>25</sup>*

Conforme se percebe, ainda segundo Greco Filho<sup>26</sup>, não pode haver responsabilidade do Promotor de Justiça mesmo que tenha causado prejuízo a outrem.

Consoante Hugo Nigri Mazzilli<sup>27</sup>, a responsabilidade que a lei atribui aos membros do Ministério Público, assim como aos magistrados, é somente quando procedem com dolo ou fraude, o que afasta a hipótese de culpa, mesmo grosseira.

Ainda o mesmo jurista, ao discorrer acerca das atribuições do Ministério Público, cita Hely Lopes Meirelles, para afirmar que o agente político é um dos órgãos da soberania do Estado, encarregado de tomar as últimas decisões, na esfera de suas atribuições, sobre matérias que a própria Constituição lhe incumbiu. Responsabiliza, pois, no exercício regular de suas funções, ao próprio Estado, não a si mesmo nem à instituição a que pertence<sup>28</sup>.

## 5. O ADVOGADO

Em quase todos os casos, as pessoas invocam a prestação jurisdicional através de advogado.

A capacidade de ser parte não se confunde com a capacidade postulatória. Embora a parte compareça a Juízo, não tem ela capacidade postulatória, necessitando fazer-se representar por advogado. A exigência da lei é no interesse da própria parte que poderia se prejudicar na sua defesa por não saber fazê-la bem, pela ausência de capacidade técnica. Essa situação não ocorre quando a parte já é advogado, pleiteando sua pretensão em causa própria. Mas, mesmo em causa própria, o conveniente é que o advogado contrate outro advogado para evitar que sua condição emocional prejudique postulação objetiva, serena e equilibrada, de seus direitos ofendidos.

Ao advogado compete, de forma clara e concisa, a exposição dos fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, sem alterar a verdade. Caso contrário, criando subterfúgios e escondendo a verdade, incorre o profissional na fraude processual, com repercussões cíveis e criminais.

A exposição dos fatos na petição inicial, de conformidade com a verdade dos fatos, atento ainda ao que contém os documentos que a acompanham demonstra, desde o primeiro momento, seriedade, boa intenção, credibilidade e ética processual.

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 36: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado [...]”.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 133<sup>29</sup>, reforçou essa exigência

25 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 166. v. 2.

26 *Ibidem*, p. 166.

27 MAZZILLI, Hugo Nigro. Visão crítica da formação profissional e das funções do promotor de justiça. In: NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117.

28 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 19. ed. Malheiros, p. 72.

29 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

ao estabelecer que o advogado é essencial à atividade jurisdicional do Estado. A relevância que nossa Constituição concedeu ao exercício da advocacia tem como contrapartida a responsabilidade desses profissionais pelos atos que praticam.

Na lição de Arruda Alvim, compete ao advogado maior responsabilidade do que ao seu cliente, vez que:

*[...] tal dever de advogar conforme o direito é muito mais pertinente ao advogado, do que aos litigantes. É ele uma expressão de que não se pode, conscientemente, intencionalmente, pedir providências jurisdicionais contra a lei, isto é, naqueles casos em que não é possível, absolutamente, qualquer discussão. Aliás, a hipótese já é contemplada pela nossa Lei 8.906 de 04/07/94 (art. 34, VII), que capitula tal procedimento do advogado como infração disciplinar.<sup>30</sup>*

Couture, em profunda reflexão, recomenda ao advogado:

*Sê leal para com teu cliente, a quem não deves abandonar a não ser que percebas que é indigno de teu patrocínio. Leal para com o adversário, ainda quando ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhe dizes, e que, mesmo quanto ao direito, às vezes tem de confiar no que tu lhe invocas.<sup>31</sup>*

## 5. 1 Advogado: o ato atentatório ao exercício da jurisdição e a litigância de má-fé

A modificação do art. 14 do CPC, com inserção do inciso V e do parágrafo único, pela Lei 10.358/01, relativamente ao cumprimento das ordens judiciais, de natureza antecipatória ou final, procurou excluir o advogado e concedeu-lhe, em parte, imunidade no plano processual. A sujeição, exclusivamente, aos Estatutos da OAB não ocorre no plano processual, mas tão-somente no âmbito administrativo-disciplinar, perante o Conselho de Ética da classe. Todavia, ao dispor a Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que “*O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*”, depreende-se presunção de responsabilidade solidária do advogado com seu cliente nos casos de lide temerária, desde que com este coligado para lesar a parte contrária.

O Código de Ética e Disciplina da OAB elenca, no parágrafo único de seu art. 2º, os deveres éticos do advogado:

I- preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II- atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III- velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV- empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

IV- contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI- estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

30 ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 116. v. 3.

31 COUTURE, Eduardo. Os mandamentos do advogado: In ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 117. v. 3.



VII- aconselhar o cliente à não ingressar em aventura judicial;

VIII- abster-se de:

- a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
- b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade humana;
- e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste;

IX- pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

O certo é que a criação do inciso V e do parágrafo único, do art. 14, pela Lei nº 10.358/01, teve por objetivo a harmonização da legislação processual com a anterior norma ética do Estatuto da Advocacia.

Entretanto, pela redação em vigor, a conduta temerária e a litigância de má-fé (que sempre foram atribuídas à parte, mas praticadas por meio de procurador a quem outorgou poderes para representá-la em juízo), ainda que comprovado que o constituinte não agiu contrariamente à lei, não poderão recair sobre o advogado, como regra geral, mediante a aplicação da sanção prevista no art. 18 do CPC, pelo seu comportamento prejudicial ao andamento da causa.

O entendimento predominante é que a parte sancionada poderá exercitar, posteriormente, o direito de regresso em face de seu procurador.

Todavia, deve buscar o legislador um meio mais efetivo e menos oneroso para que o profissional culpado, aquele que provocou o dano, possa desde logo ser responsabilizado sem a necessidade da custosa e demorada ação regressiva. Obrigar aquele que foi prejudicado a promover ação autônoma contra o advogado que desvirtuou os fatos ou incidiu em regra de deslealdade processual implica um trabalho demorado e por vezes de alto custo.

Oportuna e atual é a advertência do juiz Jurandir Sebastião ao escrever, em 1999, acerca da conduta do advogado, relativamente à litigância de má-fé, pugnando pela modificação da lei, *in verbis*:

*É imprescindível a inversão do conteúdo do parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/74, de modo a estabelecer presunção de “coligação” do advogado com o cliente nas demandas temerárias, assegurado ao mesmo causídico, em processo próprio, provar sua inocência por todos os meios admitidos em direito e reaver a indenização eventualmente paga. O que não se concebe, em princípio, é a litigância de má-fé sem a atuação conivente ou isolada do advogado. Até é possível e comum o cliente (constituinte) desconhecer a conduta temerária de seu advogado. Mas o inverso é impossível na ordem prática, porque sem a participação consciente do procurador judicial não se instala a litigância de má-fé. Daí a necessidade de*

*inversão da presunção legal para que o advogado, no exercício de sua profissão e como integrante do Poder Judiciário, passe a ser melhor colaborador e eficiente fiscal do Direito (grifos e negrito do original).<sup>32</sup>*

Por fim, o mesmo autor ressalta e pondera:

*[...] Claro que o advogado, agindo de boa-fé, pode ser ludibriado pelo seu constituinte, de modo que somente ao final da instrução resulte apurada (e para sua surpresa) a conduta simulada do cliente ou a falsificação documental. Mas, como já dito acima, por se tratar de excepcionalidade, compete ao advogado provar sua isenção no exercício profissional, por todos os meios permitidos em direito, para inversão da presunção de coligação. Mesmo porque só ele (e previamente) pode tomar essas cautelas.<sup>33</sup>*

Conforme notas 6<sup>a</sup> e 6<sup>b</sup> ao art. 14, de Theotônio Negrão (27<sup>a</sup> edição do CPC, Saraiva, 2005, atualizada por José Roberto F. Gouvêa), o Pleno do STF já decidiu que todos os advogados são iguais, para os efeitos de responsabilização, em caso de “*ato atentatório ao exercício da jurisdição*”. E a 2<sup>a</sup> Turma do STJ, no Resp. 494.021, em 17.06.04, impôs aos advogados subscritores dos recursos considerados *litigância de má-fé* a multa e o dever de indenizar a parte.

De qualquer forma, relativamente aos advogados, o mais importante, sob todos os aspectos, é a conduta pessoal e processual. Certamente que o advogado de boa compostura, competente, sério e ético, manterá boas relações com os colegas, serventuários, juízes e promotores de justiça, o que é essencial para que as causas tenham adequado andamento e definição.

## 6. AS TESTEMUNHAS

A prova testemunhal, muitas vezes, é uma das provas necessárias para o processo civil, sendo por meio dela que se obtém determinada versão de como se passaram os fatos importantes para a compreensão e definição do litígio.

Conforme define o art. 130 do Código de Processo Civil<sup>34</sup>, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Em princípio, o depoimento pessoal da parte e o da testemunha é prestado na audiência de instrução e julgamento.

Na audiência, há de se instaurar entre os advogados, juiz e representante do Ministério Público um ambiente de respeito mútuo e de cooperação recíproca, não obstante as ansiedades e as dificuldades a que, normalmente, estão submetidas às partes.

A prova testemunhal é colhida com certas garantias, na presença do juiz e partes,

32 SEBASTIÃO, Jurandir. *O Poder Judiciário do Futuro. O Primeiro Passo*. I Concurso de Monografias do TJMG. Textos vencedores. Categoria Magistratura. Edição do TJMG, Belo Horizonte, 1999. p. 90-91.

33 *Ibidem*, p. 91.

34 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

mediante compromisso legal do depoente, inclusive sujeito a contradita. Chama-se contradita, nos termos do disposto no art. 414, § 1º, do CPC<sup>35</sup>, a argüição de incapacidade, de impedimento ou de suspeição.

A força probante do informe testemunhal exige diversos motivos, dentre eles, a qualidade, a reputação, a educação e os valores de vida expostos pela testemunha, sabido que todo cidadão tem o dever de colaborar com o Judiciário na apuração da verdade, objetivando a composição dos litígios.

A testemunha é sempre pessoa que não se confunde com os sujeitos principais, e, em regra, depõe acerca do que presenciou ou até mesmo do que não presenciou, mas somente ouviu, como exemplo os gritos provenientes de uma casa vizinha.

Tem a testemunha o dever de dizer a verdade, “*informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento*”, conforme o dever instituído pelo art. 341, inciso I, do CPC. Existem, entretanto, algumas limitações que desobrigam a parte de depor e que estão assinaladas no art. 347 do CPC<sup>36</sup>, como a revelação que implique grave dano ao depoente, cônjuge, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até segundo grau. Nestes casos não há permissão para não dizer a verdade, e, sim, para não depor. A omissão, no entanto, é vedada. Desse modo, o direito de não depor, admitido em lei, é quando por ofício ou profissão a testemunha deva guardar sigilo sobre determinado assunto, consoante dispõe art. 406, II do CPC<sup>37</sup>.

Aquele que depõe exerce função pública e tem o dever de colaborar com o judiciário. O depoimento testemunhal, portanto, constitui um dever imposto e não mera faculdade.

Inexistindo óbice ao depoimento, a testemunha prestará compromisso de dizer a verdade e, conseqüentemente, sujeitar-se-á às sanções do crime de falso testemunho, em caso de descumprimento do dever (art. 342 do Código Penal)<sup>38</sup>.

Frise-se que a testemunha tem por dever colaborar com o Judiciário, não podendo sofrer qualquer retaliação por vir depor em juízo, inclusive podendo ter ressarcidos quaisquer prejuízos que tenha sofrido por atender à convocação judicial.

Na audiência, o poder exercido pelo juiz para o alcance da ordem dos trabalhos encontra-se delineado expressamente registrado nos arts. 445<sup>39</sup> e 446<sup>40</sup>, do CPC. O primeiro

35 Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo. § 1º. É lícito à parte contraditar a testemunha, argüindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no artigo 405, § 4º.

36 Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos: I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.

37 Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos: (...) II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

38 Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

39 Art. 445. O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe: I - manter a ordem e o decoro na audiência; II - ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente; III - requisitar, quando necessário, a força policial.

40 Art. 446. Compete ao juiz em especial: I - dirigir os trabalhos da audiência; II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas; III - exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade. Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartar, sem licença do juiz.

dispositivo confere o poder de polícia e lhe dá competência para manter a ordem e o decoro na audiência, podendo, para tanto, ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente, quando necessário, utilizando-se até mesmo da força policial, todavia, agindo sempre com moderação e não ultrapassando os limites do estritamente necessário.

O art. 446, diferentemente da norma do art. 445, estabelece o poder de direção formal dos atos que serão praticados na audiência, como a ordem de abertura, a tentativa de conciliação, a tomada dos depoimentos das partes, a colheita da prova das testemunhas, a análise dos incidentes argüidos, a manutenção da ordem, do decoro e o dever de urbanidade, enfim a condução formal dos trabalhos da audiência.

## 7. OS PERITOS

A prova pericial é sempre admissível quando se necessite demonstrar no processo algum fato que dependa de conhecimento técnico especial.

A admissibilidade de perícia pelo juiz, em vista de requerimento das partes ou por sua própria deliberação pela conveniência ou necessidade, será em função da dependência de conhecimentos técnicos ou específicos do fato a ser provado.

O perito, pessoa de confiança do juiz, deve ter idoneidade moral, ser escolhido entre profissionais de nível universitário, inscrito no órgão de classe respectivo (art. 145, § 1º do CPC)<sup>41</sup>.

Também as partes podem utilizar-se de auxiliares denominados de assistentes técnicos, vinculados especificamente às partes.

Uma vez nomeado perito, a atuação do profissional é exercida no sentido de satisfazer à finalidade da perícia, verificando *o expert* os fatos relativos à matéria em questão.

São inúmeras as modalidades de ações judiciais em que a perícia técnica se impõe e onde é relevante a atuação do perito como auxiliar do juízo, trazendo ao processo seus conhecimentos técnicos.

“Assim, é fácil distinguir a prova testemunhal e a prova pericial: enquanto a primeira se destina a aportar ao processo, por intermédio de pessoa (testemunha), a versão dela sobre o fato, a segunda (pericial) tem por objetivo, precisamente, tomar do perito impressões técnicas, juízos especializados sobre os fatos relevantes da causa. Por isso mesmo, a prova pericial somente será admitida se for possível e necessária para o esclarecimento dos fatos da causa, e ainda se a prova de um específico fato depender de conhecimento especial (art. 420, parágrafo único<sup>42</sup>, *a contrario sensu*)”<sup>43</sup>.

O perito não traz ao juiz fatos, mas questões técnicas e científicas acerca dos fatos.

41 Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 421. § 1º. Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.

42 Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável.

43 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 430.

Ao aceitar a nomeação, cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente do termo de compromisso (art. 422 do CPC)<sup>44</sup>.

Na busca da verdade, muitas vezes, pode o juiz necessitar de algum esclarecimento técnico para o deslinde da questão, não podendo prescindir do valioso auxílio do perito, seja nas questões cíveis de modo geral, seja nas relativas à investigação de paternidade, onde o exame de DNA é de fundamental importância para saber se o indigitado pai é realmente o pai do investigante, seja naqueles casos em que há pedido com o fim de verificar se o interditando realmente é portador de alguma anomalia mental.

Em diversos artigos, o Código de Processo Civil demonstra situações em que o juiz poderá nomear perito de sua confiança, com formação universitária, inscrito no órgão de classe, com intuito de ajudá-lo a dirimir controvérsias de seu ofício jurisdicional.

O perito pode, conforme o disposto no art. 424 do CPC, ser substituído quando, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado. Nos casos do inciso II do citado artigo o juiz comunicará o fato à corporação profissional respectiva, além de poder fixar multa a ser paga pelo perito, tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo, destinado à parte vencedora no processo.

Sem dúvida, a perícia é documento de prova importante e na maioria das vezes serve de base para a decisão judicial. Por ser conhecimento privativo a matéria periciada, é que se impõe ao perito o dever de lealdade e veracidade ao juízo que requereu o seu serviço.

O juiz não fica dependente da perícia. Consoante a regra do art. 436 do CPC, “*O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.*” Se o juiz tivesse que ficar dependente das conclusões da perícia, o perito acabaria se transformando em verdadeiro juiz da causa.

Em razão da natureza de sua atividade, o perito, agindo como auxiliar direto do juiz na solução da questão técnica, deve ter postura ética necessariamente imparcial, não podendo ter qualquer vinculação com os interesses em disputa ou com as partes e seus procuradores.

O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que ocasionar à parte, ficará inabilitado por dois anos a funcionar em outras perícias e ficará sujeito à sanção penal estabelecida (art. 147 do Código Penal)<sup>45</sup>.

Nos termos do disposto no art. 342<sup>46</sup> do Código Penal, comete crime o perito que, em processo judicial, policial, administrativo ou arbitral, faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade.

## 8. OS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA

Na cadeia de atos praticados pelos serventuários, todos os atores são importantes e desempenham função essencial à Justiça. Daí a importância do desenvolvimento do trabalho

44 Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição.

45 Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

46 Código Penal. Falso testemunho ou falsa perícia. Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

solidário e em equipe. Certamente o servidor que cumpre com exatidão suas atribuições, sem descuidar de nenhuma delas, será respeitado por clientes, juizes, advogados, promotores e colegas de trabalho, devendo ser considerado um profissional sério e ético.

De acordo com o art. 139 do CPC., são auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”.

E para a realização da prestação jurisdicional e o desenvolvimento do processo, o mais importante auxiliar do juízo é o escrivão, cuja incumbência encontra-se descrita no art. 141<sup>47</sup> do CPC. É, na forma do disposto no art. 144, responsável civilmente pelos prejuízos que ocasionar às partes quando:

I – sem motivo justo, recusar-se a cumprir; dentro do prazo, os atos que lhe impõe a lei, ou os que o juiz, a que está subordinado, lhe comete;

II – praticar ato nulo com dolo ou culpa.

Tanto o escrivão como os oficiais de justiça gozam de *fé pública*, que dá cunho de verdade, até prova em contrário, aos atos que subscrevem no desenvolvimento de seu ofício.

Por representarem manifestações de vontade de pessoas públicas, os atos estatais, inclusive os praticados por serventuários, notários e por registradores no exercício da execução administrativa a que se refere o art. 236 da Constituição<sup>48</sup>, produzem, por si sós, efeitos *erga omnes*, e a executoriedade que deles emana é suficiente para serem presumidos como válidos e eficazes.

Assinale-se que, no campo processual, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos judiciais não exclui a possibilidade de punir todo participante do processo, inclusive o serventuário, com previsão de aplicação de multa (art. 14, parágrafo único), para induzir ao cumprimento de qualquer determinação judicial.

Portanto, deixando o serventuário de cumprir atos de sua competência ou criando “embaraços” de natureza processual, com atraso no cumprimento das tarefas ou qualquer negligência na prática dos atos administrativos, poderá incorrer em multa referida no citado art. 14 do Código.

De outro lado, a urbanidade é fundamental nas relações entre as pessoas. No relacionamento externo, é essencial um clima de mútuo respeito, desenvolver um diálogo franco e aberto com os demais responsáveis pelas funções essenciais à Justiça. O gesto de bem acolher as pessoas, com educação e boa vontade, principalmente o cliente desprovido

47 Art. 141. Incumbe ao escrivão: I – redigir, em forma legal, os ofícios, mandados, cartas precatórias e mais atos que pertencem ao seu ofício; II – executar as ordens judiciais, promovendo citações e intimações, bem como praticando todos os demais atos, que lhe forem atribuídos pelas normas de organização judiciária; III – comparecer às audiências, ou, não podendo fazê-lo, designar para substituí-lo escrevente juramentado, de preferência datilógrafo ou taquígrafo; IV – ter, sob sua guarda e responsabilidade, os autos, não permitindo que saiam de cartório, exceto: a) quando tenham de subir à conclusão do juiz; b) com vista aos procuradores, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública; c) quando devam ser remetidos ao contador ou ao partidor; d) quando, modificando-se a competência, forem transferidos a outro juízo; V – dar, independentemente de despacho, certidão de qualquer ato ou termo do processo, observado o disposto no art. 155.

48 Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

social e economicamente, transmite segurança e credibilidade, desarma o espírito, traz, muitas vezes, segurança e tranqüilidade, e enobrece o trabalho daquele que acolhe. É de grande importância ser bem recebido àquele que aporta em uma secretaria de juízo,

Importa frisar que o ato administrativo, em face do prefalado princípio da veracidade, por si só, produz efeitos e situações que não podem ser desconsiderados, daí ser imprescindível que os serventuários da Justiça ajam sempre com lealdade.

A doutrina entende que o terceiro de boa-fé que não tenha concorrido para o ato ilegal, assim como qualquer outro atingido por efeitos do ato, investe-se no direito subjetivo público de se insurgir contra a ilegalidade, isto porque a administração tem o dever de zelar para que os atos se apresentem no mundo jurídico integralmente perfeitos.

O aspecto mais importante da manifestação do dever de dizer e praticar a verdade é a íntima relação entre princípio da lealdade e o abuso do exercício da função, ou seja, aos serventuários não é permitido o uso do processo indevidamente, dele não devendo abusar. Ademais, todo servidor tem o dever de ser honesto, independentemente de seu cargo.

## 9. BREVES CONCLUSÕES

I – A partir da norma constitucional, o Estado assumiu a função precípua de pacificar a sociedade e conduzi-la aos objetivos delineados na Constituição, distribuindo justiça e promovendo o bem-estar social. As atividades políticas que legitimam o Estado e a conduta moral e real do indivíduo em sociedade têm o condão de concretizar o ideal universal de viver em paz;

II – Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o processo civil vem sofrendo alterações legislativas, visando ao seu aprimoramento como instrumento de distribuição da justiça;

III – A grande finalidade do processo é a eliminação, via composição, dos conflitos existentes entre as partes, possibilitando a estas respostas às suas pretensões, como pacificação geral na sociedade. Para a atuação da Justiça, exige-se de seus usuários e atores a dignidade que corresponda aos seus fins. A conduta que impõe deveres de moralidade e de probidade a todos aqueles que participam do processo denomina-se princípio da lealdade processual. O desrespeito a esse dever constitui-se em ilícito processual ao qual correspondem sanções processuais;

IV – Desrespeitando as normas do processo, afrontando o dever de lealdade processual, estará o infrator (litigante de má-fé) submetido às sanções previstas nos arts. 17, 18, 600 e 601 do CPC. Louvável, embora tímidas, as recentes inovações com as novas redações dos arts. 14, 18 e 601 do CPC., que representam avanço e um passo à frente em relação aos textos anteriores, principalmente este último, que previa medida inconstitucional de proibição de o devedor falar nos autos;

V – A multa, como a indenização, não se mostram, contudo, suficientes para o restabelecimento do respeito, da dignidade e do prestígio da Justiça, fazendo com que partes, advogados, promotores de justiça, juízes e todos os intervenientes do processo exijam e reclamem do legislador modificações e providências mais enérgicas e eficazes;

VI – Os atos atentatórios à dignidade da Justiça, sejam eles por falta de lealdade,

moralidade, probidade, veracidade, etc., devem ser, de uma vez por todas, banidos do meio forense. Admitida por lei, o quanto antes, também há de ser adotada séria imposição de sanção criminal, como meio eficaz de punir e de coibir os impetus do *improbus litigator*:

O importante é compreender que a dimensão constitucional do direito processual evidencia necessidade de produzir processo cêlere, útil e de acordo com valores éticos.

#### 10. ABSTRACT

*In this work, it is intended, in general lines, to demonstrate the imposed responsibility to all the participate of the development of the civil process, with duties of ethical behavior and procedural loyalty to involve the parts, your lawyers, witnesses, officers, connoisseurs, public prosecution service and judge.*

**KEYWORDS:** *Abuse of the right of action. Rules of procedure. Procedural loyalty. Litigation of bad-faith.*

#### 11. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual*. 2. ed. SP: Revista dos Tribunais, 1990. v. 2.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Considerações sobre algumas das reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: RT 717, 1995.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. SP: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BERMUDES, Sérgio. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Têoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. revista e atualizada. 2. tir. SP: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional – dos princípios gerais aos princípios constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cutelari*. Padova: Cedam, 1936.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981.

\_\_\_\_\_. *O problema do acesso à justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARNELUTTI, F. *Intituciones del proceso Civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1956. v. I, II e III.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I, II e III.

COSTA, José Rubens. *Manual de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.



- COUTURE, Eduardo. Os mandamentos do advogado: In ALVIM, Arruda. Tratado de direito processual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 3.
- DE VICENZI, Brunela Vieira. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. *Fraude no processo civil*. atualizado conforme as leis n. 8.953 de 13/12/94 e n. 9.668 de 23/6/98. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A repressão da fraude no processo civil brasileiro*. São Paulo: Eud, 1989.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I
- FURTADO, Paulo. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. SP: Saraiva, 1992. v. I a III.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Atualizado pelo Prof. Joaquim Munhoz de Mello. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIMA, Alcides Moreira. Proibição processual. *RBDP*. n. 18, 1996.
- LOPES, João Batista. *O Juiz e a litigância de má-fé*. RT 740, 1997.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. SP: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado* – parte incontroversa da demanda. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. SP: Forense, 1961. v. II.
- \_\_\_\_\_. *Manual de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. IV.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Brookseller, 1997. v. I.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Visão crítica da formação profissional e das funções do promotor de justiça. In: NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2. ed. SP: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MENEZES, Geraldo Magela e Silva. Censura ético-jurídica à litigância de má-fé. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 22. ed. SP: Saraiva, 1983. v. XI.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 20. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- PRATA, Edson. Proibidade processual. In: STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. I.
- SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *I Concurso de Monografias do TJMG– Textos vencedores de 1999. O Poder Judiciário do Futuro: O primeiro passo*. Edição do TJMG. Belo Horizonte, 1999. p. 71-110.
- SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da e outros. *Téoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983.
- SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Questões práticas de processo civil*. São Paulo: Atlas, 1988.
- VÉSCOVI, Enrique. *Téoria general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.
- VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Conceitos de princípios constitucionais: Apresentação prof. J.J. Gomes Canotilho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas, juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

# REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS GRANDES CENTROS URBANOS<sup>1</sup>

*(Dificuldades procedimentais para  
o implemento das metas tendentes à  
melhor organização das cidades)*



Venicio Antonio de Paula Salles<sup>2</sup>

## RESUMO:

Estas anotações têm por objetivo apontar a complexidade dos problemas fundiários dos grandes centros urbanos brasileiros decorrentes da concentração urbana desordenada, assim como a necessidade e conveniência de sua regularização para atendimento ao imperativo Constitucional e cumprimento do Estatuto da Cidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regularização fundiária. Parcelamento de solo urbano e suburbano. Plano Diretor urbano. Estatuto da Cidade.

## Sumário:

1. Formação das cidades – 2. Formas de organização das cidades – 3. Aplicação dos conteúdos normativos – 3.1 Invasões e ocupações – 3.2 Substrato fático – 3.3 Retificação de registro – 4. Retificação de registro na regularização fundiária – 5. Da ação de usucapião – 6. Da concessão de direito real de uso – 7. Conclusão – 8. *Resumen*.

## 1. INTRODUÇÃO

A formação e o desenvolvimento das grandes metrópoles brasileiras, a exemplo da cidade de São Paulo, são produtos de movimentos desorganizados da massa populacional que tomaram todos os anéis periféricos, consolidando, ao longo do tempo, uma situação que exige solução.

A regularização fundiária, determinada pela Constituição, aprofundada pelo Estatuto da Cidade e exigida, em âmbito local, pelo Plano Diretor, deve ser implementada em atenção ao vetor da “*função social da propriedade*”, que prioriza o interesse da cidade no seu contraste com os interesses individualmente considerados.

A função social da propriedade não tem lastro no ideário SOCIALISTA, pois o “social” que a expressão carrega diz respeito à “sociedade” ou “cidade”, de forma que a sua estrutura e seu conteúdo se prendem muito mais à idéia coletiva de SOLIDARIEDADE.

A regularização fundiária representa, em apertada síntese, a transformação da “propriedade” irregular para regular, conferindo a esta o melhor uso, em função da urbanização, e a melhor disposição, com a devida titulação dominial.

1 Este trabalho, no original, foi apresentado no Seminário intitulado “*Los sistemas de acreditacion de la propried como instrumento de lucha contra la pobreza*”, promovido pela Universidad Intemacinal Menendez Pelayo, na cidade de Santander, Espanha, de 20 a 24 de agosto de 2005, envolvendo Espanha, Portugal, Brasil e os países africanos, de língua portuguesa.

2 Juiz de Direito titular da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, Capital.

As medidas procedimentais disponibilizadas para tal intento, que são precisamente a retificação de registro e a ação de usucapião, não respondem satisfatoriamente às necessidades de organização das cidades.

A ação de retificação de registro enfrenta enormes problemas em razão da rigidez dos princípios que informam segmento registrário, e da precariedade da descrição tabular das grandes glebas objeto dos parcelamentos irregulares. A superação dessas dificuldades depende da adequada compreensão do sentido da “função social da propriedade”, principalmente com a aplicação prática da prevalência do interesse coletivo.

A ação de usucapião e até a concessão especial de uso para efeito de moradia também devem ser orientadas com este mesmo sentido, para que o procedimento seja destravado, cumprindo o seu desiderato constitucional, gerando cidades mais equilibradas.

## 2. FORMAÇÃO DAS CIDADES

O Brasil possui dimensão continental, ocupando quase a metade da América do Sul, ou o equivalente a dezoito vezes o território Espanhol. Com mais de oito milhões e meio de quilômetros quadrados, o Brasil tem a virtude de ser constituído de terras férteis e produtivas, não se apresentando áreas desérticas ou geladas.

Mesmo assim, o assentamento rural ou a ocupação urbana não ocorreram de forma diluída e equilibrada em razão de forças naturais e sociais. Primeiramente, porque significativo contingente do território é formado por florestas, matas e por reservas hídricas. Afinal, o Brasil abriga a maior bacia hidrográfica do mundo, e os apelos preservacionistas internos e externos têm evitado, em certa medida, a ocupação dessas áreas.

Além desses limites naturais, a estruturação histórico-social da nação inibiu uma ocupação mais disseminada do território, pois ainda acusamos fortes resquícios da ocupação colonial, quando a nação brasileira foi fracionada em imensas glebas que marcaram a estrutura LATIFUNDIÁRIA do Brasil. Essas marcas da primitiva ocupação, que confiou a poucos grande parte das terras produtivas, são persistentes, e determinam, ainda hoje, uma concentrada ocupação de nossos campos.

Esses fatores sucintamente destacados também contribuíram para a pouca fixação do homem ao meio rural, aumentando a fluência dessa população aos centros urbanos, em especial para os grandes pólos de desenvolvimento interno.

O constante fluxo populacional sempre convergiu para os principais centros urbanos, como São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, que atuam como pólos de atração econômica.

São Paulo, inequivocamente, é o maior e mais importante centro urbano do Brasil, sendo pujante em decorrência de sua força econômica, produzindo quase um terço (1/3) de toda a produção interna bruta, e pujante por sua força social, reunindo mais de dezoito (18) milhões de habitantes apenas na cidade de São Paulo e nos centros que formam a sua área metropolitana.

Contudo, a cidade de São Paulo, ou melhor, a grande São Paulo não se formou de maneira planejada ou em atenção aos salutares padrões urbanísticos, pois foi submetida pelos movimentos desorganizados da massa populacional, que afluiu à cidade, ocupando

principalmente as áreas pouco protegidas, invariavelmente as áreas excluídas do mercado formal, como as áreas de mananciais e de preservação permanente.

Entre os habitantes locais e a população que se deslocou à procura de oportunidades e empregos, instaurou-se uma situação de acentuado desnível social, impregnado por uma desbalanceada distribuição de riquezas, ladeando ricos e pobres, em um contraste chocante, constrangedor e muito problemático.

O desnivelamento social que dificulta a vida da cidade, mesmo sendo assunto obrigatório de todos os debates e alvo de inúmeras investidas políticas, não acusou qualquer redução ou abrandamento ao longo dos últimos anos, mantendo-se preocupante e persistentemente. Recente levantamento acusa que São Paulo é uma das principais metrópoles da injustiça social.

Ricos, pobres e toda a imensa classe média convivem em uma cidade repleta de problemas gerados por esse desnível social, decorrente do desbalanceamento de forças econômicas, que alavanca, para baixo, a qualidade de vida de seus habitantes, tanto dos pobres como dos ricos, na medida em que se mostra como fonte geradora da maior parte dos problemas internos, mormente os ligados à “segurança” e à “organização da cidade”.

Uma cidade insegura e com serviços públicos deficientes, como ocorre em São Paulo, principalmente no que afeta à organização social, as questões relativas à moradia, ao transporte público, à saúde e à educação passam a exigir a adoção de metas e posturas firmes e seguras capazes romper a limitação temporal dos mandatos políticos para que se instaurem firmes, como vetores permanentes voltados à resolução das questões coletivas, que atingem e afetam a massa da população excluída.

Obviamente que diversas frentes se abrem para o enfrentamento dessa situação, mas uma das prioridades para esse combate diz respeito à melhor organização das cidades, que têm, como uma das formas ativas para tal desiderato, a regularização fundiária, que, por si só, é capaz de produzir reflexos positivos, reduzindo as distâncias sociais e gerando melhoras econômicas e sociais.

A organização das cidades pelo processo de regularização fundiária envolve basicamente a urbanização, com a construção e preservação da infra-estrutura básica e de apoio, bem como a titulação dominial, conferindo a regularização registral, viabilizando a outorga de títulos de propriedade àqueles que se encontram em situação irregular ou de “propriedade informal”.

Vários mecanismos e institutos jurídicos são disponibilizados para impulsionar a urbanização e para conferir titularidade dominial, destinados a atingir prioritariamente a camada populacional mais carente, que se encontra mais desprotegida e desassistida em termos econômicos e financeiros.

Regularizar as cidades é conferir propriedade para quem possa ostentar esse direito, e urbanizar as áreas regularizadas, dotando-as dos equipamentos públicos indispensáveis e suficientes para o suporte à população.

A cidade de São Paulo foi formada e desenhada pela persistente força de invasões e ocupações irregulares dos espaços urbanos, que se materializaram principalmente em seus anéis periféricos. O retrato da grande metrópole, determinado por esses movimentos



desorganizados da massa populacional, conferiu uma aparência nada agradável à cidade em termos funcionais, pois o adensamento populacional se concentrou em áreas destituídas de infra-estrutura, ou com equipamentos públicos insuficientes para a demanda populacional.

Essa situação se consolidou ao longo dos anos e exige o enfrentamento através de posturas factíveis e eficientes.

### 3. FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DAS CIDADES

O primeiro impulso voltado para a tentativa de resolução da situação de São Paulo e dos grandes centros urbanos brasileiros veio sob a roupagem jurídica, materializada pela edição de comandos normativos, que conceberam e disponibilizaram um grande instrumental necessário para o ataque aos problemas urbanísticos, voltados, principalmente, para as populações mais carentes.

Esse panorama jurídico voltado à organização das cidades passou a ser montado e estruturado com a edição da Constituição Brasileira de 1988, considerada a “constituição cidadã”, justamente por resgatar os conceitos mais íntimos ligados às liberdades e à dignidade da pessoa humana. Esse texto constitucional veio inaugurar um capítulo inédito na história do constitucionalismo brasileiro, ligado à “política urbana” e direcionado à melhor organização e ordenação das cidades.

O texto ápice do sistema brasileiro veio dar ênfase à função social da propriedade, gerando uma nova perspectiva para a solução dos problemas coletivos dos agrupamentos sociais, passando a admitir a prevalência do interesse coletivo sobre o individual privado, para a resolução das questões urbanísticas.

Representou, destarte, a passagem do “modelo liberal” clássico, que prestigiava irrestritamente a propriedade individual, para um modelo “gradual intervencionista”, com a outorga ao Estado da tarefa ligada à fixação dos rumos de crescimento e de ordenação das cidades, através de institutos jurídicos dotados de poder suficiente para submeter os interesses meramente privados e particulares, aos desígnios coletivos.

A Constituição brasileira, em seus artigos 182 e 183, estrutura a política urbana, a partir do conceito de função social da propriedade, conferindo aos MUNICÍPIOS, que são as células políticas que representam as cidades, a indicação desses rumos e caminhos de ordenação urbana, através de um diploma denominado de PLANO DIRETOR, que tem a missão de dar racionalidade e funcionalidade aos centros urbanos.

Cumprindo tarefa pertinente à estruturação FEDERATIVA brasileira, o Poder Central, representado pela União Federal, que desenvolve os atributos da soberania em seu relacionamento com as demais nações e internamente cumpre função de pólo padronizador de toda a regulamentação GERAL (normas gerais), inclusive sobre questões urbanísticas, editou a LEI, denominada Estatuto da Cidade, concebendo e disponibilizando, para os Municípios, todo um novo ferramental jurídico, indispensável para a busca das soluções dos problemas das cidades.

Dentre as relevantes prioridades apontadas pelo ESTATUTO DA CIDADE, consta regularização fundiária, direcionada à resolução das questões dominiais e de urbanização.

A opção legal que se expõe pela leitura dos textos é de conferir titulação dominial e

urbanização para a camada populacional de baixa renda, sempre considerando que a própria população, uma vez segura em face da titulação dominial, passa a produzir movimentos constantes, determinando uma forma de urbanização espontânea, capaz de gerar um fluxo econômico ativo.

Portanto, a regularização fundiária, no sentido de “titulação dominial”, foi pensada como um instituto capaz de gerar, por si só, certo movimento interno nas cidades, propiciando melhoria da vida coletiva produzida a partir de impulsos de índole individuais e até mesmo coletivos, formados a partir de associações de bairros ou de movimentos apoiados por organizações não governamentais ou centros religiosos.

Compõe pressuposto da regularização fundiária que a mudança que se instaura com a “titulação dominial” atinge o cidadão em seu íntimo, em seu sentir, que reflete em seu comportamento, pois o título de domínio transforma o informal em formal, o excluído em incluído, afastando os opositores e gerando aliados para os interesse coletivos.

O tecido social passa a ser oxigenado, economicamente por micro-investimentos, que produzem, pela grande dimensão e pela extensão, macrorresultados para a cidade, que se apresenta quase que como uma forma de urbanização espontânea.

A disseminação de títulos dominiais pode permitir, ainda, a criação de um salutar suporte financeiro para a população agraciada com o benefício do domínio, como ocorre nos países mais desenvolvidos, que possuem linhas de crédito atrativas, escudadas em garantias hipotecárias, que muito podem contribuir para a melhoria da condição de vida da população, conferindo perspectiva de progresso e ascensão a uma camada populacional até então excluída e despreparada para a evolução social.

Evidentemente que a urbanização deve caminhar ao lado da titulação e com propósitos convergentes, o que na prática não se mostra tão fácil, pois questões registrais, quando tratadas com rigor, podem emperrar a regularização dominial, que por sua vez podem impedir a urbanização, gerando um movimento reflexivo desastroso.

O legislador pátrio, prevendo essas resistências naturais, sabiamente deu início a esse movimento jurídico a partir do conceito de FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, que prestigia o individual enquanto atende aos interesses coletivos, e atende ao coletivo na sua justa dimensão e possibilidade, não permitindo a prevalência de qualquer dos interesses isoladamente considerados. Isso significa que regularização fundiária pode partir de qualquer um dos focos, ou seja, o que significa é que discricionariamente a titulação pode anteceder a urbanização ou vice-versa, dependendo do melhor interesse de bem organizar as cidades.

O exato percurso fático-burocrático voltado para a **regularização fundiária** ainda está sendo montado e experimentado, pois, mesmo já tendo sido fixada a orientação básica, o Brasil ainda costura e confecciona o arcabouço normativo regulamentar e procedimental.

Poucos foram os resultados práticos, até porque o segmento imobiliário é por natureza conservador, resistindo muito às mudanças ou novas posturas (*os magistrados que atualmente ocupam as cadeiras de nossos Tribunais, em sua grande maioria foram forjados a partir de uma visão liberal, que encontra no Código Civil, e não na Constituição, o centro do Ordenamento Jurídico, reverenciando, até as últimas conseqüências, o interesse individual*).

Portanto, são significativos os obstáculos práticos em organizar as cidades em atenção aos interesses coletivos, contendo certas intransigências individuais e particulares. Dirigentes e dirigidos devem se inteirar de que a regularização fundiária afeta a cidade como um todo, reduz as diferenças sociais, melhora o fluxo interno, racionaliza a prestação de serviços públicos, e habilita a população diretamente beneficiada pela titulação, para uma segunda etapa de desenvolvimento, calcada por fluxos econômicos e financeiros.

A regularização fundiária tal qual concebida pela legislação brasileira não envolve qualquer atitude voltada à socialização da propriedade, mas representa um movimento de índole solidária, voltado para o bem coletivo.

## 4. APLICAÇÃO DOS CONTEÚDOS NORMATIVOS

### 4.1 Invasões e ocupações

São Paulo, como destacado, foi ocupada, mormente em seus contornos periféricos, por uma população carente que invadiu os espaços excluídos do mercado formal, tomando grande parte das áreas de preservação permanente, que compõem áreas verdes e áreas de mananciais. Afora as invasões, o desenho urbano também foi moldado por ocupações determinadas em glebas irregularmente fracionadas por loteamentos ou desmembramentos informais, feitos ao arpejo das leis e posturas Municipais, desatendendo as regras formais da cidade.

A ocupação desordenada dos espaços urbanos provocou o adensamento populacional em regiões despidas de equipamentos públicos, gerando todos os tipos de problemas e questões. Grande parte dessa situação, no entanto, consolidou-se e perenizou, não restando alternativa a não ser a de permitir a regularização de grande parte das glebas, mormente daquelas que não apresentam obstáculos intransponíveis de ordem urbanística e ambiental.

Neste sentido é de se observar que, de todo o instrumental jurídico disponibilizado para a efetivação da regularização fundiária, três desses instrumentos se mostram mais eficientes e mais operantes na prática, pois se prestam para ajustar a informação registral das glebas ocupadas ou invadidas, gerando aperfeiçoamento da informação registral de áreas públicas e privadas, e gerando títulos originais de domínio em decorrência da posse longeva.

Estamos nos referindo à AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO, que tem como vocação mais contundente e relevante a regularização de loteamentos e desmembramentos, conferindo à informação tabular a sua perspectiva “verdadeira”; à ação de USUCAPIÃO, que é apta a converter posse prolongada em propriedade e o procedimento administrativo destinado à “concessão de direito de uso especial”, que cumpre o mesmo desiderato da usucapião, com a peculiaridade de atuar sobre áreas públicas.

Esses mecanismos jurídicos, mesmo atualizados em suas formas originais, ainda não respondem de maneira rápida e eficaz às necessidades impostas à organização das cidades.

### 4.2 Substrato fático

Em São Paulo, temos, aproximadamente, dois mil e cem parcelamentos irregulares que, em princípio, permitem regularização (“regularizáveis”), os quais abrigam mais de quatrocentas mil famílias. Grande parte desse contingente populacional adquiriu, pagou e



edificou nos LOTES, não conquistando acesso registral em razão de irregularidades na formalização dos parcelamentos e/ou imperfeição dos títulos que receberam.

Igrejas e associações locais têm se ocupado dessa problemática, mas invariavelmente elegeram providências equivocadas na tentativa de solução.

O caminho para a superação procedimental/burocrática dessas áreas já teve início com um trabalho desenvolvido pela Municipalidade em São Paulo, que, escudada no art. 40, da Lei 6.766/79, que é a lei que versa sobre o parcelamento do solo urbano (*a qual se encontra em fase de mudança legislativa*), passou a promover o levantamento das glebas irregularmente parceladas, medindo e delimitando as ocupações.

A orientação veio escorada em um mapeamento determinado a partir de FOTOS AÉREAS de toda a região metropolitana de São Paulo, tiradas a uma altura de 3.000 metros, que permitem adequada reprodução em plantas, que expõem, com perfeição técnica, a “real situação” das áreas fracionadas e ocupadas. Esse trabalho, financiado pelo BID, ainda se encontra em fase de conclusão, devendo ser apresentado em outubro de 2005.

O Município de São Paulo já dispõe do levantamento e mapeamento de algumas grandes glebas que estão sendo tratadas como protótipos iniciais para o início da regularização fundiária urbanística geral.

Como destacado, a ocupação irregular e desorganizada dos espaços urbanos se efetivou, basicamente, em razão de INVASÕES e OCUPAÇÕES. As invasões ocorreram acentuadamente sobre áreas que em princípio não admitem a regularização, como as áreas de mananciais, pois é evidente que o leito hidrográfico que serve de abastecimento à cidade exige proteção incondicional. Aliás, o interesse coletivo, nesses casos, atua contra o invasor, pois a sua permanência, degradando e contaminando os mananciais, não atende aos interesses da cidade.

Também aqueles que se encontram em áreas de risco não podem receber a benesse da regularização, situação que exige que o Poder Público atue deslocando a população invasora ou impedindo a invasão não consumada.

A regularização, portanto, atua sobre áreas em que o interesse COLETIVO de ordenação da cidade se mostra mais claro, mais evidente. Em termos práticos, esse movimento se materializa junto às áreas de ocupação, que envolvem os parcelamentos irregulares e as favelas implantadas sobre áreas particulares ou mesmo públicas, não aparadas por restrições ambientais.

O Plano Diretor da cidade tem a missão de estabelecer, de uma forma completa e integral, como documento único, as diretrizes e os interesses da cidade, criando as Zonas Especiais de prioridade para a regularização (*infelizmente, o legislador local não vem cumprindo o desiderato constitucional da forma como concebido no texto supremo, pois o Plano Diretor, justamente por ser um “plano”, deveria ser concebido em documento único, infenso a alterações pontuais, pois um plano somente pode ser alterado por outro PLANO, sempre prevendo todos os interesses da cidade, alicerçados no zoneamento e na criação das zonas especiais. Em São Paulo, o Plano Diretor foi fatiado, em um plano de diretrizes e planos regionais. Ademais, normas que deveriam compor o seu texto foram tratadas com leis independentes, situação capaz de gerar muita insegurança, muita instabilidade, incompatível com os interesses de FORMAÇÃO DA CIDADE, e instiga, em todas as escalas,*



*focos de corrupção).*

Em São Paulo, o Plano de Diretrizes fixou as áreas de preservação, apartando-as das áreas de interesse social (ZEIS), o que conferiu o necessário vetor para a regularização fundiária. As áreas de preservação permanente foram, portanto, excluídas da regularização fundiária, em uma eleição correta e adequada do legislador ordinário, ao passo que as áreas de favelas (ZEIS I) e as áreas loteadas irregularmente (ZEIS II), compõem a prioridade do sistema de reorganização da grande metrópole.

### 4.3 Retificação de registro

A melhor utilização da ação de Retificação de Registro representa o primeiro grande desafio na caminhada para a regularização das cidades, pois o aperfeiçoamento e aprimoramento técnico de medição e mapeamento das áreas ocupadas, do ponto de vista jurídico, pode provocar mais problemas do que soluções.

Conquanto dotado de grade qualidade, o levantamento *planialtimétrico*, ao expor a situação efetiva e real da gleba fracionada e ocupada, provoca grandes dificuldades para a sua inserção registral, exclusivamente pela deficiência ou insuficiência da descrição TABULAR.

O levantamento REAL decorrente das fotos reproduzidas em plantas gera, destarte, um descompasso entre a informação tabular e a retratada na foto, e esse “desalinhamento”, em face da rigidez dos princípios registrais, dificulta sobremaneira a correção retificatória, o que certamente se constituiu em um sério entrave, pois não há outro caminho procedimental para superar as imprecisões e deficiências constantes do REGISTRO.

As imprecisas e invariavelmente deficientes descrições tabulares das grandes glebas não conseguem prescindir da RETIFICAÇÃO DE REGISTRO para ajustá-las a um sentido único e simétrico, como forma de recuperar a “verdade” que o fôlio deve espelhar.

A ação de RETIFICAÇÃO DE REGISTRO, mesmo sendo um procedimento de índole e de contornos administrativos, é marcada por peculiaridades que devem ser entendidas para que seu manejo não estorve, mais ainda, as tentativas voltadas à REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.

Importante é destacar que a ação retificatória se aparta das demais ações dominiais, pois se constitui no único mecanismo apto e próprio para a correção do FÓLIO REAL, partido da informação fática para a informação registral, aquela modificando esta, ao passo que as demais ações que versam sobre o DOMÍNIO IMOBILIÁRIO caminham em sentido oposto, partindo do dado tabular, para determinar o resultado fático.

Por exemplo, na ação reivindicatória, o titular do domínio reivindica a POSSE do imóvel injustamente tomada por terceiros, clamando para que se lhe seja reconhecido e concedido o direito que seu título espelha. A pretensão judicial se alicerça em um direito calcado no REGISTRO, e este é apto a produzir a alteração FÍSICA.

Na ação demarcatória, o *domínus* busca aviventar divisas e limites entre propriedades, exigindo que a informação tabular se materialize em marcas e marcos. Também, neste caso, a informação primeira, necessária para orientar o trabalho do perito e agrimensores, é a tabular, que deve determinar o resultado físico e fático.

Por fim, a ação discriminatória, que franqueia ao Poder Público discriminar propriedades para isolar e identificar terras devolutas. Igualmente neste caso, a soberania é da informação tabular ou de títulos aptos ao registro, que, discriminados, permitem apurar as áreas públicas devolutas.

Todas essas demandas dominiais têm como foco principal a DESCRIÇÃO TABULAR, e é esta que é capaz de alterar ou de fixar as divisas ou marcas e marcos do solo. Portanto, o percurso parte da informação TABULAR para o mundo fenomênico, pois é aquela que determina o resultado da demanda.

Contrariamente, na ação de RETIFICAÇÃO, o sentido se mostra oposto, partindo da informação física para o dado tabular. Trata-se de mecanismo peculiar e SINGULAR em nosso ordenamento, o que exige muita atenção e cuidado em seu manejo.

A retificação pressupõe uma descrição tabular deficiente, incompleta ou errada, e sua reformulação depende de elementos físicos e concretos.

Por sua singularidade e importância, a ação retificatória se sobressai, mormente pela deficiência das descrições registrais antigas. Entretanto, o seu uso não se mostra muito fácil, pois padece de flexibilidade, na medida em que se encontra atrelada à observância “irrestrita” dos princípios e das regras formais que estruturam este segmento do direito registral.

Estas colocações foram lançadas no sentido de se ter uma idéia inicial das DIFICULDADES que se verificam na aplicação prática da ação de retificação de registro.

Ademais, imperioso é destacar e acentuar que a ação de RETIFICAÇÃO DE REGISTRO não se presta para acertar ou legalizar “invasões” – aqui entendidas como a indevida apropriação de áreas confrontantes –, pois se limita a CORRIGIR as deficiências descritivas ou fazer superar os erros que tenham apartado a descrição registral das dimensões do imóvel tal como fincado originalmente.

Seu propósito único é o de ajustar a descrição tabular à “realidade”, corrigindo falhas, suprindo omissões, e complementando informações, de forma que, voltada a revelar a VERDADE, a ação de retificação de registro deve capturar as informações originais, levantando os vestígios da implantação física.

A “verdade” que a LEI DE REGISTROS PÚBLICOS proclama, em seu art. 212, corresponde à primeira informação, formada pelas marcas e marcos lançados originalmente ao solo. O resgate de tal informação se faz através do exame dos vestígios ou indicações que denunciam a ocupação original. Neste sentido, fotos aéreas da época da implantação são muito valiosas, mas também o são as marcas presentes reveladas pelo respeito ao alinhamento com a via pública; a existência de divisas fixas, consolidadas e respeitadas por longos anos, etc. Estes vestígios recuperam a origem do imóvel e permite a correção tabular.

Não podemos deixar de lembrar que estamos tratando de REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA, onde os interesses em jogo se invertem, pois prestigiam os interesses ligados à melhor ordenação das cidades e não ao direito individual do titular do domínio.

Além desta prevalência de interesses jurídicos, a utilização de retificatória exige uma compreensão de todos os seus contornos procedimentais para que toda a ajuda seja canalizada a dar e efetivar a prevalência da “função social”.

Neste ponto, é de se sublinhar que esse procedimento da retificação de registro não tem como meta única e exclusiva a captura e o resgate da VERDADE tabular. Tem conteúdo mais abrangente ao permitir a RETIFICAÇÃO em atenção aos interesses (vontades) dos interessados.

Neste sentido, mostra-se relevante a exata compreensão de que a AÇÃO RETIFICATÓRIA pode caminhar para a busca de sua correção tabular ou para o consenso entre os interessados, e, para tanto, a Lei Federal nº 10.931/2004 disponibilizou a RETIFICAÇÃO UNILATERAL, em que a correção se consuma pela inserção de medida ou de informação ausente da descrição tabular, e a RETIFICAÇÃO CONSENSUAL, quando o ajuste ou correção depende do consenso, da concordância ou anuência entre os confrontantes.

Nos dois casos, o procedimento pode tramitar extrajudicial ou judicialmente, ou, ainda, por meio de ESCRITURA PÚBLICA.

Portanto, a “verdade” tabular não é o único ponto de apoio da ação retificatória, que pode se escorar e alicerçar na vontade dos envolvidos e interessados, que darão o formato registral definitivo. Destarte, admite a legislação a existência de um componente volitivo que pode ingressar como elemento essencial na via RETIFICATÓRIA.

Outra característica do procedimento de RETIFICAÇÃO DE REGISTRO é que este tem estrutura de “procedimento administrativo”, e tal enquadramento representa uma grande diferença no enfoque e na interpretação procedimental. O procedimento administrativo pode ser submetido ao procedimento de jurisdição voluntária ou procedimento administrativo puro, sendo que, no primeiro caso, vinculará as retificações consensuais, e, no segundo, as unilaterais. Em ambos os casos, os procedimentos são informados pelos princípios da INFORMALIDADE, CELERIDADE, ECONOMICIDADE e da MELHOR APARÊNCIA, tudo isto em contraste com o processo de índole jurisdicional, dando a este uma melhor dinâmica.

Qualquer usuário ou interessado pode ingressar com o pedido retificatório, independentemente de interlocutor técnico, e o pedido deve ser recebido independentemente de eventuais FALHAS na postulação. O processamento deve ser ágil e rápido, não podendo determinar grandes custos, bem como gerar sucumbência.

Por fim, o procedimento de RETIFICAÇÃO DE REGISTRO também é regido pelo princípio da “melhor aparência”, que se distancia da “certeza e segurança” que marcam o processo judicial.

Por se tratar de procedimento de índole ADMINISTRATIVA, que é direcionado ao aperfeiçoamento de um ATO ADMINISTRATIVO, como o é o ato de registro, sua decisão final não conquista a DEFINITIVIDADE, o que, em termos práticos, representa uma facilidade, pois as diligências e a colheita de provas podem se limitar a cumprir “esforço ordinário”, sem a necessidade da implementação de medidas “extraordinárias”.

O princípio da “melhor aparência”, portanto, decorre da ausência de definitividade eficaz das decisões retificatórias e tem uma grande e relevante aplicação prática na agilização do procedimento.

Assim, quer seja pela questão procedimental que se ajusta ao princípio da melhor aparência, quer seja pelo impulso representado pela priorização da “função social”, a regularização fundiária, na sua fase RETIFICATÓRIA, exige posturas sensatas e eficazes

para a conquista do resultado final.

Neste contexto, sendo a “ação de retificação” um mecanismo singular e único para as correções tabulares e imprescindíveis para o acerto das grandes glebas parceladas, a sua utilização e manejo devem ser realizados com base no vetor legal, que autoriza a correção do FÓLIO REAL, não só para ajustá-lo à “verdade”, como também para compatibilizá-lo à vontade dos interessados e envolvidos, e sempre orientado pelo entendimento de que se trata de procedimento administrativo, vetorizado pela informalidade e agilidade.

## **5. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

O procedimento de ajuste do desenho tabular à situação REAL ou consensual apresenta, quando o objeto envolve grandes glebas urbanas, grandes problemas e entraves.

Em primeiro lugar, porque as informações tabulares dessas grandes áreas que foram OCUPADAS apresentam descrição absolutamente imprecisa e/ou deficiente. Não revelam, no mais das vezes, todas as medidas perimetrais, e, quando as indicam, não informam os ângulos e as deflexões do polígono que o imóvel encerra.

As vetustas descrições tabulares das grandes glebas não apresentam pontos de referência e de amarração confiáveis, pois invariavelmente se mostram ligadas a fenômenos naturais, como riachos, árvores, vales e cumes, ou artificiais como marcos e cercas, que já não existem, ou que não se apresentam com nitidez após a ocupação populacional.

As glebas, considerando a situação tabular, não possuem bases físicas seguras e conhecidas, de forma que se torna problemático o estudo registral para se aquilatar onde a ocupação se consolidou ou sobre quais assentos registrais a área regularizada se encontra.

Além do mais, as áreas regularizadas pelo esforço Municipal (art. 40, da Lei 6.766) por vezes ocupam parte de várias transcrições, ou uma parcela de uma área desfigurada por vários desfalques anteriores, em que o Oficial Registrador não sabe onde se encontraram os desfalques (desmembramentos), e o local onde se encontra a área regularizada pela Municipalidade.

Toda esta situação gera uma grande zona de incertezas, não tendo o Registro de Imóveis segurança para afirmar quais assentos tabulares estão sendo atingidos pelo parcelamento ou em que ponto da gleba este incidiu ou ocupou.

Marcada por esta zona de incertezas, a retificação dessas grandes glebas, se processada em atenção aos padrões registrários ordinários, ligados à propriedade privada e aos interesses individuais, não possui condição de prosperar, e impede o reconhecimento tabular da área regularizada.

No entanto, tratando-se de situação extraordinária, conduzida pelos interesses da CIDADE, a questão revelada por essa ZONA DE INCERTEZA exige que o ponto de observação e análise seja invertido, para que o interesse individual não sobrepuje o coletivo.

Assim, considerando, em primeiro lugar, a FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, que prioriza esse interesse coletivo ligado à regularização das urbes; considerando, também, a índole administrativa do procedimento retificatório, vetorizado pela “melhor aparência”; e, por fim, considerando que na sua essência a LEI DE REGISTROS PÚBLICOS exige o resgate da “verdade” tabular ou da vontade dos interessado, é de viabilizar o registro das áreas

regularizadas pela MUNICIPALIDADE, criando-se mecanismos para afastar as maiores incertezas sobre a gleba ou a sua localização.

Em termos práticos, se a deficiência se verificar no desenho tabular e não no levantamento da Municipalidade (como normalmente ocorre), evidente que pela prioridade que este ostenta, e, principalmente, por visar a *regularização fundiária*, a prevalência será sempre da situação revelada pelo Poder Público. Isto representa que, mesmo existindo alguma incerteza sobre a localização da área retificanda, esta deve desfalcar a gleba, inaugurando uma nova matrícula, dando base registral para toda a área parcelada.

Quando as dúvidas são de tal monta que não permitem a localização da área parcelada, nestes casos se instaura um procedimento específico, voltado para tal propósito, que envolve um trabalho pericial (simples – sem topografia), apenas para identificação da gleba com base em seus primitivos pontos de referência, e para a constatação do local da área parcelada.

Esse trabalho deve ser feito sempre com a fixação de que a prevalência é da função social da propriedade, e com o propósito de efetivar a regularização, que se materializa quando a gleba ou as glebas são desfalcadas, e há o descerramento de uma nova matrícula, para que a situação REAL, conquiste o necessário espaço tabular.

Acrescente-se que, nos casos de parcelamento consolidados há muitos anos, as questões ambientais, que podem ser respondidas pelo próprio Município, comportam superação também em razão da FUNÇÃO SOCIAL. Também em tal situação é viável a inversão das prioridades, exigindo a regularização fundiária, mas não entram neste contexto as áreas de preservação permanente e áreas de mananciais, que, representando a própria vida das cidades, não comportam, em princípio, tal inversão.

O procedimento de RETIFICAÇÃO DE REGISTRO das áreas regularizadas pelo Poder Municipal ou de áreas privadas, no que afeta ao chamamento dos “confrontantes”, teve seus trâmites racionalizados pela Lei Federal nº 10.931, de 04 de agosto de 2004, que exigiu notificação dirigida ao endereço constante do FÓLIO REAL e no local do imóvel, sem novas diligências, equacionando com equilíbrio um dos grandes problemas das ações retificadoras.

A nova lei, destarte, veio permitir maior celeridade e agilidade na Retificação registral dos parcelamentos regularizados pela Municipalidade, ao exigir o chamamento dos confrontantes, agora sob a correta denominação de NOTIFICAÇÃO, apenas em atenção ao endereço do imóvel e ao endereço constante do serviço registral. Frustradas essas investidas, a notificação se conclui com a publicação de edital.

Portanto, um dos problemas que tanto emperram a regularização fundiária foi superado de forma OBJETIVA pela edição da nova Lei 10.931/2004.

Em atenção a todos esses vetores, em São Paulo estamos processando a ação RETIFICAÇÃO DE REGISTRO específica para a regularização fundiária, buscando determinar a abertura de nova matrícula para as áreas regularizadas, e produzindo, concomitantemente, os desfalques nas transcrições ou transcrição que a MUNICIPALIDADE venha a indicar como suporte e base tabular do fracionamento.

Nesses casos, quando o REGISTRADOR vier a afirmar que o parcelamento regularizado *NÃO* se encontra nos assentos tabulares indicados, como já destacado, iremos

realizar um procedimento para a colheita de prova **TÉCNICA PERICIAL** de índole filiatória para afirmar ou infirmar o quanto certificado pelo Oficial do Registro de Imóveis.

Portanto, todo o esforço interpretativo reverencia os princípios maiores da Constituição Federal, que são direcionados à regularização registral das áreas ocupadas e regularizadas pela Municipalidade.

Após esta primeira etapa da regularização pela retificação das glebas, que irá gerar o formato da área já parcelada, abre-se ensejo para uma segunda etapa, voltada diretamente à titulação individual.

Nesta fase, os ocupantes e detentores de títulos hábeis para registro poderão apresentar seus contratos e conquistar a propriedade imobiliária, desde que provem a quitação (art. 41, da Lei 6.766/79). No entanto, grande parte desses **títulos** e documentos apresentam deficiências que dificultam o pretendido **ACESSO REGISTRAL**, pois estampam imprecisões e equívocos que os desalinham em relação aos dados tabulares.

Também esta situação comporta superação com base no disposto no § 13º, do art. 213, da Lei de Registros Públicos, que permite, aos interessados no “registro imobiliário” de seus títulos, a postulação de medida tendente à “revalidação de título”, para o devido ajuste no que afeta às questões ligadas à especialidade objetiva e subjetiva.

Nestes casos, indispensável a verificação e investigação sobre origem do **TÍTULO**, verificando se quem o outorgou possuía poderes para tanto e se a descrição contratual corresponde à posse exercida pelo interessado, tal qual descrita na planta de regularização.

Tanto o procedimento de **RETIFICAÇÃO DE REGISTRO** como o de **REVALIDAÇÃO DE TÍTULOS** são administrativos, de forma que podem ser processados extrajudicial ou judicialmente, sendo pautados pela informalidade, celeridade e economicidade, permitido aos usuários, geralmente pessoas despidas de recursos econômicos, a postulação direta, que pode receber apoio de centros universitários, de assistência judicial do estado, ou da Ordem dos Advogados do Brasil.

Entretanto, se o ocupante não dispuser de título que admita a sua revalidação, terá que enveredar pelo caminho **JUDICIAL**, capaz de transformar a sua posse longa em **PROPRIEDADE**, utilizando a ação da **USUCAPIÃO** ou de **CONCESSÃO DE USO**, no caso de áreas públicas.

## 6. DA AÇÃO DE USUCAPIÃO

A ação de usucapião, em que pese modernizada no que diz respeito à redução ao tempo de posse exigido para a prescrição aquisitiva, ainda é um procedimento lento e burocratizado.

A legislação disponibiliza duas formas de **USUCAPIÃO ESPECIAL**, prevendo uma modalidade **SINGULAR** (art. 182, da Constituição Federal e art. 1.240 do Código Civil), e uma modalidade **COLETIVA** (art. 10, do Estatuto da Cidade).

Nos dois casos de usucapião especial, o prazo exigido de **posse** é de cinco anos, e esta deve ser exercida pelo próprio postulante, desde que voltada para a moradia própria de quem não dispõe de qualquer outro imóvel. A usucapião especial em âmbito singular, deve ser exercida sobre áreas de até 250 metros quadrados, e a coletiva, sobre áreas superiores a



essa metragem, desde que a área seja ocupada por mais de uma família.

Na prática se reconhece a imensa UTILIDADE e aplicação da usucapião especial singular e uma dificuldade muito grande no emprego da usucapião coletiva, que somente tem sido impulsionada por movimentos de moradores organizados sob a forma de associação ou por intervenção de movimentos de cunho religioso, pois os próprios moradores não conseguem se organizar, principalmente nas favelas e áreas muito adensadas e pouco urbanizadas.

O que se depreende das poucas experiências de posse coletiva por frações ideais é que o beneficiário nunca se satisfaz com a obtenção de uma FRAÇÃO IDEAL de um todo, e sempre almeja o seu pedaço particularizado, individualizado, para abrigar, com segurança, toda a sua família.

Afora as ações de USUCAPIÇÃO ESPECIAL, temos a previsão da usucapião extraordinária, concebida sob dupla forma pelo art. 1238 do Código Civil, que pode ser entendida como usucapião extraordinária comum e a usucapião extraordinária moradia/serviço, sendo que, no primeiro caso, mostra-se necessário o cumprimento de prazo de quinze anos, e, no segundo, de dez anos.

Por fim, temos a AÇÃO DE USUCAPIÃO ORDINÁRIA, que também é concebida sob a forma comum, quando o prazo é de dez anos, e de cinco anos, quando o imóvel tiver sido adquirido de forma onerosa e tendo conquistado registro, posteriormente cancelado. Esta modalidade de USUCAPIÃO tem laços estreitos com a previsão do art. 214, § 5º, da Lei de Registros Públicos, que aceita a convalidação do registro no caso de possuidor de boa-fé que tenha mais de cinco anos de posse. Assim, quando o registro já tiver sido cancelado, a medida será a USUCAPIÃO ORDINÁRIA, mas, quando ainda estiver válida, poderá ser mantida se houver a prova da posse e da boa-fé.

De uma maneira geral, a usucapião envolve posses de quinze a cinco anos, mas o lapso temporal não representa maior estorvo para o aforamento da medida, pois, em São Paulo, a grande maioria dos ocupantes se encontra no local a mais tempo do que o necessário para este efeito.

Os problemas do processamento das ações de usucapião ocorrem em face de dois pontos básicos de estrangulamento, representados pela necessidade de CITAÇÃO do antigo titular do domínio e dos confrontantes, e a necessidade da produção do levantamento técnico pericial.

A perícia, por envolver levantamento topográfico, mostra-se cara e cria dificuldades, pois tanto a parte como o Estado não respondem facilmente por seus custos (*o autor, em função de sua situação econômica, e o Estado desenvolvem rotineira resistência ao apoio a políticas sociais, como é o caso da assistência judiciária, pois não geram maior visibilidade política*).

Visando contornar esses problemas, a 1ª Vara de Registros de São Paulo está recebendo PLANTAS da Municipalidade, mesmo de áreas não “retificadas registralmente”, para que o trabalho pericial seja absolutamente reduzido. Nestes casos, é exigido que os peritos apenas indiquem nessas plantas o local da posse. Esta medida reduz o custo da perícia e confere maior qualidade ao trabalho, pois, em muitos casos, a perícia topográfica, dada a precariedade do local, não consegue sequer individualizar como precisão a posse



usucapienda, criando uma dificuldade muito grande para a futura organização registral do local.

As perícias parciais sem apoio em planta do local, principalmente nas regiões dominadas por favelas ou cortiços, não conseguem estabelecer pontos de referência, gerando uma descrição que pode “flutuar”, pois despida de base física segura. Ademais, muitas posses estão em local de destinação público ou em áreas de risco, e o perito não consegue detectar tal situação.

Em todas essas situações a usucapião, por atropelar e prescindir da URBANIZAÇÃO, pode gerar mais problemas do que soluções.

Por este motivo é que a Vara de Registros Públicos passou a adotar os levantamentos da MUNICIPALIDADE, mesmo dos parcelamentos não regularizados registralmente, e tenciona a adotar todo o MAPEAMENTO que for disponibilizado doravante.

Essas plantas vão dar um sentido coletivo às ocupações e melhor orientarão os trabalhos periciais, com um custo muito mais baixo.

Outro ponto de dificuldades no processamento da ação de usucapião ocorre com as citações, pois as informações registrais invariavelmente se encontram desatualizadas, exigindo uma longa investigação sobre o paradeiro dos antigos donos e dos confrontantes.

Para superar esta questão, estamos aguardando a alteração da Lei de Registros Públicos, que poderá tornar obrigatória a atualização dos endereços dos titulares do domínio. Essa mudança legal é capaz de gerar um banco de dados eficiente, apto a dar suporte às citações.

A ação de USUCAPIÃO, igualmente à ação de retificação, deve ser vista sob a ótica da prevalência dos interesses coletivos, para que os ocupantes conquistem, sem excessiva demora, o título a que fazem jus.

## **7. CONCESSÃO DE DIREITO ESPECIAL DE USO**

Trata-se de um instrumento relevante para a regularização dos parcelamentos regularizados pela Municipalidade. Nesses parcelamentos, invariavelmente, o empreendedor alienou os LOTES e também os espaços destinados a áreas verdes e logradouros. Os lotes podem ser regularizados pela retificação de registro e revalidação de título ou usucapião, mas as ocupações dos espaços públicos somente comportam regularização mediante concessão especial de uso.

Por se tratar de instrumento que é franqueado discricionariamente à Administração Pública, a sua maior ou menor efetivação depende de vontade POLÍTICA voltada à desafetação das áreas ocupadas, habilitando-as à concessão administrativa ou judicial.

Em São Paulo, durante o ano de 2003, cerca de 300 áreas públicas foram legalmente desafetadas, e cerca 45.000 títulos foram outorgados pela Municipalidade.

Nestes casos, além da LEI ORDINÁRIA que provocou a desafetação das áreas, a Municipalidade promoveu a regularização para a abertura de MATRÍCULA específica das áreas ocupadas. No levantamento técnico topográfico, foi indicada cada uma das “ocupações”, delimitando as posses para viabilizar o conseqüente registro imobiliário da CONCESSÃO.

Lamentavelmente, por ignorância da população beneficiada com essa titulação administrativa, ou por falta de informação mais adequada, não houve o registro de um único título de legitimação por concessão de uso. A população não foi ainda despertada para a importância vital do registro, sem o que poderá ficar submetida à vontade dos gestores públicos.

## 8. CONCLUSÃO

São Paulo depende, para se transformar em uma cidade mais equilibrada, com menos desníveis sociais, sem tanto sofrimento causado pela contenda entre as classes, da implementação de um programa de REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA, destinado à urbanização e à titulação patrimonial, que exige certa vontade POLÍTICA, necessária na implementação de programas e vetores indicados pela legislação urbanística.

O início deste esforço foi determinado pela edição da nova Constituição brasileira de 1988, que inaugurou capítulo inédito disciplinando a “política urbana” voltada à melhor solução dos problemas de organização das cidades. Neste compasso, foi editado o ESTATUTO DA CIDADE, dando o sentido geral da organização das Urbes, e os PLANOS DIRETORES, que vieram a conferir o sentido específico da função social que impulsiona a regularização.

O grande desafio é não permitir que posturas e princípios registrais e procedimentais emperrem a regularização, que deve sempre ser pensada considerando a prioridade que atinge o interesse coletivo.

Aos registradores e principalmente ao Judiciário compete processar os pedidos de retificação de registro e de usucapião, orientados pela prevalência desse interesse coletivo, para que os entraves e dificuldades sejam superados, conferindo à população mais carente o devido acesso ao sonhado direito de propriedade, para que, em um futuro próximo, possam engrossar a massa populacional economicamente ativa, tendo como lastro a PROPRIEDADE conquistada.

A titulação, por si só, é capaz de alavancar vários benefícios para a cidade e para a população beneficiada, impulsionando uma certa urbanização espontânea e permitindo a essa população agraciada uma oportunidade de ascensão social.

### **8. RESUMEN**

*Estas anotaciones tienen por finalidad señalar la complejidad de los problemas inmobiliarios de los grandes centros urbanos brasileños resultantes de la concentración urbana desordenada, así como la necesidad y conveniencia de su regularización para atender al mandato Constitucional y para el cumplimiento del Estatuto de la Ciudad.*

**PALABRAS CLAVE:** Regularización inmobiliaria. Parcelación del suelo urbano y suburbano. Plano Director urbano. Estatuto de la Ciudad.

# NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

---

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no Word for Windows versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e esquerda, 3 cm; direita e inferior, 2 cm. Tipo de letra: Times New Roman, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas, em tamanho 10, com recuo na margem esquerda. Notas de rodapé, também em tamanho 10.

As resenhas devem ter no máximo cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

## ESTRUTURADOS ARTIGOS:

**Título:** Claro e objetivo, na mesma língua do texto. Nome(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé.

**Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua.

**Conteúdo do artigo:** Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor, ao menos, fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

**Ilustrações** (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio Word, for Widows. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Notas de rodapé:** Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e seqüencial para todo o texto. As notas explicativas devem ser reduzidas ao máximo. Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou documentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o



autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

**Citações bibliográficas ou referências:** Devem ser apresentadas de acordo com a NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

### **APRECIACÃO PELO CONSELHO EDITORIAL**

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para as devidas adaptações no prazo máximo de um mês.

**DIREITOS AUTORAIS:** Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela Internet – [www.uniube.br/publicações](http://www.uniube.br/publicações)), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

**CORTESIA E RETRIBUIÇÃO:** Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

**ENCAMINHAMENTO:** Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

Título do trabalho

Nome(s) do(s) autor(es) e identificação

Qualificação profissional

Instituição a que está vinculado

Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

