

## O controle de constitucionalidade alemão: a participação popular na jurisdição constitucional e o ativismo judicial

*German judicial review: popular participation in constitutional jurisdiction and judicial activism*

---

### **Otávio Augusto Vieira Bomtempo**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM. Aluno dos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu nas áreas de Direito Público e de Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Estagiário de Pós-Graduação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5529675598791781>  
E-mail: [tavinho\\_bomtempo@hotmail.com](mailto:tavinho_bomtempo@hotmail.com)

**Resumo:** Após a Segunda Guerra Mundial, com a superação dos postulados positivistas, a República Federal da Alemanha promulgou a Lei Fundamental de Bonn, criando o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Ao referido tribunal, couberam a interpretação do texto maior à luz de um sistema de valores e o exercício do controle de constitucionalidade das leis alemãs, por meio do controle abstrato, do controle concreto e do Recurso Constitucional. Com a análise dos aludidos mecanismos, percebe-se a ampla participação popular na jurisdição constitucional, especialmente no que concerne ao Recurso Constitucional. Por outro lado, observa-se o franco Ativismo Judicial nas decisões do Tribunal Constitucional Federal que, por vezes, tem atuado como verdadeiro legislador positivo. Entretanto, tal atuação, no sentir de Dworkin, não ofenderia o regime democrático nem a separação de poderes, sendo necessária para o reforço ao respeito e à guarda da Lei Fundamental.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Tribunal Constitucional Federal. Democracia.

**Abstract:** After the Second World War, with the overcoming of positivist postulates, the Federal Republic of Germany enacted the Basic Law of Bonn, creating the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). In this court, the interpretation of the larger text in the light of a value system and the constitutionality control of German laws, through abstract control, concrete control and Constitutional Remedies, were taken into account. With the analysis of the aforementioned mechanisms, one can perceive the wide popular participation in the constitutional jurisdiction, especially with regard to the Constitutional Appeal. On the other hand, there is a strong Judicial Activism in the decisions of Germany Constitutional Court that, sometimes, has acted as a true positive legislator. However, such performance, in the sense of Dworking, would not offend the democratic regime nor the separation of powers, being necessary to strengthen the respect and the guard of the Basic Law.

**Keywords:** Judicial review. Federal Constitutional Court. Democracy.

---

## 1 Introdução

Após a Segunda Grande Guerra, surge, no cenário mundial, o movimento teórico do Pós-Positivismo, que veio conferir um novo modelo de análise jurídica, imbuído de caráter notadamente axiológico, segundo o qual o ser humano seria o fim do Direito.

Nesse contexto, em 23 de maio de 1949, a parte ocidental da Alemanha, a então República Democrática da Alemanha, promulgou a Lei Fundamental de Bonn, criando o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), responsável por declarar a inconstitucionalidade de leis federais e por se pronunciar acerca da incompatibilidade de leis estaduais em face de leis federais.

Dessa forma, como guardião da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional Federal alemão dispõe de três mecanismos para efetuar o controle de constitucionalidade: o controle abstrato/concentrado, o controle concreto/difuso e o Recurso Constitucional, sendo, este último, o mais democrático e o mais utilizado no país.

Entretanto, com a análise pormenorizada dos institutos alemães de controle de constitucionalidade, percebe-se, por vezes, a supremacia do Tribunal Constitucional Federal em relação aos demais poderes. Nesse cenário, indaga-se: o fato de o efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional, em sede de controle de constitucionalidade, estender-se também ao Poder Legislativo não acarretaria a fossilização da Lei Fundamental? A jurisprudência de valores não permitiria ao Tribunal Constitucional Federal atuar como verdadeiro legislador concorrente? Tal ativismo judicial não feriria os postulados da democracia e da separação harmônica dos poderes?

Nesse prisma, o presente estudo tem como objetivo analisar o controle de constitucionalidade alemão, notadamente quanto ao contraponto entre a participação popular à jurisdição constitucional e o ativismo do Tribunal Constitucional Federal no seu mister de proteger os direitos fundamentais do povo germânico.

## 2 O pós-positivismo e a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão

Após a Segunda Grande Guerra, com a superação dos pressupostos positivistas, surge no cenário mundial o movimento teórico do Neoconstitucionalismo/Pós-Positivismo que, imbuído de caráter notadamente axiológico, veio conferir um novo modelo de análise jurídica à luz dos ideais neokantistas.

Com tal movimento, foi reconhecida a premissa da primazia do ser humano para o universo jurídico, com base nas ideias de Kant (2004, p. 52), segundo o qual “o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo”, fonte teórica para o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo rígido contido em todos os direitos fundamentais.

Assim, o Direito passou a ser norma e valor, sendo que os princípios passaram a ter força normativa, apresentando um caráter cogente, impositivo, de aplicação imediata, tendo Robert Alexy um papel importante na sistematização da jurisprudência de valores.

Verifica-se, pois, a “Constituição como valor em si”, possibilitando um maior exercício quanto à defesa e à efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os de terceira dimensão. Nessa ordem de ideias, Norberto Bobbio (1992, p. 11) afirma que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”.

Nesse sentir, Daniel Sarmento (2003) explica que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que deve refletir os valores fundamentais da ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre toda ela. A respeito da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, ele discorre:

a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”. (SARMENTO, 2003, p. 253-254).

Desse modo, a “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais permite ao Poder Legislativo elaborar a lei, à Administração Pública governar e ao Poder Judiciário resolver os conflitos, buscando consagrar os ditames da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social (SARMENTO *apud* LENZA, 2014).

Com efeito, com o advento do Pós-Positivismo, o Poder Judiciário assumiu a figura central nos ordenamentos jurídicos, que passaram a adquirir densidade normativa ante as atuais tendências do Direito Constitucional contemporâneo.

Nesse diapasão, em 1949, a parte ocidental alemã, conhecida por República Federal da Alemanha (RFA), promulgou a Lei Fundamental de Bonn. Nessa oportunidade, o Poder Constituinte Originário Tedesco, no Título IX, previu a criação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), primeiro tribunal constitucional nesse período.

O Tribunal, sediado em Karlsruhe, além das competências de solução de conflitos federativos, passou a deter o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis alemãs. Dessa forma, foi o precursor da análise da Constituição como ordem objetiva ou vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais (CRUZ, 2006, p. 5-6), tendo desenvolvido uma aprofundada teoria de direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal detém autonomia administrativa e financeira e entrou em exercício apenas em 1951. Ele compõe-se de dezesseis ministros eleitos metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) e metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), com dois terços dos votos. Para serem eleitos, os candidatos devem ter idade compreendida entre 40 e 68 anos, não podendo ser integrantes dos órgãos legislativos federais e estaduais ou dos Governos Federal e estaduais. Ao se

empossarem no cargo, exercem seu mister pelo prazo de 12 anos, sendo vedada a reeleição.

Os ministros são divididos em dois Senados e suas decisões são tomadas por maioria simples dos membros de cada um dos órgãos. Como possuem dezesseis membros, no caso de empate, não se declara a inconstitucionalidade da norma impugnada.

Desse modo, a partir da existência de um sistema jurídico mais complexo e hierarquizado, com a rigidez e a supremacia da Lei Fundamental de Bonn, o controle de constitucionalidade pôde se desenvolver na Alemanha, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal essa importante tarefa na construção do Estado Democrático de Direito.

### *3 As espécies do controle de constitucionalidade Tedesco*

O controle de constitucionalidade tem como objetivo adequar as normas jurídicas às suas normas fundamentais, do ponto de vista material e formal, atuando como verdadeira arma contra ataques aos direitos fundamentais, consagrados nos textos *magnum*.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade visa a oferecer harmonia e unidade a todo arcabouço legal de um ordenamento jurídico. Assim, impede a existência de atos normativos contrários à Constituição e ao próprio Estado de Direito.

No caso alemão, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal apenas de forma repressiva, não havendo, portanto, o controle preventivo (MENDES, 1999). Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal dispõe de três mecanismos principais para efetuar sua função: o controle abstrato/concentrado, previsto no artigo 93.1. n° 2 e 2a da Lei Fundamental, o controle concreto/difuso, previsto no artigo 100, e o Recurso Constitucional, no artigo 93.1.4a.

Ressalta-se que, no modelo alemão, há a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de leis anteriores à Lei Fundamental de Bonn, segundo a Teoria da Inconstitucionalidade Superveniente.

#### *3.1 O controle abstrato*

O modelo de jurisdição concentrada concebido por Kelsen e consagrado pela Constituição austríaca de 1920-1929 foi adotado, inicialmente, na Itália e na Alemanha. No modelo alemão de controle abstrato, há apenas uma arguição de inconstitucionalidade, que pode ser promovida, de forma escrita, perante o Tribunal Constitucional Federal.

De acordo com o artigo 93.1.3 da Lei Fundamental, são partes legítimas para propor esse controle: o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço do Parlamento Federal, sendo dispensável a figura do advogado, exceto em audiências. Destaca-se que o mencionado procurador pode ser substituído por um professor de Direito.

Do texto maior, extrai-se que podem ser objeto do controle concentrado as hipóteses de: incompatibilidade de lei federal com a Lei Fundamental; ofensa de lei

estadual à Lei Fundamental e desrespeito de lei estadual à lei federal. Ressalta-se que o termo “lei” deve ser entendido de modo amplo, abrangendo, inclusive, emendas constitucionais e costumes válidos e reconhecidos.

Ademais, para a propositura da arguição, que não está sujeita a prazo, faz-se necessária a existência de dúvida ou de controvérsia acerca da constitucionalidade. Compreendem-se por dúvida os fortes indícios e argumentos que demonstrem ser o ato normativo impugnado inconstitucional, que gerem insegurança jurídica, e, por controvérsia, a divergência entre pessoas distintas. No caso de desistência do pedido, o controle não será interrompido, por ser questão de interesse público.

Por fim, durante a instrução, há a possibilidade de o Tribunal Constitucional Federal adotar diversas providências, como a realização de perícias, a manifestação de outros órgãos e a oitiva de *experts*.

### 3.2 O controle concreto

O artigo 100 da Lei Fundamental de Bonn prevê a possibilidade de se aplicar o controle difuso de constitucionalidade em três hipóteses. A primeira ocorre quando, no curso de um processo, suspeitar-se da inconstitucionalidade de uma lei de cuja validade dependa a solução do feito. Nesses casos, o juiz, entendendo padecer a lei questionada de vício, deverá suspender o feito e remeter a questão para o Tribunal Constitucional Federal, que se pronunciará a seu respeito.

A segunda hipótese de controle concreto de constitucionalidade alemão é quando houver dúvida acerca da vigência, no sistema alemão, de regra de Direito Internacional Público e se ela cria direitos e obrigações. Nesse caso, tal regra se mostra importante visto que as normas gerais de Direito Internacional Público fazem parte do direito federal. Desse modo, de acordo com o artigo 25 da Lei Fundamental, elas se sobrepõem às leis e constituem fonte direta de direitos e de obrigações.

Por derradeiro, a terceira hipótese de controle difuso amolda-se às situações quando, na interpretação de uma lei, o Tribunal de algum Estado se afastar da posição do Tribunal Constitucional Federal ou de outro da federação. Verifica-se, destarte, que a finalidade dessa última hipótese é minimizar a existência de decisões conflitantes, ao mesmo tempo em que evita o engessamento da jurisprudência.

### 3.3 O recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*)

Previsto no artigo 93.1.4a da Lei Fundamental de Bonn, o Recurso Constitucional é um remédio extraordinário útil quando houver ofensa a direitos fundamentais ou assemelhados (*Grundrecht*).

Tal mecanismo permite uma ampla participação popular na jurisdição constitucional, uma vez que franqueia acesso direto dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos estrangeiros ao Tribunal Constitucional Federal, independentemente do pagamento de custas ou de assistência de advogado. Além disso, a Lei Fundamental assegura o direito dos municípios e das associações comunais de opor o aludido remédio contra lei ofensiva ao direito de autoadministração.

O Recurso Constitucional é utilizado apenas depois de esgotadas todas as vias judiciais e se a ofensa permanecer. No entanto, os princípios da subsidiariedade e do esaurimento da via judicial podem ser afastados nas hipóteses de questões de interesse geral ou se o trâmite nas instâncias ordinárias puder acarretar prejuízo de difícil ou de incerta reparação.

O impetrante deve observar os prazos de interposição: para os casos de impugnação de decisão judicial, é de um mês a contar da data de sua prolação e, para os atos não passíveis de controle judicial, um ano a partir da publicação do ato. Verifica-se que, quando do juízo de admissibilidade pelo Tribunal Constitucional Federal, a decisão proferida não é passível de recurso nem tem que ser, necessariamente, fundamentada. A decisão que julga o Recurso Constitucional tem natureza anulatória.

Vislumbra-se que é o instrumento mais utilizado no controle de constitucionalidade alemão:

Heck (1995) nos fornece uma estatística impressionante do Tribunal Constitucional alemão no período compreendido entre 1951 e 1993. Nela, o controle incidental, concreto e concentrado apresentou um total de 2.846 (dois mil, oitocentos e quarenta e seis) processos e o número de recursos constitucionais somou 91.813 (noventa e um mil, oitocentos e treze). De outro lado, o controle abstrato de normas chegou a apenas 122 processos!!! (CRUZ, 2004, p. 364)

Nesse norte, tem-se que o Recurso Constitucional perfaz 95% do trabalho da Corte Constitucional (JAEGGER, 2003, p. 149).

Insta salientar que, no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, relativamente às origens do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), havia a proposta de se permitir o amplo acesso de qualquer cidadão ao Supremo Tribunal Federal, por meio do inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.882/99, o qual foi vetado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, para não inviabilizar os trabalhos do Pretório Excelso.

Nessa linha de raciocínio, Frederico Barbosa Gomes (2010, p. 161) evidencia que

[...] fica-nos claro que a preocupação dos legisladores/governantes têm sido apenas com a governabilidade e não a de fazer com que a Constituição seja um instrumento de garantia, defesa e promoção dos direitos fundamentais. Adotando-se essa postura, não resta a menor dúvida de que a instituição de um mecanismo de controle nos moldes do recurso constitucional alemão não seria do interesse dos que governam; iria atrapalhar muito!

Em contrapartida, é necessário destacar que a posição adotada pelo ex-presidente ao vetar tal inciso não seria, de todo, desarrazoada, segundo elucidação de Ives Gandra Martins e de Gilmar Mendes (2009, p. 25):

o número de processos julgados ou recebidos pela Corte Constitucional alemã, entre 1951 e 2007 (169.900 processos), é equivalente ao número de pleitos que o STF recebe em um ano. Assinale-se que, em períodos de maior crise, a Corte

Constitucional alemã jamais recebeu um número superior a 5.911 processos em um mesmo ano.

Independentemente de qualquer divergência, pode-se afirmar que o Recurso Constitucional é o instrumento mais importante do controle de constitucionalidade alemão, tendo influenciado a criação do Recurso de Amparo na Espanha.

#### ***4 Os tipos de decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal em sede de controle de constitucionalidade e os seus efeitos***

As decisões do Tribunal Constitucional Federal adotam, como regra, o princípio da nulidade da norma inconstitucional, que confere caráter retroativo às decisões. Conforme indica Daniel Sarmiento (2001, p. 136), “a doutrina dominante o deduz como corolário do postulado da supremacia da Constituição”.

De acordo com Gilmar Mendes (1999) e com a teoria das nulidades, ao ato normativo com vício pode haver a declaração de nulidade: como unidade técnica; total; como extensão e parcial.

A declaração de nulidade como unidade técnica pressupõe a incompatibilidade de todos os dispositivos de uma norma com a Lei Fundamental. Diferentemente, a declaração de nulidade total, embora apenas uma parte da lei padeça viciada, declara-se toda a lei inconstitucional para evitar percalços.

Já a declaração de nulidade por extensão, apenas uma parte da lei teve sua constitucionalidade questionada. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal verifica que a parte omitida também padece do mesmo vício, declarando-se inconstitucional toda a lei. Por fim, quanto à declaração de nulidade parcial, apenas parte da norma padece de vícios, podendo a outra ser normalmente aplicada, com ou sem redução de texto.

Nesse sentido, uma vez declarada inconstitucional, a lei se torna nula e a declaração produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de sua edição.

Por outro lado, devido à jurisprudência de valores, o princípio da nulidade da norma inconstitucional tem sido flexibilizado, o que permitiu a construção de diversas outras formas de decisões: a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a interpretação conforme a Constituição e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*).

Na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), o Tribunal Constitucional Federal reconhece o vício da norma, mas se abstém de pronunciar a sua nulidade, em virtude da segurança jurídica e do respeito à discricionariedade legislativa. Tal decisão pode ocorrer nos casos de ofensa ao princípio da isonomia e de omissão legislativa parcial. Nos casos de tal declaração, não haverá efeitos retrospectivos, de modo que lhes caberá o efeito *ex nunc*.

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica baseada na presunção de constitucionalidade das leis que, uma vez aliada a uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, procura encontrar uma hipótese interpretativa compatível com o texto magno. Desse modo, permite-se que a norma impugnada possa ser considerada constitucional.

O apelo ao legislador ou situação ainda constitucional (*Appellentscheidung*) ocorre nos casos em que se entende a lei ainda constitucional, mas que está em processo de inconstitucionalização, seja em razão de situações fáticas ou jurídicas. Nessa senda, o Tribunal Constitucional Federal adverte o legislador para que promova as alterações legislativas necessárias. Cruz (2004, p. 182) enfatiza que o apelo da Corte Constitucional praticamente tem força de encaminhamento de um projeto de lei.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que as decisões do Tribunal Constitucional Federal ainda apresentam os efeitos *erga omnes* e vinculante. Quanto ao efeito *erga omnes*, a decisão transcende os efeitos da coisa julgada para além dos limites subjetivos da lide. No que tange ao efeito vinculante, a decisão obriga a todos os órgãos da Administração Pública, ao Poder Judiciário e, até mesmo, ao Poder Legislativo. Notadamente, apenas a própria Corte Constitucional não é atingida por esse efeito, podendo mudar sua posição. Ademais, destaca-se que tal efeito abrange tanto a parte dispositiva, quanto os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

Por fim, no controle de constitucionalidade alemão não existe a possibilidade da manipulação temporal dos efeitos da coisa julgada. Logo, para retardá-los, a alternativa existente é atrasar a publicação do acórdão.

## **5 A participação popular na jurisdição constitucional e o ativismo judicial na Alemanha**

Conforme explicitado anteriormente, o Recurso Constitucional alemão franqueia acesso direto dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos estrangeiros ao Tribunal Constitucional Federal nos casos de lesão aos direitos fundamentais, independentemente do pagamento de custas ou de assistência de advogado.

Entretanto, Peter Häberle (2003, p. 121) pondera que, segundo estatísticas oficiais, 97% dos recursos são recusados por câmaras da Corte Constitucional, formadas por três juízes. Ademais, verifica-se que somente 2,7% de tais recursos obtêm êxito.

Independentemente de tais termos percentuais, o Recurso Constitucional alemão é um dos mais relevantes instrumentos de interpretação e de construção do direito constitucional. Desta forma, ressalta Gomes (2010, p. 177):

[...] ora, o povo lá é visto não como mero espectador que deve esperar que o Leviatã, onisciente e onipresente, diga-lhe o que é a Constituição. Não, lá os alemães têm a possibilidade de participar da construção da sociedade que eles querem para si, através do exercício do papel de guardião da Constituição que efetivamente detêm.

Sem dúvidas, o mecanismo do Recurso Constitucional alemão garante uma aproximação entre as esferas que tomam as decisões e o povo, possibilitando a construção de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”.

Com efeito, não apenas o Recurso Constitucional, mas também os mecanismos de controle abstrato e concreto de constitucionalidade representam a consagração do modelo neoconstitucionalista na Alemanha, uma vez restaurada a ordem no pós-

guerra. Assim, conforme a história demonstrou ao povo germânico, por meio da catástrofe do período nazista, em que diversas pessoas foram mortas sem que o Poder Judiciário alemão se antepusesse a tal realidade, tornou-se necessário eleger um parâmetro superior à própria legalidade para a defesa e a garantia de direitos fundamentais.

Nesse panorama, com o advento do movimento pós-positivista, concretizador de um catálogo de direitos fundamentais, com inovações hermenêuticas e onipresença dos princípios e das regras, o Poder Judiciário começou a assumir a figura central em diversos ordenamentos jurídicos, notadamente na Alemanha. Entretanto, a jurisprudência de valores permitiu ao Tribunal Constitucional Federal assumir, muitas vezes, uma verdadeira função de legislador concorrente ou mesmo de Poder Constituinte Originário, de acordo com a ótica do Ativismo Judicial.

O ativismo pressupõe que o Poder Judiciário estabeleça um conjunto de ações ou de métodos de trabalho que elasteça o seu círculo de atribuições. Nesses termos, é possível se falar, hodiernamente, no grande impulso mundial em direção a um ativismo sem precedentes. Para Luís Roberto Barroso (2010, p. 6), é um fenômeno mundial, e “nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”.

No atual mundo interligado, os sistemas jurídicos sofrem mútuas influências e, dessa forma, Mauro Cappelletti (1999, p. 110-130) conclui que a inevitável criatividade dos juízes aplica-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*.

No sistema *common law*, a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente. Desse modo, a jurisprudência ocupa o posto de fonte formal do direito, pois molda os quadros nos quais as decisões judiciais devem se mover (RE, 1994, p. 282).

Já na família romano-germânica, as decisões judiciais são fontes secundárias do direito, devendo se mover dentro de quadros estabelecidos pelo legislador. Para Elival Ramos (2010, p. 105), “sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos [futuros]”.

No caso alemão, ao Tribunal Constitucional Federal cabe a identificação dos valores constitucionais insculpidos na Lei Fundamental de Bonn, exercendo precipuamente o controle de constitucionalidade. Todavia, para a doutrina, algumas atuações da Corte Constitucional revelam um caráter superior às atuações dos demais Poderes, como, *v. g.*, o instituto do apelo ao legislador, o controle de admissibilidade do Recurso Constitucional, de cuja rejeição, que dispensa fundamentação, não cabe recurso e o efeito vinculante das decisões do Tribunal, em sede de controle de constitucionalidade, extensivos ao Poder Legislativo, pontos que podem ser entendidos como típicos do ativismo judicial.

Tendo em vista o instituto do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), Gilmar Mendes (1999) salienta que diversos doutrinadores alemães questionam a ausência de base legal para a adoção de tal decisão. Nesse lamiré, para muitos estudiosos, não seria função do Tribunal Constitucional Federal compensar o déficit do processo de decisão parlamentar.

São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte ao legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes (KOMMERS *apud* VALLE, 2009, p. 28).

A respeito do controle de admissibilidade do Recurso Constitucional, verifica-se que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal não é passível de recurso nem tem que ser, necessariamente, fundamentada, o que pode acarretar eventuais arbitrariedades. Nessa linha de pensamento, o retrocitado instituto que, em tese, permitiria ampla participação popular na jurisdição constitucional, seja pela desnecessidade de pagamento de custas ou de assistência de advogado, desvincular-se-ia de seu propósito maior.

Nada obstante, os dados estatísticos revelam, conforme já explicitado, que 97% dos recursos são recusados por câmaras da Corte e que somente 2,7% dos requerimentos admitidos logram êxito. Trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva por parte do Tribunal, que, notadamente, diz o direito segundo seus próprios critérios de conveniência e de oportunidade.

Por fim, observa-se que as decisões do Tribunal Constitucional Federal, quando da realização do controle de constitucionalidade, vinculam todos os órgãos da Administração Pública, o Poder Judiciário e, até mesmo, o Poder Legislativo, com a ressalva apenas da própria Corte Constitucional, que pode mudar sua posição. Os opositores ao efeito vinculante ao legislador afirmam que tal direcionamento à atuação legislativa diminuiria a legitimidade do espaço democrático-representativo, o que poderia acarretar bloqueio, fossilização e petrificação da interpretação constitucional, além da rígida fixação do futuro, um perigoso risco de eventual erro vinculante (SIMON, 1996, p. 842).

Na sequência, em que pesem as severas críticas desferidas à atuação do Tribunal Constitucional Federal, em verdade, a mencionada Corte tem sido responsável por profundas mudanças legislativas necessárias para a realidade alemã. Entretanto, até que ponto sua atuação se coaduna com a harmônica separação dos poderes e com os demais postulados do Estado Democrático e Constitucional de Direito?

## ***6 O ativismo judicial alemão à luz da superação do dogma constitucional da separação de poderes e do conceito de democracia para Dworkin***

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas por Aristóteles, em sua obra “Política”, em que o pensador identificou o exercício de três funções estatais distintas, concentradas nas mãos de uma única pessoa: o soberano.

Posteriormente, com o advento dos ideais do liberalismo, a burguesia inicia sua luta pelo poder político, buscando uma forma de limitação ao poder absolutista estatal.

Nesse cenário, John Locke, em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, e Montesquieu, por meio de *O espírito das leis*, desenvolvem os sustentáculos da moderna teoria da separação dos poderes, que veio estabelecer mecanismos de fiscalização e de responsabilização recíproca dos poderes estatais, o conhecido sistema de “freios e contrapesos” (LENZA, 2014).

Dessa forma, as funções de administrar, de legislar e de julgar, independentes e harmônicas entre si, foram se aperfeiçoando dentro das três esferas distintas do poder: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Entretanto, com o passar do tempo, as falhas e as omissões das estruturas do poder foram sentidas, ensejando a constante relativização do dogma constitucional da separação de poderes.

Em se tratando do Poder Executivo, com a consolidação do sistema capitalista e com o conseqüente crescimento das desigualdades sociais, o Estado teve que abandonar sua postura negativa e passou a exercer uma função positiva, assegurando as garantias mínimas para possibilitar a existência digna de todos: os chamados direitos de segunda dimensão. Porém, conforme é cediço, os recursos costumam ser escassos e as carências da sociedade são inúmeras.

Quanto ao Poder Legislativo, especialmente após a segunda metade do século XX, com o advento dos ideais pós-positivistas, os parlamentos vêm enfrentando uma crise de representatividade. Nesse ambiente, os partidos políticos não têm se mostrado capazes de ecoar os anseios populares e as suas discussões e debates demonstram-se vagarosos.

Dessa forma, progressivamente, tem-se instalado um vácuo no exercício do poder público, seja nas administrações, seja nas atribuições legislativas, o que tem ensejado uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, por meio do chamado Ativismo Judicial.

Contudo, atualmente, no caso do ativismo alemão, realizado pelo Tribunal Constitucional Federal, deve-se ter como premissa que o dogma constitucional da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora. Nesse sentir, superando o tradicional conceito acerca do aludido princípio, aponta José Afonso da Silva (2010, p. 109) que já se fala em “colaboração de poderes”.

Nessa toada, o Ministro do STJ, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 3-5), ao analisar as conclusões do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em 1991, em Portugal, ressalta que o

[...] ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores [...] se o juiz tornou-se autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o executivo de que a justiça necessita.

No caso alemão, relembram Ricardo Fernandes e Alexandre W. Borges (2011, p. 75) que “o Judiciário não se omite na realização de direitos fundamentais nem tampouco profere sentenças aditivas sem que, antes, tenha sido permitido aos órgãos políticos a solução da problemática”.

Além disso, Dworkin (2000) defende que os juízes não devem se limitar a aplicar apenas o estabelecido expressamente na lei, pois os cidadãos possuem certos

“direitos morais”, que permanecem válidos, apesar de ausentes do “livro de regras”. Para ele, as leis apenas representam tentativas de o legislador captar os direitos morais dos cidadãos, os quais nelas não se esgotam. Cabe, portanto, ao juiz estruturar algum princípio que capte, no grau de abstração adequado, o direito moral da parte.

A legitimação do Poder Judiciário para controlar as decisões do Legislativo está no fato de que, para Dworkin, as decisões judiciais são exclusivamente pautadas nos argumentos de princípio (fórum do princípio), enquanto o Legislativo possui monopólio na utilização de argumentos de política. Desse modo, as decisões políticas majoritárias podem não ser justas por ferirem direitos morais dos cidadãos e o Judiciário estaria habilitado a rever tal injustiça. Tal atuação não ofenderia a democracia aos olhos do referido pensador.

Segundo Dworkin (1996, p. 16-19), um governo democrático não se resume a respeitar a regra da maioria (democracia majoritária). Precisa também se preocupar com o conteúdo de tais decisões, tratando os membros da sociedade com igual consideração e respeito (democracia constitucional), na qual todas as decisões sejam pautadas pelo que seja melhor para o grupo (liberdade positiva). Assim, a premissa majoritária deve ser afastada em prol de decisões mais justas, como, por exemplo, para defender os direitos das minorias.

Ademais, para que funcione a democracia constitucional, é necessário haver filiação moral de todos, ou seja, que tenham passado pela mesma evolução histórica e política de sua sociedade (condição estrutural) e que participem do processo de tomada de decisões, por meio do sufrágio universal, de eleições, da liberdade de expressão (condição relacional).

Dessa forma, para muitas questões (decisões políticas sensíveis), os órgãos legislativos, pautados na premissa majoritária, realmente serão o melhor fórum de decisões, já que estão sujeitos a pressões políticas e financeiras. Já para as que dependem de um juízo moral (decisões políticas insensíveis), como o controle de constitucionalidade, os juízes estão mais aptos a decidi-las (DWORKIN, 2000).

Logo, as decisões do Tribunal Constitucional Federal, em que pesem assumir, certas vezes, um caráter proativo, tornam-se de extrema importância para a manutenção da “colaboração dos poderes”, sendo exemplo de “democracia constitucional”, na qual os direitos fundamentais são assegurados.

Sob esse enfoque, insta destacar que a própria composição do Tribunal Constitucional Federal é, por si só, notadamente democrática, já que metade de seus membros são eleitos para um mandato único de 12 anos pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), legítimo órgão representativo do povo alemão.

## ***7 Considerações finais***

A pesquisa tornou-se ímpar para o conhecimento da árdua função do Tribunal Constitucional Federal em manter hígida a sistemática normativa alemã, seja pelo controle abstrato, pelo controle concreto ou pelo Recurso Constitucional. Desse modo, por meio da utilização do direito comparado, foi possível compreender as espécies, as técnicas e os efeitos do controle de constitucionalidade tedesco, que muito se assemelha ao sistema pátrio.

Ademais, pode-se concluir que a Alemanha oferece amplo acesso à população ao Tribunal Constitucional Federal, por meio do Recurso Constitucional, mecanismo mais utilizado no controle germânico, que serviu de modelo para diversos ordenamentos, inclusive para a ADPF brasileira.

Entretanto, em que pesem as críticas acerca da atuação incisiva da Corte Constitucional alemã, vislumbra-se a sutil conciliação entre o ativismo e a concretização dos direitos fundamentais, já que as estratégias criativas do Tribunal Constitucional Federal demonstram um “diálogo institucional” que permite a evolução constitucional.

Dessa feita, a melhor atuação consubstancia-se na realização dos direitos consagrados na Lei de Bonn, mesmo que seja necessária uma postura proativa que, de início, não seria recomendável, mas, em face de eventual inércia ou quebra funcional de outros órgãos, torna-se incontestavelmente indispensável para a devida colaboração dos poderes.

Diante disso, evidencia-se a superação do dogma constitucional da separação dos poderes oitocentista, a qual precisa ser entendida em sua essência, qual seja: impedir qualquer forma de autoritarismo por parte do Estado frente à sociedade civil. Logo, é justo afirmar que, na Alemanha, há uma equilibrada divisão das funções governamentais, de modo independente, harmônico e, sobretudo, colaborativo e em consonância com a democracia constitucional de Dworkin.

Portanto, o controle de constitucionalidade alemão mostra-se bastante eficaz, sendo um valioso instrumento para garantir a rigidez e a supremacia da Lei Fundamental perante o arcabouço normativo infraconstitucional, no desenvolvimento da forte democracia alemã.

### *Referências*

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Brasília; Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral Reading of the American's Constitution*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 48, 2011.

GOMES, Frederico Barbosa. *O Modelo Alemão de Controle de Constitucionalidade*. Pouso Alegre: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, 2010.

HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional, in *Direito Público*, n. 2. Brasília: IDP/Síntese, 2003.

JAEGER, Renate. *Erfahrungen mit Entlastungsmassnahmen zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts*, in *Europäische Grundrechte – EuGRZ*, Kehl am Rhein: N. P. Engel, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. *BDJur*, Brasília, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

O efeito vinculante e o Poder Legislativo. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/766/531>>.

Acesso em: 21 jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1994.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMON, Helmut. *La jurisdicción constitucional*, in *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

## Os pressupostos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil

*The assumptions for admissibility of appeals in the new Civil Procedure Code*

---

### **Alexandre Máximo Oliveira**

Mestre pela Universidade de Itaúna (UIT). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM/MG). Advogado.

E-mail: [alexandre@maximoadvocacia.com.br](mailto:alexandre@maximoadvocacia.com.br)

**Resumo:** O novo Código de Processo Civil apresenta diversas modificações nos pressupostos e no juízo de admissibilidade dos recursos, que influenciaram diretamente na tramitação dos processos presentes e futuros. Este trabalho busca antecipar algumas das dificuldades, teóricas e práticas, que os profissionais do direito encontrarão na aplicação dos procedimentos estabelecidos no novo Código, trazendo ponderações que devem ser consideradas para compreensão das novas bases científicas buscadas pelo legislador. O baixo número de trabalhos ou de doutrina sobre o tema realça a necessidade de se estudar melhor o assunto, que está relacionado com a promessa constitucional de razoável duração do processo. No desenvolvimento do estudo, para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e das normas legais.

**Palavras-chave:** Recursos. Admissibilidade. Novo. Código de Processo Civil.

**Abstract:** The new Civil Procedure Code introduces several changes in the assumptions and admissibility judgment of the appeals, which directly influenced the processing of present and future proceedings. This paper seeks to anticipate some of the theoretical and practical difficulties that law professionals will encounter in applying the procedures established in the new Code, bringing considerations that must be taken into account in order to understand the new scientific bases sought by the legislator. The low number of papers or doctrine on the subject highlights the need to study the subject better, which is related to the constitutional promise of reasonable duration of the process. In the development of the study, in order to achieve the proposed objectives, theoretical research on the topic was used, comprising content analysis of doctrinal texts and legal norms.

**Keywords:** Resources. Admissibility. New Civil Procedure Code.

---

### **1 Introdução**

A busca por um acesso à justiça efetivo e substancial se tornou, desde o século anterior, um dos principais temas de observação dos estudiosos do Direito.

A importância do desenvolvimento de técnicas processuais adequadas para possibilitar um acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente encarada como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002, p. 9).

A construção de um Código de Processo Civil, adequado para solucionar a intensa litigiosidade existente neste novo milênio, constitui preocupação de milhares de profissionais do Direito, espalhados em diversas carreiras jurídicas, na esperança de alcançarem a promessa constitucional de razoável duração do processo<sup>1</sup>.

A morosidade da prestação jurisdicional no Poder Judiciário brasileiro decorre, em parte, do grau de litigiosidade existente na sociedade<sup>2</sup> que, contida durante muitos anos no regime ditatorial, foi exposta com a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, consolidado após a Constituição Federal de 1988, provocada quantidade de recursos que se avolumam nos Tribunais pátrios.

O tema proposto decorre das novas bases científicas trazidas pelo legislador na elaboração do novo Código de Processo Civil no que tange ao juízo de admissibilidade dos recursos. A adoção de novos procedimentos e o aperfeiçoamento dos antigos exigem uma busca pelos fundamentos que foram adotados pelo legislador para solucionar discussões travadas na legislação anterior.

O baixo número de trabalhos ou de doutrina sobre o tema realça a necessidade de se estudar melhor o assunto, que está relacionado com a promessa constitucional de razoável duração do processo.

O novo Código de Processo Civil apresenta diversas modificações nos pressupostos e no juízo de admissibilidade dos recursos, que influenciaram diretamente na tramitação dos processos presentes e futuros. Este trabalho busca antecipar algumas das dificuldades, teóricas e práticas, que os profissionais do direito encontrarão na aplicação dos procedimentos estabelecidos no novo Código, trazendo ponderações que devem ser consideradas para compreensão das novas bases científicas buscadas pelo legislador.

No desenvolvimento do estudo, para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e normas legais.

## ***2 Incidência do princípio da cooperação e a alteração da competência para realização do juízo de admissibilidade dos recursos***

O recurso é o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando obter sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração (SANTOS, 2010, p. 84).

---

<sup>1</sup> No Brasil, essa preocupação deixou de ser meramente acadêmica e tópica, com a Convocação de uma Comissão de Juristas, instituída pelo Presidente do Senado Federal, pelo Ato n. 379, em setembro de 2009, com a responsabilidade de elaborar o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil. Em 08 de junho de 2010, o Anteprojeto foi submetido ao Poder Legislativo, sendo que foi discutido por mais de quatro anos, com a realização audiências públicas em vários Estados Brasileiros, sugestões pela internet e a participação de diversos setores da sociedade organizada. O texto do novo Código de Processo Civil foi finalmente aprovado em 17.12.2014 e promulgado pela Presidente da República, com vetos, em 16.03.2015.

<sup>2</sup> Segundo a décima edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, considerando o ano base 2013, o Poder Judiciário brasileiro tinha 95 milhões de processos em tramitação.

Para o exercício regular do direito de recorrer, a parte tem que atender algumas condições impostas pelo ordenamento jurídico – aqui denominadas por pressupostos de admissibilidade – sob pena de não alcançar o reexame da decisão impugnada por outro órgão jurisdicional.

Wambier (2006, p. 150), em obra destinada ao assunto, prescreve:

sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide (que são especificamente, os pressupostos processuais e as condições da ação) e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito de um recurso.

No novo Código de Processo Civil, o juízo de admissibilidade e de mérito é realizado somente pelo órgão que possui competência recursal, sendo que o legislador autoriza o julgamento monocrático pelo relator do recurso, quando houver precedente firmado em súmula de Tribunais ou em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo e, ainda, em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas.

No Código de Processo Civil de 1973, o juízo de admissibilidade dos recursos, em regra, é realizado pelo órgão prolator da decisão recorrida (*a quo*) e pelo órgão com competência recursal (*ad quem*).

O novo Código rompeu esse sistema, atribuindo a admissibilidade dos recursos ao órgão que possui competência para reexaminar a decisão, ou seja, o órgão *a quo* somente recebe a petição do recurso e faculta a parte contrária a possibilidade de apresentação de resposta, sendo o recurso encaminhado para o órgão *ad quem* para realização do juízo de admissibilidade e juízo de mérito.

A inovação promovida na competência para realização do juízo de admissibilidade é comentada por Mello (2015, p. 2.239):

o CPC/2015 inova ao extinguir o duplo juízo de admissibilidade a que se submete o recurso de apelação no regime do CPC/1973. Com efeito, em face do que literalmente dispõe o § 3º do art. 1010 sob análise, a apelação será remetida ao Tribunal independentemente de juízo de admissibilidade realizado pelo órgão de primeiro grau, ao qual incumbirá, apenas, o recebimento da apelação, a intimação da parte recorrida para apresentação de contrarrazões e a remessa dos autos ao órgão recursal.

Constata-se que o novo Código estabeleceu como regra geral a admissibilidade do recurso pelo órgão que possui competência recursal, já que essa opção está evidenciada no recurso de apelação<sup>3</sup>, de agravo de instrumento<sup>4</sup>, de agravo interno<sup>5</sup>, no

---

<sup>3</sup> CPC/2015. Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà: [...] § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

<sup>4</sup> CPC/2015 Art. 1.017. [...] § 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

recurso ordinário<sup>6</sup>, no recurso especial e extraordinário<sup>7</sup> e no agravo em recurso especial e extraordinário<sup>8</sup>.

A inovação promovida coaduna com o princípio da razoável duração do processo por dois motivos: a) evita que o recurso interposto fique paralisado no órgão prolator da decisão recorrida, aguardando análise da admissibilidade; b) evita a interposição de novo recurso contra a decisão do órgão *a quo* que realiza juízo negativo de admissibilidade.

Ocorre que a sistemática adotada pela novel legislação não agradou a todos os órgãos do Poder Judiciário. Em razão da insatisfação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, está em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei n. 414/2015, apresentado pelo Senador Blairo Maggi em 01/07/15, dispondo sobre o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial e instaurando o recurso de agravo de admissão, nos próprios autos, dessa decisão, alterando dispositivos da Lei no 13.105, de 16/03/15.

A justificativa apresentada no Projeto de Lei n. 414/2015 é a seguinte:

é que a Lei 13.105/2015 foi promulgada retirando-se o filtro recursal que até então era realizado pela Presidência ou pela Vice-Presidência dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça para o processamento do recurso especial ou extraordinário.

Sabe-se que significativo número de processos que acabaram não subindo em razão deste juízo prévio de admissibilidade.

Importante notar os dados estatísticos apurados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 2014/2015, que em um período aproximado de 16 meses foram proferidas aproximadamente 26 mil decisões negando seguimento aos recursos extremos. Dessas decisões, somente 17 mil foram objeto de agravo para os Tribunais Superiores, ocasião em que mais de 1/3 do volume de trabalho que seria destinado aos tribunais superiores foram estancados na origem, por opção da parte (BRASIL, 2015).

---

<sup>5</sup> CPC/2015 Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal [...] § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

<sup>6</sup> CPC/2015. Art. 1.028. Ao recurso mencionado no art. 1.027, inciso II, alínea “b”, aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. [...] § 3º Findo o prazo referido no § 2º, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

<sup>7</sup> CPC/2015. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

<sup>8</sup> CPC/2015. Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: [...] § 4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

A proposta de alteração visa manter, no novo Código de Processo Civil, o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e especial no órgão prolator do acórdão recorrido, ou seja, perante o presidente ou vice presidente do Tribunal que prolatar a decisão impugnada. Em decorrência da mencionada alteração, também se cria uma nova modalidade recursal, denominada agravo de admissão, excluindo o agravo em recurso especial e extraordinário.

É nítido que a missão institucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, atribuída pela Carta Magna de 1988, ficaria comprometida pela imposição da análise de admissibilidade de milhares de recursos excepcionais, tornando letra morta os filtros criados desde a emenda Constitucional 45/2004, furtando dos Ministros a energia que deve ser despendida para análise de violações e interpretações do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Se é certo que a sistemática de juízo de admissibilidade exclusivo no órgão *ad quem* beneficia a celeridade<sup>9</sup> nos recursos classificados como ordinários, o mesmo não se pode dizer em razão dos recursos classificados como extraordinários, pois carecem as Cortes Superiores de material humano suficiente para analisar de admissibilidade de todos os recursos interpostos em vinte e seis Estados da federação e do Distrito Federal, incluindo processos da justiça comum, especializada e federal.

Contudo, a falha identificada no novo Código, que, certamente, será corrigida pelo legislativo, antes de sua entrada em vigor, em 18/03/2016, não esconde a substancial inovação, decorrente da adoção expressa do princípio da cooperação/colaboração no artigo 6<sup>o</sup><sup>10</sup>.

Em decorrência do princípio da cooperação, adotado expressamente pelo novo Código de Processo Civil, o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, concederá o prazo de cinco dias ao recorrente, para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível<sup>11</sup>.

Comentam o princípio da cooperação Theodoro Júnior *et al.* (2015, p. 70):

isso induz à assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação.

A contaminação do texto do novo Código pelo princípio da cooperação repercutiu diretamente no sistema recursal, vinculando, inclusive o Supremo Tribunal

---

<sup>9</sup> Segundo a Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil, sua elaboração orientou precipuamente por cinco objetivos, entre eles, simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal.

<sup>10</sup> CPC/2015. Art. 6<sup>o</sup> Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>11</sup> CPC/2015. Art. 932. Incumbe ao relator: [...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do recurso especial e extraordinário devem desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave<sup>12</sup>.

Verifica-se que o processo participativo<sup>13</sup> consagra outras garantias constitucionais, como o princípio da igualdade, ao possibilitar que deficiências técnicas decorrentes da defesa das partes, que impedem o exercício dos seus direitos e a solução de mérito da lide, possam ser corrigidas por iniciativa do juiz.

O poder do juiz de interrogar a parte para esclarecimento de questões de fato e de direito relevantes para a decisão cumpre dupla função no processo alemão e no italiano: (i) a de facilitar a obtenção de elementos de convencimento; e (ii) a de proporcionar uma assistência à parte débil, por meio do suprimento de eventual de uma defesa deficiente. Como isso, melhor defesa para as razões do litigante débil, o que, em última análise, cumpre a técnica do “processo com finalidade social”, e promove aquilo que se costuma qualificar com “paridade real de armas”. (THEODORO JÚNIOR *et al.* 2015, p. 84)

A alteração do novo Código também fulmina a nefasta prática de jurisprudência defensiva, que visa diminuir o acervo processual dos Tribunais, com a inadmissão de recursos por excesso de formalismo. Por outro lado, fortalece o princípio do contraditório, não como uma mera garantia formal de informação e possibilidade de reação contra o julgamento de decisões, mas como uma garantia substancial de participação efetiva das partes, concomitantemente com o juiz, na construção dos provimentos jurisdicionais e na solução de mérito do conflito. Do mesmo modo, expressou o legislador no texto legal a adoção do princípio da primazia da análise do mérito.

### **3 Pressupostos de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil**

Para a apresentação das modificações nos pressupostos de admissibilidade do recurso no novo Código de Processo Civil, será utilizada a classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira, que divide os pressupostos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos. Do mesmo modo, Nery Júnior e Nery consideram a decisão judicial, que é objeto do recurso, para nominar os pressupostos de admissibilidade do recurso.

[...] os pressupostos intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada. Para serem aferidos, leva-se em consideração o

---

<sup>12</sup> Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

<sup>13</sup> Expressão adotada por Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron para denominar o princípio da cooperação/colaboração estabelecido no artigo 6º do novo Código de Processo Civil.

conteúdo e a forma da decisão impugnada. De tal modo que, para proferir-se o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado. São eles o cabimento, a legitimação para recorrer e o interesse em recorrer. Os pressupostos extrínsecos respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a ela supervenientes. Deles fazem parte a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo (NERY JUNIOR, NERY, 2007, p. 273-274).

Assim, verifica-se que os pressupostos intrínsecos consistem no cabimento, na legitimidade e no interesse em recorrer, e os pressupostos extrínsecos, na tempestividade, no preparo e na inexistência de fatos extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.

O cabimento é a relação de adequação entre uma decisão recorrível e o recurso que a lei aponte como próprio para impugná-la. As espécies de recursos cabíveis no novo Código de Processo Civil constam do rol do artigo 994<sup>14</sup>.

Não há recurso que não tenha sido previsto em lei. O rol legal é taxativo, *numerus clausus*. Além disso, cada um serve para determinada situação. Contra sentença cabe apelação; contra decisões interlocutórias, agravo; contra decisões omissas, contraditórias e obscuras, embargos de declaração, e assim por diante. Cada recurso é típico e adequado para certas circunstâncias (GONÇALVES, 2015, p. 60-61).

Desse modo, verifica-se, em comparação ao Código de Buzaid, que o legislador excluiu das espécies recursais o recurso de agravo retido e os embargos infringentes.

As decisões judiciais passíveis de questionamento por agravo retido passaram a ser impugnadas nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação<sup>15</sup>, flexibilizando, o legislador, o sistema de preclusão rígida do Código anterior, que exigia a interposição de recurso a cada decisão prolatada, sob pena de não poder discutir mais a matéria decidida.

O modelo adotado pelo legislador, consistente na possibilidade de impugnar todas as questões decididas no curso do processo, somente no recurso de apelação não contribui para efetividade do processo. Constata-se a possibilidade da opção trazer tumulto à marcha do processo, provocando o retorno dos autos para primeira instância após a análise da apelação, para correção de vícios que somente foram apontados no recurso contra sentença, podendo, inclusive, eventual litigante agir com malícia para

---

<sup>14</sup> CPC/2015. Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

<sup>15</sup> CPC/2015. Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas. [...]

poder procrastinar a prestação jurisdicional, vez que, diante de um ato processual viciado, ficará silente para o seu apontamento ao final da tramitação em primeira instância, nas razões ou contrarrazões de apelação, provocando enormes danos para a prestação jurisdicional.

Entretanto, permaneceu no novo Código a possibilidade de utilização do recurso de agravo de instrumento para questionamento das decisões interlocutórias previstas no artigo 1.015, que retratam decisões que não podem aguardar o advento da sentença para o seu reexame. Nesse ponto, não houve alteração do sistema de preclusão, sendo que a ausência de utilização do recurso de agravo de instrumento no momento oportuno impede a rediscussão da matéria tratada na decisão.

As decisões que não permitem o questionamento quando da utilização do recurso de apelação, impondo a necessidade de interposição de recurso de agravo de instrumento, sob pena de preclusão, estão elencadas no artigo 1.015 do novo *Codex*<sup>16</sup>, optando o legislador por um modelo casuístico, com hipóteses taxativas de utilização do recurso.

Ressalta-se que esse modelo casuístico não constava da redação original do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas, instituída para elaborar o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

As críticas ao modelo estabelecido pelo recurso de agravo de instrumento no novo Código são oriundas, inclusive, de membros que participaram da elaboração do novo Código de Processo Civil:

ademais, já se teve oportunidade de demonstrar os riscos da opção casuística, desde o anteprojeto, diante da percepção de que a mudança proposta não traria quase nenhuma diminuição do atual número desses recursos em trâmite e poderá gerar idas e vindas para as interlocutórias de reanálise diferida junto à apelação, em face da supressão no Senado da figura do protesto (para aquelas decisões que não caberiam o recurso em sua modalidade de instrumento), técnica prevista na redação final do projeto no CPC da Câmara dos Deputados. (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 32)

O legislador, em outras tentativas de diminuir a utilização do recurso de agravo de instrumento, realizada através das reformas promovidas no Código de Buzaid, pelas Leis 10.352/2001 e 11.187/2005, não conseguiu trazer resultados concretos e efetivos para a prestação jurisdicional. Conforme já apontava Wambier (2006, p. 86), “a

---

<sup>16</sup> CPC/2015. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

solução estabelecida pela Lei 10.352/2001 não conduziu a resultados satisfatórios, já que a decisão que determinava a conversão do agravo de instrumento em retido era recorrível". Do mesmo modo, no que tange a Lei 11.187/2005, mencionava a doutrinadora que "se é certo que a intenção do legislador é a de reduzir, significativamente, os casos em que o agravo deve seguir o regime de instrumento, a solução normativa não deve ensejar resultados absurdos ou contraproducentes" (WAMBIER, 2006, p. 458).

Ignorou, ainda, o legislador, estudo realizado pela Universidade Federal da Bahia e pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, nos respectivos Tribunais Estaduais, com a participação de diversos professores, entre eles, Miracy Gustin, Fernando Jayme, Dierle Nunes, Fredie Didier Júnior, que, em 2013, apontavam que as hipóteses taxativas para o agravo de instrumento em nada contribuiria para simplificação e aceleração do procedimento. Vejamos:

a dicotomia entre os dois modelos, o vigente e o do Projeto, no que tange à recorribilidade ou irrecorribilidade das decisões interlocutórias, é apenas aparente. Pois, à luz dos dados estatísticos levantados perante o TJ-BA, constata-se, com relativa clareza, que as hipóteses de irrecorribilidade do Projeto representam pouco menos de 12% dos agravos de instrumento interpostos naquele Tribunal. Ou seja, como serão mantidas as hipóteses de cabimento relativas à urgência, à execução civil, dentre outras previstas em lei, a inovação legislativa constante do NCPC vai alterar muito pouco a quantidade de recursos de agravo de instrumento existentes no TJ-BA.

[...]

Tendo em vista os resultados da pesquisa, a inovação proposta poderá trazer mais problemas do que soluções, sobretudo por não se harmonizar com a própria sistemática do NCPC. Isso porque, no particular, o Projeto distancia o sistema recursal de impugnação das interlocutórias da lógica que regerá o processo de conhecimento (BRASIL, 2013).

Nesse cenário, não andou bem o legislador ao criar um sistema casuístico para o recurso de agravo de instrumento, cujas hipóteses de irrecorribilidade produzirão impactos inexpressivos na celeridade da tramitação do feito e, ainda, privilegiando um sistema mitigado de preclusão das decisórias interlocutórias, que permitirá uma ampla revisão destas no recurso de apelação, tornando complexo o processamento do recurso contra sentença e abrindo margem para retorno dos autos a primeira instância para correção de vícios identificados durante a tramitação em primeira instância.

No que tange aos embargos infringentes, sua supressão decorreu da implementação de uma técnica de julgamento, que prevê o prosseguimento do julgamento, com a ampliação do número de julgadores, toda vez que o resultado do julgamento da apelação for não unânime, podendo, eventualmente, ocorrer sua utilização na ação rescisória que rescindir a coisa julgada e no agravo de instrumento que questionar decisão de mérito<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> CPC/2015. Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente

Mais uma vez, foi desatento o legislador, uma vez que, no regime processual vigente, a utilização dos embargos infringentes ficava restrita quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito ou houvesse julgado procedente a ação rescisória<sup>18</sup>.

A exclusão do recurso de embargos infringentes no novo Código e a inclusão da nova técnica de julgamento de recursos permitiram que todos os acórdãos de julgamento do recurso de apelação, não unânimes, independentemente de reforma de decisão mérito, ensejem, automaticamente, uma nova apreciação pelo Tribunal, com a ampliação do número de julgadores. Sem contar, a possibilidade da técnica de incidir também em acórdãos de julgamento de agravos de instrumento, que apreciem parcialmente o mérito.

Assim, a alteração, ao invés de eliminar a complexidade e a morosidade do sistema recursal, fez com que o tempo de tramitação do recurso de apelação no Tribunal fosse aumentado e o seu julgamento estendido toda vez que ele fosse não unânime.

A alteração não passou despercebida pela crítica doutrinária de Lanes (2015, p. 2102):

vê-se retrocesso, pois de certo modo, foi em parte desenterrado o antigo art. 530, legitimador dos embargos infringentes quando detectado julgamento não unânime em apelação e em ação rescisória, ou seja, aquele anterior às sensíveis modificações que advieram pela Lei 10.352/2001. Agora, como antes da indicada lei, os dois votos contrários ao entendimento minoritário, não necessitam estar reformando a decisão meritória de primeiro grau, para que assim seja desafiada a presença de outros julgadores que permitam a reversão do resultado que ficou suspenso.

Do mesmo modo, também manifestou a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação de Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA, que expediram ofício à Presidente da República, pugnando pelo veto de vários artigos do novo Código de Processo Civil,

---

para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; II - da remessa necessária; III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

<sup>18</sup> CPC/1973. Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

entre eles, o artigo 942 que trata da técnica de julgamento de apelações não resolvidas por unanimidade (SOUSA; DELFINO, 2015).

A legitimidade para recorrer consiste na identificação dos sujeitos que podem utilizar dos recursos no ordenamento jurídico. Nesse aspecto, o novo Código não promoveu qualquer alteração, podendo interpor recurso as partes, o Ministério Público, na condição de parte ou fiscal da lei, e o terceiro prejudicado. Entretanto, aperfeiçoou a redação referente ao terceiro prejudicado

em sintonia com o próprio sistema processual que condiciona o interesse jurídico como fundamental para se intervir em uma relação jurídica processual [...] estendendo-a a hipóteses não somente relativas a um terceiro prejudicado como titular do direito, como também a um possível substituto processual do referido “terceiro prejudicado” apto a participar da demanda enquanto tal, conforme se observa em situações triviais – v.g., sindicatos, partidos políticos etc. (GAIO JUNIOR, 2014, p. 210)

O mesmo ocorreu no interesse em recorrer, que não passou por qualquer inovação, ficando configurado quando o legitimado tenha sofrido uma sucumbência no processo, seja ela formal ou material.

Alterações significativas foram providas no pressuposto de tempestividade, iniciando pela unificação dos prazos das espécies recursais, para o prazo de 15 dias<sup>19</sup>. A exceção está reservada aos embargos de declaração, cujo prazo permaneceu em cinco dias<sup>20</sup>.

O prazo em dobro para recorrer, antes previsto no Código de Processo Civil somente para o Ministério Público, para a Fazenda Pública e para os litisconsortes representados por diferentes procuradores, foi também regulamentado para Defensoria Pública e escritórios de prática jurídica de instituições de ensino<sup>21</sup>.

Ocorre que tais benefícios não coadunam com a promessa de prestar a atividade jurisdicional em um prazo razoável, conforme crítica de Meireles (2012, p. 205):

observem a contradição. Para se assegurar a duração razoável do processo, a lei prevê que o particular litigante se manifeste nos autos num prazo razoável (de 15 dias para contestar, por exemplo). Contudo, contraditoriamente, de quem mais se exige a realização de atos para celeridade processual, a lei concede o prazo em dobro em relação aquele assegurado ao particular. Ora, na realidade, fosse para se conceder prazos distintos, ao particular deveria ser assegurado maior prazo em

---

<sup>19</sup> CPC/2015. Art. 1.003. [...] § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

<sup>20</sup> CPC/2015. Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

<sup>21</sup> CPC/2015. Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. [...] § 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

relação aquele concedido ao Poder Público. Isso porque ao Estado (Fazenda Pública) cumpre agir de forma a não retardar a prestação jurisdicional, mesmo nos atos praticados enquanto parte no processo.

Em relação ao prazo em dobro concedido ao particular assistido pela Defensoria Pública, a crítica é de violação ao princípio da igualdade.

Esse dispositivo em comento, antes mesmo de se violar a cláusula da duração razoável do processo, infringe o princípio da igualdade. Isso porque concede a um particular assistido pela Defensoria Pública o direito de se manifestar em prazo diverso daquele que é concedido ao particular que é patrocinado por advogado privado (MEIRELES, 2012, p. 209).

É inegável que, nos dias atuais, não se afigura mais justificável adoção pelo legislador de benefícios para a atuação do Ministério Público, da Fazenda Pública, da Defensoria Pública e dos escritórios de prática jurídica, sendo que a prática de concessão de prazos em dobro para manifestação, inclusive para recorrer, constitui uma nítida violação ao princípio da razoável duração do processo e ao princípio da igualdade, que deveria ter sido corrigida pelo legislador, especialmente por se tratar de um Código que foi elaborado com a finalidade de simplificação, de celeridade e de efetividade.

O legislador estabeleceu ressalva ao prazo em dobro quando trouxe disposição no sentido de que quando a lei estabelecer prazo próprio, de forma expressa, desaparece a prerrogativa do prazo em dobro concedida ao Ministério Público, à Fazenda Pública, à Defensoria Pública e aos escritórios de prática jurídica de instituições de ensino<sup>22</sup>.

A título de exemplo da incidência da ressalva do prazo em dobro, podemos citar o artigo 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>23</sup>, que estabelece o prazo de dez dias para apresentação de qualquer recurso, com exceção dos embargos de declaração. Por se tratar de prazo expresso e próprio para o Ministério Público e para defesa, desaparece o benefício do prazo em dobro.

Ainda no pressuposto de tempestividade, o recurso prematuro, vedado pela jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça<sup>24</sup>, passou a ser admitido pelo novo Código<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CPC/2015. Art. 180. [...]§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público. Art. 183. [...] § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. Art. 186. [...] § 4º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública.

<sup>23</sup> ECA. Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações: [...] II - em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração, o prazo para o Ministério Público e para a defesa será sempre de 10 (dez) dias; (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012)

<sup>24</sup> Súmula 418. É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

O recorrente continua com o dever de realizar o preparo – pagamento das despesas com o processamento dos recursos – no ato da interposição do recurso, sendo possível sua complementação quando for insuficiente o valor ou o recolhimento em dobro, quando ocorrer após a interposição do recurso<sup>26</sup>. A ausência de preparo leva à aplicação da pena de deserção.

Ademais, são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios e pelas respectivas autarquias e pelos que gozam de isenção legal.

No pressuposto denominado regularidade formal, houve mudança em decorrência da extinção do agravo retido de forma oral. Agora, sem exceção, todos os recursos são apresentados por petição (forma escrita) e acompanhados das razões fundamentadas para reforma (motivação) da decisão impugnada.

Os fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer consistentes na renúncia, na aquiescência ou na desistência do recurso são considerados pela doutrina como pressupostos negativos, que não podem ser identificados antes ou durante o processamento do recurso, pois impediram o reexame da matéria. A renúncia e a aquiescência são fatos extintivos do direito de recorrer. A desistência é um fato impeditivo do direito de recorrer.

O legislador adequou a legislação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de continuar permitindo a desistência de recursos. Entretanto, a desistência do recurso não impedirá a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> CPC/2015. Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. [...] § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

<sup>26</sup> CPC/2015. Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. § 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos. § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. § 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º. § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo. § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

<sup>27</sup> CPC/2015. Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Uma questão tormentosa que o legislador perdeu a oportunidade de resolver o impasse foi quanto à possibilidade de desistência e de renúncia pelo Ministério Público.

Para Leonel (2011, p. 399), sustentando estar amparado por José Carlos Barboza Moreira e Hugro Nigro Mazzili, não existe qualquer óbice para a desistência ou renúncia por parte do Ministério Público.

No sistema coletivo, a legitimação é concorrente e disjuntiva, não sendo o Ministério Público o único legitimado, podendo inclusive desistir da própria ação. Se pode desistir até da demanda, não há razão para que não possa desistir do recurso interposto, ou renunciar ao direito de recorrer.

Por outro lado, Zavascki (2011, p. 141-142), amparado por Galeno Lacerda, Antônio Augusto de Melo de Camargo Ferraz, Édis Milaré, Voltaire de Lima Moraes, Ernandes Fidélis dos Santos e Hely Lopes Meirelles, destaca entendimento no sentido de não ser possível a desistência pelo Ministério Público.

Relativamente ao Ministério Público, não é aceitável o argumento segundo o qual, por não ser vedada em lei, a desistência estaria permitida. Se a proposição vale para o particular, o mesmo não se dá em relação ao Ministério Público, que, como órgão do Estado que é, obedece à regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida. Não bastaria, portanto, ausência de proibição, com corre na atividade dos particulares.

A solução para a questão da desistência no processo deve partir da aplicação analógica do artigo 5º, § 3º, da Lei de Ação Civil Pública<sup>28</sup>, que regulamenta a desistência de ação coletiva, impondo que o Ministério Público assumira a titularidade, na hipótese de desistência imotivada ou de abandono pelo colegitimado. Assim, parece que o legislador optou, *prima facie*, pela impossibilidade de desistência da ação, o que inclui também o recurso, pelo Ministério Público.

Sobre a questão da desistência, manifestam Almeida e Almeida (2012, p. 11-74):

[...] a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, § 3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo órgão do Ministério Público, o juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do chefe da respectiva instituição do Ministério Público.

---

<sup>28</sup> LACP. Art. 5º. [...] § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990).

No que tange à renúncia do direito de recorrer pelo Ministério Público, verifica-se também sua impossibilidade. Por ser sua legitimação extraordinária, portanto, não poderia renunciar direito que não lhe pertence.

#### **4 Conclusão**

O novo sistema recursal estabelecido pelo novo Código de Processo Civil, especialmente no que tange às regras de admissibilidade, está voltado para ser um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, vez que construído sob a égide de valores constitucionais que buscam a construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

As falhas do novo Código apontadas neste trabalho não são suficientes para comprometer a evolução trazida pela nova legislação no instrumento de efetivação de direitos individuais e coletivos.

O Estado Democrático e Social de Direito foi beneficiado com o reforço legislativo que impõe a necessidade de participação de todos os sujeitos do processo na construção de normas jurídicas para o caso concreto.

A eliminação de formalismos excessivos que impediam o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição contribuiu para que o novo Código alcançasse um dos seus objetivos, o de simplificação e de solução de problemas do sistema recursal que impediam o cidadão de acesso aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Contudo, o sucesso do novo Código dependerá da sensibilidade dos profissionais do direito na compreensão das novas bases científicas do processo estabelecidas pelo legislador, que rompeu dogmas do modelo anterior, no sentido de buscar uma prestação jurisdicional em tempo razoável, justa e efetiva.

#### **Referências**

ALMEIDA, Gregorio Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. O Direito Processual Coletivo e a Proposta de Reforma do Sistema das Ações Coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil. *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba, v. 2, n. 3, p.11-74, set. 2012. Trimestral.

BRASIL. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. *Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *PLS - Projeto de Lei do Senado nº 414 de 2015*. 2015. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=122069](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=122069)>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Teoria Geral dos Recursos: Breve Análise e Atualizações à Luz do PL 8.046/2010. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 228, n. 1, p.207-237, fevereiro 2014. Mensal.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios Gonçalves. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 2 v.

LANES, Julio Cesar Goulart. Da ordem dos processos no tribunal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2102-2107.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELES, Edilton. Duração razoável do processo e os prazos processuais no projeto do Código de Processo Civil. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 207, n. 1, p.199-212, maio 2012. Mensal.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Da apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2235-2248.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 3 v.

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. *As associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em Jogo?* 2015. ISSN 2446-7405. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/as-associacoes-de-magistrados-e-o-veto-do-ncpc-no-tocante-ao-contraditorio-e-ao-dever-de-fundamentacao-o-que-esta-em-jogo-diego-crevelin-de-sousa-e-lucio-delfino/>>. Acesso em: 14 jul. 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e Sitematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## Tutelas jurisdicionais de urgência e evidência à luz do Código de Processo Civil

*Jurisdictional guardianship of urgency and evidence in the light of Civil  
Procedure Code*

---

### **Bianca Dutra Batista**

Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco –  
Fernandópolis-SP.

E-mail: [biancadutra@outlook.com.br](mailto:biancadutra@outlook.com.br)

### **Ailton Nossa Mendonça**

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto, Graduado em Ciências  
Físicas e Biológicas com Habilitação em Matemática pela Fundação Educacional de  
Votuporanga, Especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio  
Preto, Mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca, Doutorado em Direito  
Empresarial pela Universidade da Estremadura, Cidade de Cáceres - Espanha.

**Resumo:** Pela proposição da analisada legislação pertinente e no entendimento doutrinário sobre as tutelas jurisdicionais, pode-se verificar que as tutelas provisórias se subdividem em tutela de urgência e tutela de evidência. Porquanto, a tutela de urgência é gênero e possui como espécies a tutela antecipada e a cautelar. Os dispositivos legais das referidas tutelas estão dispostos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, do Código de Processo Civil, especificamente no Livro V. Serão abordadas as descrições de cada tipo de tutela, bem como o procedimento jurisdicional, realçando a importância de cada uma e aproximando todas as medidas quanto ao seu objetivo em comum que, através da moderna Lei Processual Civil, visa a um processo efetivo, justo, tempestivo e adequado para que a nova concepção processual transforme o mecanismo do Poder Judiciário em uma prestação jurisdicional de forma mais simples e eficiente.

**Palavras-chave:** Tutelas provisórias. Tutela de urgência. Tutela antecipada e cautelar. Tutela de evidência. Procedimentos.

**Abstract:** By proposing the analyzed relevant legislation and in the doctrinal understanding on the jurisdictional guardianships, it can be verified that the provisional tutelages are subdivided into guardianship of urgency and guardianship of evidence. Because the guardianship of urgency is gender and has as species the guardianship anticipated and precautionary. The legal provisions of the aforementioned guardianships are laid out in Law No. 13,105, dated March 16, 2015, of the Civil Procedure Code, specifically in Book V. The descriptions of each type of guardianship, as well as the judicial procedure, will be addressed, emphasizing the importance of each one and approaching all the measures regarding their common objective that through the modern Civil Procedural Law, aims at an effective, fair, timely and appropriate process so that the new procedural conception transforms the mechanism of the judiciary into jurisdictional provision in a simpler and more efficient way.

**Keywords:** Temporary Guardianship. Emergency Protection. Early and Injunctive Relief. Trusteeship Evidence. Procedures.

---

## 1 Introdução

Em busca de uma melhor convivência social, foram criadas as normas para que o comportamento humano seja restrito à legalidade. Dessa forma, surgiram as leis que disciplinam o ramo do Direito.

O Direito Processual Civil Brasileiro busca uma efetiva pacificação de conflitos com justiça para que a sociedade possa viver em harmonia. Quando nos deparamos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, estamos diante de inúmeros prejuízos, não só para as partes do litígio, como também para a sociedade em geral.

Nada adianta se o Judiciário não conseguir garantir uma efetiva relação processual, tornando-se ineficientes as medidas judiciais, por tal motivo é que a justiça deve, em tempo razoável, garantir o devido processo legal.

Nesse sentido, leciona Montenegro Filho (2015, p. 8):

na dinâmica forense, verificamos que a entrega da prestação jurisdicional é retardada não apenas pela complexidade procedimental da demanda, como também pelo volume dos serviços judiciais, o que impede o magistrado de pacificar o conflito de interesse no espaço de tempo esperado. A situação examinada nos faz concluir pela necessidade de que o processo seja desburocratizado, que a forma exacerbada seja desprestigiada, que o fim prevaleça em relação ao meio.

Afinal, o Direito não é apenas baseado na aplicação das leis, visto que os homens são de suma importância para a devida aplicação prática, buscando a eliminação dos conflitos de interesses.

A nova sistemática processual civil brasileira busca a efetivação do alcance dos princípios, direitos e garantias fundamentais expressamente já previstos na Constituição Federal Brasileira, visando à pacificação de conflitos sociais, com a real aplicação dos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas, devido processo legal e economia processual.

Especificamente, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, demonstrando a importância da aplicabilidade da tutela preventiva e da apreciação jurisdicional, garantindo, assim, a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição.

Assim, visando a todas essas garantias é que a lei processual, por meio da tutela provisória, que é gênero, pode fundamentar-se nas espécies de urgência e evidência, sendo a primeira dividida em acautelatórias ou satisfativas, proporcionando uma nova sistemática protetiva, em um tempo justo, àqueles que necessitam, em garantia do não perecimento do Direito.

A tutela de urgência busca, primeiramente, afastar o *periculum in mora*, evitando, assim, um prejuízo grave ou de difícil reparação, possuindo, como espécies, as medidas da antecipação de tutela, de forma satisfativa, e as medidas cautelares, para afastar o risco de inutilidade do processo, ao passo que a tutela de evidência é deferida desde que fique demonstrada a certeza de um direito.

## 2 Tutela de urgência

A tutela de urgência possui como fundamento principal a existência concreta de uma emergência a ser analisada, desde que demonstrada na relação processual “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, conforme a norma processual civil estabelece em seu artigo 300, buscando, assim, a proteção de um direito material.

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Montenegro Filho (2015, p. 09): “[...] o autor não pode conviver com a demora do processo, sob pena de suportar prejuízo grave ou de difícil reparação, o que justifica o posicionamento do magistrado a respeito de determinada questão do processo antes da sentença”.

A decisão crítica deve estar devidamente comprovada, bem como o risco de que a decisão final possa ser ineficaz, alterada ou agravada, portanto, é de suma importância a presença dos requisitos do *periculum in mora*<sup>1</sup> e do *fumus boni iuris*<sup>2</sup>, tanto para a concessão da tutela satisfativa quanto a cautelar, devendo estar presentes ambos os requisitos no mesmo caso a ser analisado. Assim, poderá o magistrado decidir algo imprescindível antes da sentença, ou seja, no curso do processo.

É importante ressaltar que a tutela de urgência possui caráter provisório, podendo o magistrado, de acordo com o seu livre convencimento e com as provas produzidas no curso da instrução processual, modificar a tutela deferida anteriormente ao prolatar a sentença judicial.

Para melhor análise do juízo, a referida tutela apenas deve ser deferida após se ter a convicção da necessidade de sua urgência, por tal motivo a concessão pode ser dada em caráter liminar, quando for certa a sua necessidade ou após justificação prévia, quando a parte requerente comprovar em audiência a efetiva emergência.

Deverá o requerente beneficiado com a tutela de urgência em determinados casos indenizar a parte contrária, devendo o procedimento de indenização ocorrer nos mesmos autos, caso ocorram prejuízos com a efetivação da tutela, estabelecendo a norma processual civil casos específicos em seu artigo 302 que dispõe:

independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

---

<sup>1</sup> *Periculum in mora* (perigo da demora): expressão latina que define o risco da demora, assim, deverá o magistrado conceder o pedido, mesmo que em caráter provisório, visto que a decisão tardia pode gerar um prejuízo irreparável para a parte.

<sup>2</sup> *Fumus boni iuris* (fumaça do bom direito): expressão latina que trata da concessão do pedido requerido, ainda que em caráter provisório, desde que o magistrado verifique que o requerente possui aparentemente o direito daquilo que está postulando.

Portanto, o juiz concederá a tutela provisória de urgência após a análise do caso concreto e verificada a presença dos requisitos necessários à sua concessão.

### 2.1 *Tutela antecipada*

A tutela antecipatória, que é uma espécie da tutela de urgência, possui natureza satisfativa. Por meio dela, o juiz profere decisão interlocutória no curso do processo, buscando a antecipação dos efeitos que só seriam alcançados com a sentença.

Disciplina Didier Júnior (2015, p. 567) que “a tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida”.

No mesmo sentido, também ficou estabelecido no Enunciado nº 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva”.

Pode-se afirmar que a tutela antecipada é a satisfação daquilo que seria concedido definitivamente ao final do processo, portanto, é uma medida que busca satisfazer um direito já demonstrado até que se chegue à tutela definitiva. Cabe ao juiz decidir quanto à concessão, revogação ou modificação dessa tutela, de acordo com os termos estabelecidos na lei processual civil.

Outrossim, quando os efeitos da concessão da tutela antecipada forem irrecuperáveis, esta não poderá ser deferida. Porém, uma tutela jurisdicional indeferida pode causar danos enormes, mesmo que o efeito da decisão seja irreversível, como no caso em que precisa ser feita uma transfusão de sangue em uma criança menor de idade, mas um dos pais não autoriza, assim, mesmo diante da irreversibilidade, a tutela de urgência deverá ser concedida.

Destarte, de acordo com os enunciados aprovados no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados, diz o Enunciado nº 25: “a vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF)”.

Quanto à decisão final de improcedência da ação, diz o Enunciado nº 140 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que: “a decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada”.

Por fim, não se deve confundir tutela antecipada com o julgamento antecipado da lide, pois este se destina a acelerar o resultado do processo e está ligado à suficiência do conjunto probatório que possibilita o julgamento definitivo do litígio, seja pela desnecessidade de prova oral em audiência ou porque a controvérsia envolve apenas matéria de direito ou em razão da revelia. Portanto, a tutela antecipada não interfere no julgamento definitivo da lide, apenas permite a antecipação imediata dos efeitos da sentença.

## 2.2 Tutela cautelar

A tutela cautelar não possui cunho satisfativo, sendo apenas utilizada para assegurar provisoriamente aquilo que se busca efetivar, portanto, possui cunho preventivo, ou seja, busca a segurança final do provimento definitivo. É importante ressaltar que os requisitos para a concessão da tutela antecipada e cautelar são os mesmos.

Segundo Didier Júnior (2015, p. 562), a tutela cautelar pode ser conceituada como a que “não visa à satisfação de um direito (ressalvada, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o”.

Porquanto, a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada, desde que presentes os requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, mediante o rol exemplificativo a seguir, o qual está disposto no artigo 301 do Código de Processo Civil: “[...] arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

Para definirmos tais medidas, podemos afirmar que o arresto é a apreensão judicial de bens para garantir uma futura execução por quantia, ao passo que o sequestro trata-se da apreensão de coisa individualizada e determinada, sobre a qual pende um litígio, visando assegurar sua entrega ao vencedor, portanto, é uma execução de entrega de coisa.

Já o arrolamento consiste na descrição e indicação de bens, buscando evitar sua dissipação durante o processo. E, por fim, o protesto contra alienação de bens que visa tornar inequívoco que o autor esteja em desacordo com a alienação de bens de outrem, alegando ter algum tipo de direito ou preferência. Por fim, complementa Montenegro Filho (2015, p. 315-316):

[...] é importante destacar que, em qualquer caso, o que fundamenta a concessão da tutela provisória que analisamos é o poder geral de cautela, não mais se exigindo o preenchimento de requisitos específicos, como a prova literal da dívida líquida e certa, como condição para o deferimento da medida liminar de arresto, a demonstração do fundado receio de extravio ou de dissipação de bens, como condição para a concessão da medida liminar de arrolamento de bens, apenas para exemplificar.

## 3 Tutela de evidência

A tutela de evidência será concedida provisoriamente desde que esteja manifestamente óbvio e aparente o conflito em questão, pelas provas apresentadas em juízo, não exigindo a presença do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, pois neste caso o direito da parte autora está realmente demonstrado pela sua existência, sendo injusto proteger a parte requerida em seu detrimento, tendo em vista a morosidade de um processo.

Nos dizeres de Didier Júnior (2015, p. 617), “uma técnica processual, que diferencia o procedimento em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo”.

Dispõe o artigo 301 do Código de Processo Civil:

a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

No caso do inciso I do referido artigo em tela, podemos exemplificar quando o réu usa de meios para atrasar os atos processuais, configurando-se uma defesa abusiva e inadequada, o que de fato prejudicará a própria parte requerida caso fique realmente demonstrado o abuso em questão, porém a concessão da tutela de evidência no presente caso só poderá ser dada após a apresentação de defesa do réu.

Já nos incisos II, poderá o juiz decidir liminarmente, ou seja, no início do processo, antes da contestação apresentada pelo réu. Do mesmo modo discorre o enunciado aprovado nº 30 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados:

é possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.

Bem assim o enunciado aprovado nº 31: “a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”.

Poderá o juiz também decidir liminarmente na ocasião do inciso III, conforme está expresso no enunciado aprovado nº 29 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados: “para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora”.

Em relação ao inciso IV, deverá a parte autora apresentar prova idônea dos fatos alegados, bem como que o réu não apresente prova capaz de gerar dúvida. Nesse caso, a concessão da tutela apenas poderá ser deferida após a apresentação da defesa pelo réu.

É importante ressaltar que não se deve confundir a concessão da tutela de evidência com o julgamento antecipado da lide, pois aquela possui uma decisão revogável e provisória, diferente deste em que será feito o julgamento antecipado

definitivo em razão de as provas dos autos serem suficientes para a prolação da sentença ou no caso da revelia.

Por fim, o recurso adequado quando ocorrer a concessão ou o indeferimento da tutela de evidência é o agravo de instrumento, visto que se trata de uma decisão de natureza interlocutória, devendo o recurso ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 1015, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

#### *4 Procedimento geral das tutelas provisórias*

As tutelas provisórias, em geral, poderão ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, observando-se que a tutela provisória concedida em caráter incidental, ou seja, no próprio curso do processo, não necessita do recolhimento das custas processuais.

Assim dispõe o Enunciado nº 29 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “a decisão que condicionar a apreciação da tutela antecipada incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento”.

Diz provisória, pois as decisões, tanto antecipada quanto acautelatória, podem ser revogadas ou modificadas após o aprofundamento cognitivo do magistrado, porém, após ser deferida sua eficácia, será conservada em todo curso processual.

Destarte, a decisão de deferimento da tutela antecipada ou cautelar possui natureza de decisão interlocutória, cabendo recurso dessa decisão na modalidade de agravo de instrumento que, por sinal, não possui efeito suspensivo. Dessa forma, enquanto não houver o julgamento do referido recurso ou não lhe for concedido o efeito suspensivo, a tutela concedida continuará produzindo seus efeitos.

Em caso de sentença procedente, havendo a concessão da tutela provisória no curso do processo, enquanto não for julgado o recurso cabível de apelação, os efeitos da tutela ainda continuarão a produzir seus efeitos, visto que o recurso de apelação não possui efeito suspensivo como o do agravo de instrumento.

Ao passo que, se a sentença for improcedente e houver sido concedida a tutela provisória no curso do processo, baseando-se também na não concessão do efeito suspensivo no caso de recurso de apelação, aquilo que se foi provisoriamente deferido deixará de produzir seus efeitos, visto que a decisão final do magistrado foi pela improcedência do pedido, ou seja, em sentido contrário ao concedido na tutela provisória, devendo o juiz constar expressamente na sentença caso queira manter aquilo que se foi tutelado mesmo que a sentença seja prolatada em sentido diverso.

É de suma importância que em todas as decisões do magistrado referentes à tutela provisória sejam devidamente fundamentadas de acordo com o convencimento do juiz, nos casos em que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela apreciada.

Assim também prevê a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX:

---

<sup>3</sup>Artigo 1.015, CPC: Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias.

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Em caso de suspensão do processo, a tutela provisória terá sua eficácia conservada, salvo se houver decisão judicial em contrário.

Apresenta no mesmo sentido o enunciado aprovado nº 26 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados:

caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.

Quanto à execução das tutelas provisórias, poderá o juiz determinar as medidas que entender necessárias, observando-se, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença.

Importante ressaltar que o título da execução é provisório, podendo ser modificado, porém a execução será processada como se definitiva fosse. Além disso, a forma a ser procedida na execução dependerá da natureza da obrigação, como, por exemplo, a obrigação de pagar, de fazer ou não fazer, devendo a aplicabilidade do cumprimento provisório ser nos moldes estabelecidos pelo magistrado, de acordo com os meios necessários para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, será o juiz responsável pela devida aplicabilidade da tutela provisória concedida. Caso a tutela seja de urgência, poderá o juiz, de acordo com o caso concreto, exigir caução real ou fidejussória<sup>4</sup> idônea em razão de possíveis danos que poderão acarretar a parte contrária, ao passo que a caução também poderá ser dispensada se ficar comprovado que a parte é economicamente hipossuficiente e não poderá oferecê-la.

Portanto, nesta hipótese, busca-se a melhor forma para se proceder à execução da tutela provisória sem que ocasione alguma perda ou dano para a parte requerida. Estamos diante de uma contracautela, de modo que, sempre que houver risco, poderá ser determinada a exigência de caução.

Em relação à competência do juízo para se decidir a tutela provisória incidental, tanto para a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) quanto para a de evidência, deverá ser requerida ao juízo da causa.

No tocante às ações de competência originária de tribunal e nos recursos, as espécies de tutelas provisórias deverão ser requeridas ao órgão que possuir competência para a apreciação do mérito da causa, exceto em caso de disposição especial.

---

<sup>4</sup> Caução Real ou Fidejussória: a primeira será quando a garantia dada para assegurar uma obrigação se tratar de um bem móvel ou imóvel, ao passo que a segunda será quando a garantia dada for pessoal.

#### 4.1 Tutela antecipada concedida em caráter antecedente

Trata-se de um procedimento para requerer a tutela satisfativa em caráter antecedente.

A petição inicial para o requerimento de ambas as tutelas, antecipada e cautelar, deverá ser de forma simplificada, limitando-se nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil: “[...] a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”, devendo estar devidamente demonstrados os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Ainda, deverá constar, na petição, o valor da causa, baseando-se no pedido da tutela final pretendida e, assim, não sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, imediatamente deve recolher as custas processuais.

É importante que o autor, na petição inicial, expresse claramente a urgência de seu pedido, ou seja, o motivo pelo qual requer a tutela antecipada.

A petição inicial antecedente poderá ser emendada, caso o juiz entenda que não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada, estabelecendo o prazo de 05 (cinco) dias para o autor providenciar a emenda, corrigindo eventual defeito na petição, ou providenciar a juntada de um documento essencial para o deferimento da tutela. Porém, se o autor não providenciar a emenda no prazo estabelecido, a petição inicial será indeferida, com a consequente extinção do processo sem o julgamento do mérito.

Após o pedido constante na petição inicial ser deferido, deverá o autor, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior, aditá-la, complementando sua argumentação, bem como realizar a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

No aditamento da petição inicial não poderá o autor modificar seu pedido, possibilitando a lei apenas a sua confirmação, sendo os novos documentos juntados também para confirmar a importância e urgência de seu pedido, além de o autor poder indicar novas provas que pretende produzir futuramente.

O aditamento ocorrerá nos mesmos autos em que foi proposto o pedido antecedente, não necessitando do recolhimento de custas processuais, visto que já foram recolhidas anteriormente tendo como base o valor do pedido final.

Em seguida, será providenciada a citação e intimação do réu para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, bem como na citação tomará conhecimento da tutela antecipada em caráter antecedente que foi deferida em benefício do autor e, se não houver conciliação, será iniciado o prazo de 15 (quinze) dias para o réu apresentar sua contestação a partir da audiência.

Da decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, por se tratar de natureza de decisão interlocutória, caberá recurso de agravo de instrumento.

Após ser deferida a tutela antecipada e o autor providenciar seu aditamento, a ação seguirá pelo procedimento comum e, caso o autor não providenciar o aditamento,

o processo será extinto sem resolução de mérito, sendo encerrada a eficácia da tutela concedida.

Ainda se tratando da tutela antecipada, sendo esta concedida em caráter antecedente e da decisão não sendo interposto o recurso cabível, a tutela antecipada será estabilizada. Assim, ficando demonstrado que as partes concordam com a decisão da tutela, não haverá necessidade de continuação, sendo extinto o processo.

Contudo, é importante salientar que tal dispositivo faz menção apenas à tutela antecipada, não mencionando a estabilização para a tutela cautelar, podendo-se concluir que a tutela cautelar é a adoção de uma providência temporária, sendo eficaz apenas até o momento em que a parte tenha satisfeito seu pedido principal, assim, não poderão os efeitos cautelares ser estabilizados.

Também no mesmo dispositivo, entende-se que a tutela de evidência, mesmo que não expressamente definida em lei a sua estabilização, será possível essa possibilidade, bem como se entende possível a estabilização de tutela antecipada requerida incidentalmente.

Em relação à possibilidade da interposição de recurso, ficou convencionado no enunciado aprovado nº 28 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados que, “admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso”.

Assim, a ausência de recurso contra a decisão que antecipou a tutela satisfativa em favor do autor terá como consequência a estabilização da tutela antecipada, bem como a extinção do processo. No entanto, a lei permite que qualquer das partes pode propor nova ação com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, na qual caberá ao autor da ação anterior, mesmo que seja o réu da nova ação, provar aquilo que foi alegado para a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente.

Porém, uma vez estabilizada, serão conservados os efeitos da tutela antecipada enquanto a mesma não for revista, reformada ou invalidada, através de decisão de mérito em nova ação proposta.

Pode, ainda, o autor da nova ação requerer a tutela antecipada para a suspensão dos efeitos da ação anterior.

Qualquer uma das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que houve a estabilização, para que possa instruir a petição inicial da nova ação, sendo prevento o juiz que concedeu a estabilização da tutela antecipada anteriormente deferida.

Contudo, o prazo decadencial para a propositura da nova ação que pretende rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada é de 02 (dois) anos, contados a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Quanto à estabilização, diz o enunciado aprovado nº 27 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados: “não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015”.

Do mesmo modo também ficou decidido no Enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “não cabe ação rescisória nos casos de

estabilização da tutela antecipada de urgência”, assim, após o prazo estabelecido em lei não será possível a discussão entre as partes quantos aos efeitos da estabilização.

Ocorre que, em sua doutrina, Montenegro Filho (2015, p. 321) menciona posicionamento divergente em relação à possibilidade de ajuizamento da ação rescisória:

contudo, ultrapassado o prazo sem que o direito de ação seja exercitado, a relação de direito material é acobertada pelo manto da coisa julgada, sem que possa ser (re)discutida, ressalvada a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória, fundada em uma das hipóteses listadas no artigo 966.

Dessa forma, nada impede que qualquer uma das partes ingresse com uma nova demanda, discutindo o mesmo bem, porém sem vínculo nenhum com a ação anterior.

Portanto, a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente irá proporcionar ao autor o adiantamento de efeitos do futuro provimento de mérito, possibilitando que o mesmo possa usufruir daquilo que só iria gozar ao final, desde que o pedido seja deferido e sejam esgotados os recursos com efeito suspensivo.

#### 4.2 Tutela cautelar concedida em caráter antecedente

Em se tratado do procedimento da tutela cautelar (conservativa), concedida em caráter antecedente, observa-se que há uma diferenciação desse procedimento com a tutela satisfativa concedida nos mesmos moldes.

A petição inicial deverá indicar, nos termos do artigo 305 do Código de Processo Civil: “a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, além da presença dos requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Ainda, deverá o juiz observar se o pedido possui natureza antecipada e não cautelar, pois, nesse caso, o procedimento a ser adotado será o da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, qual seja, o artigo 303, do Código de Processo Civil, já abordado anteriormente. Nesse sentido,

em atenção aos princípios de instrumentalidade das formas e da fungibilidade, se o autor equivocadamente formula pedido de tutela provisória cautelar, quando deveria ter formulado pedido de tutela provisória antecipada (leia-se: por pretender obter providência satisfativa), o juiz recebe um como se o outro houvesse sido formulado, advertindo o autor a este respeito, sobretudo para que adite a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias, complementando a sua argumentação, juntando novos documentos e para que formule o pedido de tutela final (MONTENEGRO FILHO, 2015, p. 321).

Em seguida, o réu será citado para, em 05 (cinco) dias, contestar o pedido de tutela cautelar e indicar as provas que pretende produzir. Nesse caso, tanto faz se a liminar foi deferida ou indeferida, porém, se a liminar for deferida, o réu receberá o mandado de citação e de intimação dessa decisão.

Se o pedido for contestado pelo réu no prazo legal de 15 (quinze) dias, seguirá o processo de acordo com o procedimento comum. Porém, se o pedido não for contestado, os fatos alegados pelo autor serão aceitos como verdadeiros, ou seja, será decretada a revelia do requerido e, após, o juiz decidirá no prazo de 05 (cinco) dias de acordo com o seu convencimento, uma vez que a revelia não indica o julgamento procedente da ação.

No tocante à não apresentação de defesa pelo réu, “a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, decorrente da não apresentação da defesa pelo réu, é relativa e limitada à tutela provisória cautelar, não produzindo efeitos em relação ao pedido de tutela final” (MONTENEGRO FILHO, 2015, p. 322).

Da decisão interlocutória do magistrado caberá recurso na modalidade de agravo de instrumento, salvo se ficar reconhecida a prescrição ou decadência do direito do autor, sujeitando a sentença.

Sendo executada a medida cautelar requerida pelo autor, deverá o mesmo dar sequência com o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, a partir do momento em que a tutela for efetivada. Porém, se a cautelar for indeferida, nada impede que o autor postule o seu pedido principal, decidindo o magistrado da mesma forma, salvo se for reconhecida a decadência ou prescrição do pedido, pois aqui a decisão será de mérito e faz coisa julgada.

Contudo, o pedido principal ocorrerá nos mesmos autos, sendo desnecessário o recolhimento de novas custas processuais, portanto, não há mais o que se falar em processo autônomo para a tutela cautelar, podendo, ainda, o autor, junto com o pedido principal, aditar a causa de pedir.

Nos dizeres de Montenegro Filho (2015, p. 323), “a permissibilidade para o aditamento da causa de pedir é justificada pelo fato de o réu não ter sido ainda citado, não tendo ocorrido a estabilização da lide”.

Outrossim, pode a parte requerida apresentar duas contestações, sendo uma do pedido cautelar e a outra do pedido principal.

Porém, a atual sistemática permite a faculdade da parte em requerer o pedido principal junto ao pedido cautelar antecedente, assim, deferida a tutela cautelar, não será mais necessário o aditamento da petição inicial.

Se o pedido principal for apresentado posteriormente ao pedido da tutela cautelar, as partes deverão ser intimadas, por meio de seu advogado ou pessoalmente, da designação de audiência de conciliação ou de mediação e, não havendo autocomposição, terá início o prazo para apresentar a contestação.

Uma vez decidido o pedido cautelar, essa decisão não fará coisa julgada material, visto que tal tutela não possui autonomia.

O artigo 309, do Código de Processo Civil, menciona as formas de cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente:

cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Na hipótese mencionada no inciso I do referido artigo, caso o autor não conclua o pedido, não haverá a extinção do processo principal, devendo este prosseguir para a análise de seu pedido. Entretanto, se o autor não providenciar o disposto no inciso II, não será cessada a eficácia se ficar comprovada que a execução da medida não ocorreu por fatos alheios à vontade do autor. Já no inciso III, o pedido principal será julgado improcedente, pois não terá mais sentido a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente.

Ocorrendo alguma das hipóteses do artigo 309 do Código de Processo Civil, a parte não poderá renovar o pedido, apenas em caso de novo fundamento, ou seja, nova causa de pedir.

É importante mencionar que a cessação da eficácia se dá nas tutelas cautelares e antecipadas, e em ambas o autor deverá responder pelo dano processual e pelos prejuízos causados à parte adversa.

Por fim, a tutela cautelar possui como característica essencial a sua instrumentalidade em relação ao pedido principal, desde que demonstrada a urgência da concessão de sua medida.

## 5 Conclusão

Com a nova dinâmica do Código de Processo Civil, estamos diante da unificação das tutelas provisórias, trazendo, assim, vários benefícios que irão certamente contribuir para a celeridade processual, bem como para o acesso universal à justiça, à economia processual e à instrumentalidade das formas.

Como exemplo, pode-se mencionar a tutela de urgência cautelar que não possui mais a necessidade de um processo anterior e autônomo para a concessão da liminar, o que é vantajoso, visto que simplifica e muito a dinâmica processual, principalmente em se tratando de tempo e da celeridade, que é de suma importância para a parte que pretende ter o seu direito resguardado.

Outro aspecto que merece enfoque é quanto à possibilidade de estabilização da tutela antecipada satisfativa concedida em caráter antecedente caso a decisão que a concedeu não seja recorrida.

Ressalta-se, assim, a importância do novo parâmetro processual civil que, a partir da aplicação instantânea do Direito, busca de uma melhor forma a resolução de conflitos, bem como a aplicação dos princípios constitucionais de forma mais efetiva com o escopo de concretizar a garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Desse modo, em razão do princípio da eficiência, o Estado está mais empenhado em aplicar a concessão das medidas preventivas e satisfativas com a finalidade de uma prestação jurisdicional célere, superando a limitação do aspecto temporal do procedimento.

Durante o discorrer do presente artigo, as diferenças e igualdades de cada tipo de tutela foram devidamente explicadas, pois cada medida, seja ela antecipatória, cautelar ou de evidência, possui suas peculiaridades, mesmo que ainda a doutrina e a jurisprudência devam apresentar esclarecimentos sobre alguns aspectos relevantes.

Por fim, espera-se ter alcançado o objetivo pretendido deste artigo, qual seja, a definição das tutelas de urgência, antecipada e cautelar, e a tutela de evidência, bem

como o procedimento específico para cada medida, com enfoque nas tutelas antecipadas e cautelares concedidas em caráter antecedente, sendo ambas uma inovação a Lei Processual Civil.

Portanto, busca-se um resultado prático útil (assecuratório), quando se tratar da espécie de tutela cautelar ou, até mesmo, da antecipação dos efeitos do bem da vida, com a satisfação de seu objetivo, quando da espécie da tutela antecipada, e ao se tratar da espécie de tutela de evidência, quando o requerente tem seguramente razão em sua pretensão, enfim, possibilitando a garantia de resguardar um direito que poderia ser lesionado, caso não houvesse a possibilidade de obtenção de uma resposta célere do Poder Judiciário.

### *Referências*

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Raphael Funchal. Tutela provisória no novo CPC. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4306, 16 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37807>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. *Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados*. Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/15*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Mariana Marques; FERNANDES, Rogério Mendes; MARQUEZ, Daniela de Stefani; SILVA, Ronaldo da Costa. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI>>

2014/9%20TUTELA%20DE%20URG%C3%8ANCIA%20E%20TUTELA%20DE%20EVID%C3%8ANCIA%20NO%20PROJETO%20DO%20NOVO%20C%C3%93DIGO%20DE%20PROCESSO%20CIVIL.pdf>. Acesso em: 13 set. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# Direito fundamental à água potável

*Fundamental right to clean water*

## **Juliana Caixeta de Oliveira**

Advogada. Graduada em Direito pelo UNIPAM. Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pelo UNIPAM.

E-mail: [juliana.caixeta@hotmail.com](mailto:juliana.caixeta@hotmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo delinear algumas características dos direitos fundamentais, abordando suas dimensões e os contextos históricos em que surgiram. Visa, ainda, abordar o direito fundamental à água potável em contraponto com a atual crise hídrica que se espalha por todo o Brasil. A chamada crise hídrica não comporta apenas a falta de abastecimento de água em algumas localidades do país, ela abrange também as enchentes e os alagamentos, bem como outros fatores da natureza. O trabalho ainda pretende alocar o direito fundamental à água potável na sexta dimensão dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito fundamental. Dimensões. Água potável. Crise hídrica.

**Abstract:** This paper aims to outline some characteristics of fundamental rights, addressing their dimensions and the historical contexts in which they arose. It also aims to address the fundamental right to clean water as a counterpoint to the current water crisis that is spreading throughout Brazil. The so-called water crisis does not only mean the lack of water supply in some parts of the country, it also covers floods, as well as other factors of nature. The work also intends to allocate the fundamental right to clean water in the sixth dimension of fundamental rights.

**Keywords:** Fundamental right. Dimensions. Potable water. Hydro crisis.

## **1 Introdução**

Com a evolução do homem, a vida em sociedade passou a ser cada vez mais complexa, exigindo que seus componentes estruturassem o crescimento de forma a não prejudicar ou beneficiar apenas uma determinada parcela dos seus membros. Em razão disso, surgiram diversos conflitos, em que o homem foi forçado a lutar por direitos que até então não havia imaginado que teria.

Os primeiros direitos surgiram a partir da Revolução Francesa, no final do século XVIII, em um cenário de miséria da maioria da população em contraponto com a riqueza e o luxo que a monarquia e o clero ostentavam. A Revolução foi marcada pelos ideais da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade e, no dia 26 de agosto de 1789, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos documentos mais relevantes sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos da atualidade.

Nesse contexto, surgiu a primeira dimensão dos direitos fundamentais voltados à proteção da liberdade, assim amplamente considerada, em que se exigia do Estado uma atuação negativa, ou seja, não interventiva na vida dos seres humanos.

O outro pilar que foi posteriormente considerado como segunda dimensão lutava pelos direitos voltados à igualdade, que podem ser traduzidos em direitos econômicos, sociais e culturais, a exemplo do direito ao trabalho remunerado.

Não menos importante, temos a terceira dimensão dos direitos fundamentais, ligados diretamente ao valor solidariedade, que surgiu em decorrência da Segunda Guerra Mundial, no século XX, sendo que a titularidade desses direitos é de uma coletividade, a exemplo, podemos citar a paz, o desenvolvimento etc.

Há, ainda, autores que falam em uma quarta dimensão, a exemplo de Paulo Bonavides, voltados à proteção da informação, ao pluralismo e à democracia. O mesmo autor ainda defende uma quinta dimensão de direitos fundamentais relacionados à paz. A quarta e a quinta dimensão dos direitos fundamentais não possuem conteúdo igual para todos os doutrinadores, havendo certa divergência, porém, para o presente trabalho, ficaremos com as lições de Paulo Bonavides.

Por fim, temos, ainda, Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva, que defendem o direito à água potável como direito fundamental de sexta dimensão.

Diante desse quadro, temos que interpretar os direitos de acordo com a realidade que a sociedade vive atualmente. Por isso, iremos abordar a crise hídrica que se instala no Brasil, em decorrência da seca perversa que ataca, principalmente, a região nordeste do país, e as fortes chuvas que causam enchentes e alagamentos, principalmente, no estado de São Paulo.

A metodologia a ser utilizada será a dogmática, baseada em estudos doutrinários, jurisprudenciais e em análise de periódicos pertinentes ao caso.

## **2 Direitos Fundamentais**

### *2.1 Noções preliminares*

Inicialmente, há que se considerar que direitos humanos e direitos fundamentais não são expressões sinônimas. Em apertada síntese, os direitos humanos nasceram de reivindicações de diversos gêneros e agora estão positivados em tratados e convenções internacionais, já os direitos fundamentais que também nasceram diante de manifestações populares encontram-se positivados no ordenamento jurídico de cada país. Podemos dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos internalizados na órbita de cada país.

Inegavelmente, ambos buscam a proteção do indivíduo, velando pela dignidade da pessoa humana, considerando toda e qualquer pessoa como sujeito de direitos e obrigações perante o Estado. Sobre o tema, cabe transcrever um pequeno trecho da obra *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, de Flávia Piovesan (2012, p. 42):

daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido. No dizer de Cançado Trindade: 'Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.

Com o pós-guerra e as barbáries cometidas durante o nazismo e o fascismo, em que foi utilizada a lei como instrumento para cometer as atrocidades, a exemplo do extermínio de judeus por Hitler (com a finalidade de “criar” uma raça pura ariana), começou um novo movimento social com ideais kantinianos, que defendia a moralidade, a dignidade, o direito cosmopolita e, ainda, a paz perpétua.

Nessa esteira, Immanuel Kant (*apud* PIOVESAN, 2012, p. 40) defendia que as pessoas eram dotadas de dignidade e não poderiam ser utilizadas como “objetos”, vejamos o trecho: “as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito”.

Luis Roberto Barroso (2014) atrela os direitos fundamentais à busca por justiça, dizendo que tais direitos não estão subordinados a nenhum tipo de fatalidade histórica nem mesmo a vontade política daquelas minorias privilegiadas. O autor ainda divide a ideia de justiça em três dimensões: substantiva, institucional e processual. A dimensão substantiva está ligada àqueles direitos mínimos básicos que todos devem ter, já a dimensão institucional se relaciona com a democracia. Por fim, a dimensão processual assegura o devido processo legal.

Tais dimensões foram resumidas pelo autor da seguinte forma:

em suma: é preciso que haja devido processo legal. Enunciado de forma simples, justiça significa o reconhecimento de direitos humanos básicos, a possibilidade de exigir o seu cumprimento perante órgãos estatais independentes e devido processo legal (BARROSO, 2014, p. 2)

Além do mais, a partir da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a adotar diversos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, pois tal declaração conferiu grande carga valorativa a esse ramo do Direito, permitindo um processo de universalização mediante tratados e convenções, partindo do pressuposto de que alguns direitos devem ser respeitados por toda a humanidade. Tais direitos compõem o “mínimo ético irreduzível”, ou seja, todos os direitos da pessoa podem ser limitados, desde que respeitado o conteúdo mínimo de proteção.

Esses direitos, para terem efeito na ordem interna do país, devem ser internalizados por eles. No Brasil, isso ocorre mediante a adesão a tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos. É de tamanha importância que os tratados de direitos humanos que forem aprovados nas duas casas legislativas, em dois turnos, mediante 3/5 dos votos, serão considerados como Emenda à Constituição e terão elevado valor normativo, conforme disposição expressa no art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

Essa internalização dos direitos humanos é feita mediante um sistema global de proteção aos direitos humanos e, ainda, de forma mais específica, atendendo as peculiaridades de cada região, pelos sistemas regionais de proteção europeu, interamericano e africano.

Sendo assim, como os direitos humanos, após serem internalizados pelos países, se transformam em direitos fundamentais, é de se notar que eles servem tanto para a proteção do indivíduo em face da atuação do Estado, quanto para os indivíduos em face da atuação de outro indivíduo, falando-se, assim, em aplicação vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, é importante trazer à baila as características de tais direitos: universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, historicidade, irrenunciabilidade e relatividade.

Nota-se que os direitos fundamentais são uma construção histórica, advindos de várias etapas vividas pela sociedade, razão pela qual são dotados da historicidade, vez que surgem com o passar do tempo e com a evolução dos indivíduos, além de estarem vinculados ao valor liberdade e a dignidade da pessoa humana, conduzindo-os a uma aplicação universal.

Entretanto, quando se diz universalidade, não podemos confundi-la com uniformidade. Nas lições de Honrad Hesse (*apud* NOVELINO, 2013, p. 383), “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos”. Dessa forma, a aplicação de tais direitos não é uniforme, mas sim universal. Além disso, como esses direitos não possuem conteúdo de natureza patrimonial, eles não podem ser objeto de alienação ou mesmo alcançados pela prescrição.

Por mais importante que seja, nenhum direito é dotado de caráter absoluto, podendo sofrer mitigações por outros direitos constitucionalmente consagrados, razão pela qual são relativos ou limitáveis. Ainda sobre o tema, o núcleo substancial de tais direitos não pode ser renunciado pelos indivíduos, embora se possam fazer algumas limitações voluntárias desses direitos.

Os direitos fundamentais foram surgindo ao longo dos anos e consagrados de maneira progressiva e sequencial. Podemos afirmar que existem dimensões (ou gerações) que não se excluem, mas se complementam; tratando-as no tópico seguinte.

## *2.2 As dimensões dos direitos fundamentais e a importância do reconhecimento da força normativa dos princípios*

Antes de adentrarmos as gerações dos direitos fundamentais, devemos entender o processo de evolução dos direitos humanos no Brasil.

Desde a primeira Constituição de 1824, foi previsto um rol de direitos civis e políticos, que tinham base primordial na liberdade, na segurança do indivíduo e também na propriedade. Entretanto, os direitos nela previstos não demonstravam a realidade que a sociedade vivia (época do Império), pois ainda existia a escravidão no país e o voto era censitário, ou seja, só poderia votar quem dispusesse de determinados rendimentos. Além disso, nessa época, as mulheres não podiam votar e os escravos estavam excluídos de qualquer direito.

Na Constituição Republicana de 1891, também tivemos previsão expressa desses direitos, garantindo-se, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade. Também foi

reconhecida a possibilidade de reconhecimento de outros direitos não expressos na Constituição.

A Constituição de 1934 veio para inovar o campo jurídico existente naquele período, pois, além de prever expressamente um rol de direitos (como as anteriores também fizeram), acrescentou vários direitos sociais (como os decorrentes da relação de trabalho) e também permitiu o reconhecimento de outros direitos não expressos na Constituição.

Já a Constituição de 1937, apesar de fazer menção a um rol de direitos, era clara na prevalência absoluta da razão do Estado sobre os direitos humanos, servindo apenas para esconder a Ditadura do Estado Novo.

A Constituição de 1946 instaurou uma ordem democrática no Brasil, previu um rol exemplificativo de direitos e garantias individuais, com cláusula de abertura dos direitos decorrentes, inclusive permitiu o direito de greve (que havia sido proibido pela Constituição de 1937).

Em 1967, tivemos um golpe militar, que resultou em uma Constituição com previsão de alguns direitos decorrentes do regime e princípios por ele adotados, trazendo a temida cláusula indeterminada do “abuso dos direitos individuais”, que consistia ameaça latente aos inimigos do regime, determinando a possibilidade de suspensão de direitos individuais e políticos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.

Há divergência na doutrina se, em 1969, tivemos uma nova Constituição ou se esta constituiu apenas uma Emenda à Constituição de 1967. Entretanto, divergências à parte, a ordem constitucional em nada foi alterada do contexto anterior.

Por fim, temos a nossa Carta Magna de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que redemocratizou o país e houve uma forte inserção de direitos e garantias em seu texto, além de trazer uma considerável mudança no perfil do Ministério Público (deixou de ser vinculado ao Poder Executivo e ganhou autonomia, independência funcional e a missão de defender os direitos humanos/fundamentais). Além disso, permitiu-se a internalização dos direitos humanos com a menção a tratados internacionais. Sarmiento e Souza Neto (2014, p. 172) discorrem sobre a Constituição Federal de 1988:

o sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ao lado de um amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, a Carta de 88 também garantiu direitos sociais – tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito – e ainda agregou direitos de 3ª dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ela se preocupou sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra morta, como, infelizmente, era costumeiro em nosso constitucionalismo. [...]

Com esse panorama geral e resumido acerca dos Direitos Humanos nas Constituições brasileiras, estudo indissociável dos direitos fundamentais, podemos agora tratar das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais. O primeiro ponto se

refere à divergência doutrinária quanto ao termo a ser utilizado, em que se discute se devemos usar “gerações” ou “dimensões” dos direitos, vejamos:

num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vem sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar na esteira da mais moderna doutrina (SARLET, 2012, p. 258).

Compactuando com o entendimento exposto, utilizaremos a expressão dimensões, devido à ideia de continuidade que merecem ter os direitos fundamentais.

Um dos documentos mais importantes para o estudo dos direitos fundamentais é decorrente da Inglaterra (Idade Média - século XIII) e trata-se da *Magna Charta Libertatum*, também conhecida por Carta de João Sem Terra, de 1215. Esse documento foi primordial para a constante evolução dos direitos fundamentais, pois nele tiveram início diversas garantias (até então limitadas a alguns nobres e excluídos os demais integrantes da população), tais como: liberdade do direito de ir e vir (com previsão de habeas corpus), devido processo legal e direito à propriedade.

Devido a isso e à constante evolução, começaram a aparecer os direitos fundamentais de primeira dimensão, marcados pelos ideais da Revolução Francesa, especialmente a Liberdade. Tais direitos de cunho individualista exigiam do Estado certa autonomia individual frente ao poder estatal, sendo um mecanismo de limitação do poder. Exigia-se do Estado atuação negativa, ou seja, não interventiva na esfera individual, podem ser considerados como “direitos de resistência ou de oposição”. São exemplos de tais direitos: à vida, à liberdade (amplamente considerada: ir e vir; pensamento etc.), à propriedade, à igualdade perante a lei, à participação política (tais como o direito de votar e ser votado) etc.

Em um segundo momento advindo do grande processo de industrialização que tomou a Europa no século XIX e com a crise social e econômica vigente, os indivíduos precisavam garantir novos direitos, vez que os até então conquistados não eram efetivos e suficientes.

Com isso, passou-se a lutar pelos chamados direitos sociais, integrantes da segunda dimensão dos direitos fundamentais, buscando-se do Estado uma atuação positiva, também chamada de atuação prestacional. Tais direitos são indissociáveis do princípio da igualdade (outro vetor da Revolução Francesa), uma vez que os indivíduos encontrariam no Estado uma maneira igualitária de acesso a novos direitos comuns, tais como prestações estatais de assistência social, saúde, educação, trabalho etc. Atualmente, podemos identificar as Ações Afirmativas estatais como meio de minimizar as desigualdades ainda existentes, citando como exemplo a Política de Cotas em Universidades Federais.

Ainda sob o manto de certo consenso doutrinário, temos a terceira dimensão dos direitos fundamentais, voltada à proteção dos direitos de fraternidade ou de

solidariedade, marcados pela perda do individualismo e preocupação com o coletivo. Com eles, busca-se proteger os chamados direitos difusos e coletivos (metaindividuais). Como exemplo de tais direitos, podemos citar a proteção ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à paz, ao patrimônio histórico e cultural, ao desenvolvimento etc.

Quanto às demais dimensões dos direitos fundamentais, o tema não é pacífico entre os doutrinadores, assim, abordaremos os conceitos da quarta e quinta dimensões sob o enfoque dado por Paulo Bonavides, conforme já dito anteriormente, citado por diversos autores em suas obras.

A quarta dimensão nasceu como resultado da globalização dos direitos fundamentais (ou universalização dos direitos humanos) e seria composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Já Bobbio (*apud* FACHIN, 2012) entende que os direitos da quarta dimensão estão relacionados à manipulação do patrimônio genético. Voltando ao entendimento de Paulo Bonavides, defensor de uma quinta dimensão de direitos fundamentais relacionados à paz, Fachin (2012, p. 73) discorre:

recentemente, Paulo Bonavieds passou a admitir uma quinta dimensão de direitos fundamentais, consubstanciada no direito à paz. Enaltecendo a ideia de concórdia, afirma que esta gera a necessidade de criar e promulgar aquele novo direito fundamental: o direito à paz enquanto direito de quinta geração.

Por fim, temos ainda Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva que defendem o direito à água potável como direito fundamental de sexta dimensão. Entretanto, há quem defenda que a água potável já estaria inserida como direito ao meio ambiente, portanto, seria um direito fundamental de terceira dimensão. Abordaremos a divergência em tópico próprio.

### *2.3 Direito à água potável, terceira ou sexta dimensão?*

A presente questão tem gerado divergência entre os autores, pois, para alguns, o direito à água potável estaria inserido na terceira dimensão de direitos fundamentais, pois está ligado diretamente ao meio ambiente. Já para os autores Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva, a água potável tem tamanha relevância que merece ser alocada como um direito de sexta dimensão.

Sabe-se que a proteção ao meio ambiente é um direito de terceira dimensão, mas como definir meio ambiente? Pois bem, tal questionamento é feito, principalmente, pelos estudiosos do Direito Ambiental que não guardam muito consenso. Diante do exposto, vejamos um breve conceito: “meio ambiente seria a ‘interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas’” (MILARE, 2014, p. 138).

De acordo com o art. 3º, I, da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), meio ambiente é conceituado como “o conjunto de condições, leis, influências e

interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, também garante proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e faz menção que seria um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo todos (poder público e indivíduos) zelarem pela sua proteção, para conservá-lo para a presente geração e para as que vierem.

Tal conceito deve ser analisado conjuntamente com o de recursos ambientais que, conforme art. 3º, V, da Lei 6.938/81 compreende “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”. Diante do exposto, percebe-se que o direito à água estaria inserido dentro do conceito de meio ambiente e, por isso, não precisaria ser deslocado para uma nova dimensão de direitos fundamentais.

Entretanto, devido a sua imensa importância, para Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva, ele deveria sim constar em uma dimensão a ela dedicada, mas antes de expor os argumentos do autor, precisamos entender o que é água potável. Ela pode ser conceituada como aquela que pode ser utilizada para o consumo humano, sem riscos de contração de doenças por contaminação. Visando à proteção desse direito, temos a Portaria 518 de 25 de março de 2004, do Ministério da Saúde, dispondo sobre a potabilidade da água.

Os mencionados autores argumentam que o direito à água potável tem tamanha relevância que deveria estar expresso na Constituição Federal, mas a omissão não impedira o reconhecimento dele como um dos direitos fundamentais. Até porque o rol estabelecido na Carta Magna é meramente exemplificativo e não exclui outros direitos que possam surgir. Além disso, há documentos internacionais que concebem a água potável como um direito fundamental; vejamos a seguir.

A água, a essência da vida, é um direito humano básico, encontra-se no cerne de uma crise diária que afeta vários milhões das pessoas mais vulneráveis do mundo – uma crise que ameaça a vida e destrói os meios de subsistência a uma escala arrasadora.<sup>1</sup>

O mesmo documento ainda diz que os governos dos países devem atuar efetivamente para a concretização de tal direito fundamental. Nas Constituições da Bolívia e do Equador, por exemplo, temos previsão expressa de proteção ao direito à água potável:

A Constituição da Bolívia [...] afirma que o acesso à água potável assim como o saneamento básico, é um direito humano, sendo proibida sua privatização ou concessão, estando sujeito a licenciamento e a sistema de registro, nos termos da lei (At. 20º, inciso III). Já a Constituição da Bolívia [...] afirma expressamente que o direito de acesso à água potável é um direito humano fundamental e irrenunciável. [...] (FACHIN, 2012, p. 77).

Diante disso, para os autores, devido à imensa importância de ser assegurado o acesso à água potável, ele deveria constar expressamente no ordenamento jurídico

---

<sup>1</sup> Relatório de desenvolvimento humano – RDH 2006. PNUD, Brasil. p. 10. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

brasileiro e, com isso, o Estado seria “forçado” a implementar condições para que seu uso fosse gerenciado.

Tal conclusão decorre, ainda, da força normativa que os princípios possuem atualmente. O ordenamento jurídico pátrio possui normas (gênero) e suas espécies são as regras (que possuem baixo grau de abstração e alta densidade) e os princípios (com elevado grau de abstração e baixa densidade). Tanto as regras quanto os princípios servem como norte para os aplicadores do Direito e seus destinatários. Sobre os princípios, esclarece Barroso (2010, p. 11) que

são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.

Verifica-se que, no contexto atual, a proteção ao acesso à água potável já está inserida no ordenamento jurídico de forma branda, mas, para assegurar a sua efetividade, devemos inseri-la expressamente como um direito fundamental e, devido a sua relevância, merece destaque como um novo parâmetro de proteção, encaixado na sexta dimensão de direitos fundamentais.

### ***3 Crise hídrica no Brasil e sua relação com os direitos fundamentais, em especial com a água potável***

É inegável que o acesso à água deveria ser igual para todos os seres humanos (universalmente), porém, devido à má distribuição desse recurso tão precioso, parcela da população sofre com a crise hídrica que se espalha pelo mundo. No Brasil, a quantidade de água é enorme quando comparada a outros países, entretanto, devido a sua má distribuição, temos regiões que sofrem com a seca perversa e outras que vivenciam alagamentos e chuvas devastadoras. Além disso, a poluição das águas potáveis, o seu desperdício e o mau aproveitamento contribuem para que a crise se torne ainda mais intensa.

Sobre a poluição dos mananciais, temos previsão expressa na Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9.605/98, que pune tal conduta em seu art. 54, cuja pena é de um a quatro anos, além de multa. Caso a poluição hídrica for motivo para a interrupção do abastecimento público de água, a pena será elevada para um a cinco anos de reclusão. É importante observar o trecho do Boletim Legislativo, nº 27, A Crise Hídrica e suas consequências:

a principal causa de poluição dos mananciais de água é a ocupação irregular do solo no seu entorno imediato. Na maioria dos casos, essa ocupação é não apenas tolerada, mas promovida por órgãos públicos, ainda que indiretamente. A fragilidade na fiscalização do uso do solo, acompanhada da tolerância de ligações clandestinas de água, esgoto e energia elétrica, assim como a provisão de serviços

públicos para assentamentos em implantação, ainda que não incluídos em um plano de regularização fundiária, cria incentivos à ocupação de áreas de proteção ambiental e de risco (CERQUEIRA, 2015, p. 10).

Vale ressaltar que a falta de chuvas tem afetado seriamente o país, em especial a região Sudeste e a Nordeste. Destaca-se a peculiar situação do Estado de São Paulo que tem sofrido com o baixo nível de suas reservas de água. Além das chuvas virem esporadicamente, outro agravante é que elas, geralmente, causam mais prejuízos ainda, pois inundam os municípios, fazendo com que milhares de pessoas fiquem desabrigadas e percam tudo o que construíram. Barrancos arrastam tudo que estão a sua frente, estradas são destruídas, buracos enormes surgem do nada e ainda podemos citar a transmissão de doenças em razão da poluição dessa água.

Em decorrência da variação climática, alguns fenômenos que eram pouco comuns no Brasil se tornaram frequentes, é o caso dos tornados. Podemos citar várias ocorrências de tal fenômeno, segundo o site de informação G1, uma delas aconteceu em 2015, no município de Xanxerê, no oeste catarinense, onde um tornado atingiu a cidade, causando lesões e mortes nos indivíduos; ausência de energia elétrica em mais de 200 mil casas; destruição de pelo menos 2,6 mil moradias. Em 2014, um tornado de pequena monta atingiu a Capital Federal, fazendo com que o Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek fosse fechado por cerca de 01h:30min (uma hora e meia), causando diversos atrasos em voos e forte preocupação. Ainda pela mesma fonte, em 2013, um tornado atingiu Limeira – SP e outro atingiu Taquarituba – SP, também em 2013, matando cerca de duas pessoas e deixando mais de 60 feridas. Tais ocorrências são preocupantes, pois interferem diretamente na vida de toda a população.<sup>2</sup>

Na região Nordeste, o principal problema é a falta de água, que gera a morte de plantações e animais, pois sem a água não se consegue cultivar nada, muito menos alimento para os seres humanos e os animais. Outro problema é que a região não possui muitos mananciais, gerando dificuldade de abastecimento em diversas cidades, o que foi ocasionado também pela má ocupação do solo. Justamente para que isso não continue a ocorrer, devemos tomar medidas para o controle das águas (que estão diretamente relacionadas com a variação climática).

O presente trabalho não visa a dar soluções para isso, porém, como a água potável deve ser tratada como direito fundamental de sexta dimensão,

---

<sup>2</sup> ÁVILA, Mariana de. *Inmet confirma tornado em Xanxerê, no Oeste catarinense*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/04/inmet-confirma-tornado-em-xanxere-no-oeste-catarinense.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

JÚNIOR, Geraldo. *Tornado causou destruição em Taquarituba, diz meteorologia*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/itapetininga-regiao/noticia/2013/09/tornado-causou-destruicao-em-taquarituba-diz-meteorologia.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

*Limeira teve tornado 'F1', com ventos de 117 km/h, segundo meteorologia*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2013/03/limeira-teve-tornado-f1-com-ventos-de-117-kmh-segundo-meteorologista.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

*Mau tempo fecha aeroporto de Brasília; leitora registra tornado*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/10/mau-tempo-fecha-aeroporto-de-brasilia-e-desvia-voos-para-go-e-mg.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

consequentemente, devemos apontar alguns meios, tais como: redução de perdas nos sistemas de abastecimento de água, aproveitamento de água de chuva, utilização de água de reuso, busca por novas fontes de abastecimento de água (superficiais ou subterrâneas, dentro ou fora da bacia hidrográfica), integração de bacias hidrográficas e despoluição de corpos hídricos.

#### **4 Conclusão**

Pela análise de tudo que foi exposto, podemos afirmar que os direitos humanos e os direitos fundamentais são indissociáveis, na medida em que ambos representam garantias do indivíduo, velando, primordialmente, por princípios como a dignidade da pessoa humana.

Não podemos negar que as dimensões dos direitos fundamentais surgiram em razão de contextos históricos distintos, assegurando, cada uma delas, um peculiar direito que os indivíduos precisavam. Tais dimensões são complementares, sendo garantido ao indivíduo todos os direitos por elas conquistados.

Dessa forma, o meio ambiente, em especial a água potável, merece destaque no presente contexto, pois, não havendo a sua proteção, a humanidade sofrerá sérios danos, como as mudanças climáticas devastadoras e todos os problemas elencados anteriormente.

É inegável que a água potável deve ser protegida de forma singular, devendo ser inserida expressamente na Constituição Federal de 1988, sendo asseguradas medidas concretas para a sua proteção, como o racionamento de água nas épocas de seca etc. Sendo assim, a água potável deve ser inserida como direito fundamental de sexta dimensão.

Além disso, a atual crise hídrica que permeia o Brasil e o mundo é consequência das inúmeras falhas durante toda a existência da humanidade, e não um problema causado somente pela presente geração. A poluição nos rios, lagos, mares etc. sempre ocorreu. A construção desordenada em locais proibidos e a ausência de planejamento, também não são exclusividades desta geração.

Por tudo que foi dito, podemos concluir que os direitos humanos aliados aos direitos fundamentais são indispensáveis para a proteção de bens relevantes, auxiliando para a minimização dos problemas existentes. A crise hídrica é responsável pela criação da sexta dimensão de direitos fundamentais, garantindo-se a proteção à água potável, bem universal indispensável a todas as gerações (presentes e futuras), devendo ser concretizada o mais rápido possível, por meio de medidas de proteção como o reuso da água etc. A água é um dos bens mais valiosos que a humanidade possui, pois sem ela não há vida na Terra, sendo assim, sua proteção deve ser alcançada expressamente em nosso ordenamento jurídico.

#### **Referências**

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

content/uploads/2010/12/Dignidade\_texto-base\_11dez2010.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Justiça, Empoderamento jurídico e direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/06/ONU\\_Justi%C3%A7a-Empoderamento-legal-e-direitos-fundamentais\\_vers%C3%A3o-em-portugu%C3%AAs.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/06/ONU_Justi%C3%A7a-Empoderamento-legal-e-direitos-fundamentais_vers%C3%A3o-em-portugu%C3%AAs.pdf)>. Acesso em: 23 jun. 2015.

CERQUEIRA, G. A. et al. *A Crise Hídrica e suas Consequências*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Boletim Legislativo nº 27, de 2015). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 09 jul. 2015.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. 2. ed. Campinas, 2012.

MILARÉ, Édís. *Direito do Meio Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

*Os ideais da Revolução Francesa e o Direito Moderno*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI137338,41046-Os+ideais+da+Revolucao+Francesa+e+o+Direito+moderno>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014.

# A indenização por dano moral

*The compensation for moral damages*

## **Daniela de Fátima Braga Porto**

Advogada. Especialista em Direito Processual Constitucional pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: danibraga\_porto@hotmail.com

## **Morisa Martins Jajah**

Mestra em Direito Privado pela Universidade de Franca. Professora no Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: morisa@unipam.edu.br

**Resumo:** O dano moral é altamente pleiteado em ações indenizatórias. Também conhecido como dor da alma, o dano moral conta com um rol exemplificativo, no qual a interpretação não pode ser aplicada de forma ampla. Tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem pleitear indenização por danos morais. Através dos tempos, o dano foi se modificando até chegar à divisão de dano material e moral, e esse último ainda se subdivide em direto e indireto. A problemática atual não se encontra mais na seara da existência ou não de dano moral, mas sim em sua quantificação. O Novo Código de Processo Civil coibiu o pedido genérico de indenização por dano moral, cabendo aos jurisconsultos a análise jurisprudencial para obter parâmetros que respaldem o valor de seu pedido. Esta pesquisa foi desenvolvida utilizando-se o método dedutivo-bibliográfico, com consultas em obras jurídicas nacionais, em periódicos e na jurisprudência nacional. O estudo mostrou que a realidade da indenização por danos morais carece de uma análise casuística, sendo relevantes os fatores sociais, a proporcionalidade do pedido e a boa-fé entre as partes. Deve-se prezar pela inibição da conduta do réu, e não pelo enriquecimento da vítima, visto que muitas destas entram com pedido de indenização por danos morais com valores exorbitantes. O Novo Código de Processo Civil busca acabar com a “indústria de danos morais”, determinando o fim do pedido genérico e o pagamento de honorários sucumbenciais, considerando o valor da causa e o proveito econômico.

**Palavras-chave:** Dano moral. Indenização. Direito.

**Abstract:** The moral damage is highly pleaded in lawsuits. Also known as soul pain, moral damage has an exemplary role, in which the interpretation cannot be applied broadly. Both the individual and the legal entity can claim compensation for moral damages. Over time, the damage has been modified, until it reaches the division of material and moral damage, and the latter is further subdivided into direct and indirect. The current issue is no longer in the area of existence or not of moral damage, but in its quantification. The New Code of Civil Procedure blocked the generic claim for compensation for moral damages, and jurists have the jurisprudential analysis to obtain parameters that support the value of their claim. This research was conducted using the deductive-bibliographic method, with consultations in national legal works, in periodicals and in national jurisprudence. The study showed that the reality of compensation for moral damages needs to be analyzed casuistically, with social factors being relevant, proportionality of the request and good faith between the parties. It should be valued by the inhibition of the defendant's conduct, and not by the enrichment of

the victim, since many of them come with a request for compensation for moral damages with exorbitant values. The new Code of Civil Procedure seeks to end the “moral damages industry”, by determining the end of the generic claim and the payment of Defeat fees considering the amount of the claim and economic advantage.

**Keywords:** Moral damage. Compensation. Right.

---

## **1 Introdução**

O dano moral ocorre quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, intelectual ou moral. É uma ofensa à honra, à intimidade, à imagem, ao nome, sendo assim, é um dano carregado de extremo subjetivismo. Esse dano pode impedir ou dificultar a vida social da vítima, afetando, até mesmo, suas atividades laborais.

Cada dia mais é constante a propositura de ações de indenização por danos morais, em que quantias exorbitantes são pedidas, o que gera um desvirtuamento do sentido da reparação, colocando-a como um enriquecimento sem causa. A responsabilidade civil do ofensor pelo ato ilícito que cometeu é verdadeira e não se nega sua existência. Porém, o valor que ele deve dispor como reparação deve ser proporcional a sua realidade.

O artigo científico apresentado tem como objetivo abordar a história do dano moral através dos tempos e analisar a sua indenização em inúmeros aspectos, tanto na seara cível quanto na consumerista, abordando aspectos do Novo Código de Processo Civil.

Como método de pesquisa, foi utilizado o dedutivo-bibliográfico, com busca de textos em obras clássicas e em sites de renome, além de julgados pertinentes ao tema. A pesquisa relativa à “indenização por dano moral” é de extrema valia, vistas as tribulações em sua quantificação e a grande procura por essa compensação dentro do atual sistema jurídico nacional.

## **2 O dano moral**

No que pese descrever dano moral, pode-se começar situando-o. Ele está conceituado no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A questão atualmente discutida não gira em torno da possibilidade ou não possibilidade de incidência do dano moral. É fato que o dano moral existe em âmbito constitucional. A sua cumulação com o dano material é legalmente possível, sendo altamente pleiteadas as duas indenizações conjuntamente.

Há a conceituação de dano moral por duas direções distintas:

há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não-material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, *dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 75).

Como o autor coloca, dano moral pode ser o que não é possível de ser financeiramente objetivado ou, por outra linha de pensamento, é a dor da alma. Tendo como base esse último conceito, dor da alma mostra a subjetividade que o dano moral possui.

O dano moral pode ser conceituado também desta forma:

dano é o prejuízo causado à pessoa, ou seja, lesão a bem ou interesse jurídico, podendo ser de ordem material e moral. Pode-se conceituar o dano moral como a lesão a direitos extrapatrimoniais da pessoa, violando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem ou outros direitos da personalidade. Justamente por isso, parte da doutrina prefere a expressão 'dano pessoal', pois 'exprime com mais fidelidade o que é efetivamente lesado pelo dano: os direitos da pessoa humana', ou seja, os direitos da personalidade. (GARCIA, 2006, p. 10)

Apesar da subjetividade que o dano moral carrega, ela não pode ser aplicada de forma ampla, fora do rol exemplificativo que se encontra no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988. De tal forma, assim pode-se afirmar:

no tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade que vivemos. (GONÇALVES, 2007, p. 610).

Não se incluem assim, no pleito de indenização por dano moral, situações que são desagradáveis, mas que são necessárias para o desempenho de certas atividades, como é o caso do exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega. Abrir as malas das pessoas que pretendem viajar para o exterior ou adentrar em território nacional também não viola o que está conceituado no art. 1º, inciso III, que seria a dignidade humana. O ato de examinar as bagagens torna-se maior que o indivíduo, sendo medida de segurança para toda a coletividade.

O dano moral pode ser direto ou indireto. O dano direto é resultante de uma violação específica de bem imaterial, a qual causa sofrimento psíquico à vítima ou, até mesmo, desrespeita a dignidade da pessoa humana. O dano moral indireto vem de lesão a bem patrimonial, mas que acaba gerando uma lesão extrapatrimonial. O dano moral indireto também pode causar lesão patrimonial, quando a violação de bem imaterial reflete no patrimônio da vítima.

Além da pessoa física, a pessoa jurídica também pode ser sujeito passivo do dano moral, conforme dispõe a Súmula nº 227, STJ: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. E para respaldar o que o Superior Tribunal de Justiça postulou, o artigo 52 do Código Civil (BRASIL, 2002) coloca que “às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Dessa forma, a vida, a identidade, a liberdade, a privacidade, a honra, a integridade e a imagem da pessoa jurídica também estão protegidas e, se forem violadas, são passíveis de indenização por danos morais.

### *3 Histórico do dano moral através dos tempos*

A teoria do dano moral advém da Índia e da Babilônia, sendo reconhecida nos Códigos de Manu e Hamurabi. Também no Direito Romano tem seu lugar, sendo lembrada na França com seus pensamentos pró-revolução.

O desenvolvimento humano, primeiramente, ateu-se à seara individual. O homem sobrevivia não se preocupando com o próximo. Com o passar dos tempos, com o desenvolvimento de laços afetivos e a convivência em comunidade como uma maior chance de sobrevivência, as pessoas começaram a se preocupar com seus semelhantes.

Entretanto, a punição advinda da proteção dos bens individuais era primitiva, como dispõe o Código de Hamurabi, no qual se encontra a Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente” (SACCO, 1999, p. 8). Não só o ofensor era obrigado a pagar o dano que causou mas também seus sucessores. Gerações guerreavam por fatos já passados em um ciclo infundável. Na mesma linha de pensamento:

Hamurabi (1792-1750 a.C.), rei da Babilônia, trouxe à luz seu Código estabelecendo uma ordem social. Toda a estrutura do Código encontrava-se fincada em princípio geral, segundo o qual “o forte não prejudicará o fraco.” Para o restabelecimento da ordem, com a reparação do mal sofrido, aplicava-se a Lei de Talião. (SACCO, 1999, p. 8).

As indenizações eram mencionadas, também, com o intuito de afastar a vindita, ou seja, a retaliação proporcional ao dano sofrido. Casos como provocação de aborto, mortes de mulheres grávidas, entre outros, eram indenizáveis por ciclos de prata como meio de coibir os abusos de violência.

A lei de Moisés também utilizou algumas soluções quanto à reparação por danos morais, semelhantes à Lei de Talião. Assim, está explícito na Bíblia Sagrada:

se um homem desposar uma mulher, e depois de coabitar com ela, a aborrecer, e lhe imputar delitos vergonhosos, e contra ela divulgar má fama, dizendo: Tomei esta mulher, e me cheguei a ela, porém não a achei virgem, os pais da moça tomarão provas da virgindade dela, e as levarão aos anciãos da cidade, à porta. O pai da moça dirá aos anciãos: dei minha filha por mulher a este homem, porém ele a aborreceu, e lhe imputou delitos vergonhosos dizendo: Não achei tua filha virgem. Então os pais estenderão a roupa dela diante dos anciãos da cidade, os quais tomarão aquele homem e o castigarão. Condená-lo-ão em cem ciclos de prata, e o entregarão ao pai da moça, porque divulgou má fama sobre uma virgem

de Israel. ela continuará a ser sua mulher e ele não poderá mandá-la embora enquanto viver. (BÍBLIA Sagrada, Deuteronômio 19, 22:13).

O Código de Manu era um conjunto de leis da época hinduísta, em que se acreditava na distinção entre bem e mal e nos efeitos que atitudes más ou atitudes boas trariam para o futuro. Nesse código, diferentemente do anterior, a reparação não era realizada por meio da lesão, mas sim por meio do pagamento de certa quantia. De tal modo, pode-se afirmar que nessa fase, encontra-se o “[...] embrião da reparação do dano moral, como hoje se conhece” (SACCO, 1999, p. 9).

Com o passar dos tempos e a evolução do sistema indenizatório, a chamada vindita foi excluída, o que, conseqüentemente, também excluiu o corpo do ofensor como objeto de reparação. Nesse sentido,

no Direito Romano, [...] não era mais autorizado ao autor, vender como escravo, ou matar o condenado. Através de uma lei Júlia, da época do Imperador Augusto, permitiu-se que o réu se subtraísse à execução sobre sua pessoa, desde que fizesse uma *cessio bonorum*, isto é, cedesse todos os seus bens ao autor (ALVES *apud* SACCO, 1999, p. 10).

Mesmo após a queda do império Romano, muitos de seus ordenamentos, como é o caso dos pretórios, foram utilizados, inclusive, nas Ordenações do Reino de Portugal.

O direito Canônico teve seu surgimento na Idade Média, tendo influência direta nas Ordenações Filipinas, devido à força que a religião católica possuía na época, em terras brasileiras. As normas canônicas possuem seu fundamento nos dogmas da Igreja Católica, mas alguns procedimentos foram herdados do Direito Romano.

Nas chamadas Ordenações Filipinas, há a propositura do dano subjetivo, sendo ligado diretamente ao que os romanos propunham no que tange ao valor de afeição. O instituto dos sponsais (o qual vigorou até o Código Civil Brasileiro de 1916) previa que a recusa do noivo em se casar, sem um justo motivo, importaria na sua condenação em perdas e danos sendo, portanto, mais um exemplo de indenização por danos morais. Ainda nas Ordenações Filipinas, era prevista uma reparação pela sedução de uma mulher virgem, caso o homem (sedutor) não se casasse com ela.

No Brasil, o dano moral foi instituído explicitamente pela Constituição Federal de 1988. Porém, nem sempre foi pacífico o entendimento de que ele existisse. Assim,

numa primeira fase negava-se a ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 78).

Hoje em dia, o dano moral é reconhecido e aplicado pela maior parte dos países. Porém, em determinadas legislações estrangeiras, há o condicionamento da indenização por danos morais à efetiva redução patrimonial da vítima. Países como a

Rússia e a Hungria, por ainda seguirem a política de Karl Marx e Lenin, não admitem a indenização por danos morais.

#### **4 Dano moral no Direito brasileiro**

Segundo a doutrina civilista, são requisitos para a existência do direito à indenização: a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade, a culpa ou o dolo.

O dano moral é cada vez mais colocado em pauta nas ações civis, consumeristas, trabalhistas e penais. Pode-se afirmar que quase sempre ligado a um dano material está um dano moral.

Entretanto, essa conduta possui duas facetas distintas. Por um lado, o direito a conseguir uma solução, um reparo, um acalento para as perdas ou danos sofridos é reconfortante. De forma diversa, muitas pessoas usam de má-fé e se declinam a intentar ações exorbitantes, alegando que seu dano moral é tão intenso que merece ser reparado com uma quantia milionária.

Ao se analisar o elenco processual entre advogados e julgadores, os últimos são os que mais se responsabilizam pela quantificação do dano moral, pois devem ter condutas justas na fixação da indenização. Nesse sentido,

não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético, que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 73).

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, o dano moral era admitido somente quando fosse consequência de um dano patrimonial e, muitas vezes, era absorvido pelo *quantum* indenizatório do dano patrimonial.

A problemática vigente não está mais na aceitação do pagamento pelo dano moral, mas sim em sua quantificação. Utilizando já os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os tribunais têm dado pareceres, como o exemplo a seguir.

VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - COMPENSAÇÃO DO LESADO E REPRESSÃO À CONDUTA DO LESADOR O valor da indenização deve se pautar pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade, como prevê o artigo 944, do Código Civil, ou seja, deve satisfazer o interesse de compensação do lesado e a repressão à conduta do lesador. Há que se ter em consideração, ainda, a gravidade da conduta, a extensão do dano, tendo em mira o sofrimento e as repercussões pessoais, familiares e sociais, a situação econômica do lesador e o caráter pedagógico da sanção Assim, tenho como justo o valor da indenização, fixado na origem em R\$ 20.000,00. Recurso ordinário a que se nega provimento, neste aspecto. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso

Ordinário n. 00005501020125020255 SP 00005501020125020255 A28, Relator: Maria Cristina Fisch. 18ª Turma. *DJe*: 17 out. 2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE DEVEDORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. LIMITAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE. 1. O valor da causa é critério para a definição da competência absoluta dos Juizados Especiais Federais (art. 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/01: "No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta"), que, por sua própria natureza, não pode ser derogada por vontade das partes. 2. O fato de ter incluído pedido de indenização por dano moral no valor de R\$ 216.100,00 não é suficiente para afastar competência do Juizado Especial Federal, visto que a fixação de tal valor é desarrazoada em relação ao valor alegadamente inscrito indevidamente: R\$ 450,19. 3. A fixação do valor da indenização por danos morais em montante que supera o limite de sessenta salários mínimos não passa de manobra utilizada pela autora para provocar o deslocamento da competência do Juizado Especial Federal. (BRASIL. Tribunal Regional Federal. Agravo n. 50281725820134040000 5028172-58.2013.404.0000, Relator: Marga Inge Barth Tessler. 3ª Turma. *DJe* 05 jun. 2014)

Como visto, é em cada caso que se determina o *quantum* indenizatório. Cabe ao magistrado olhar o caso como um todo. É imprescindível que valores possíveis sejam estabelecidos para que o ofensor possa cumprir devidamente o que lhe foi imposto pela sentença transitada em julgado. No entanto, deve-se ter um olhar perspicaz para o dano sofrido pela vítima, o qual, por muitas vezes, pode ser tão intenso que se torna irreparável, mesmo diante de uma quantia gigantesca de dinheiro.

Nesse sentido,

este é o grande "nó" que se descortina ao magistrado quando se prepara para decidir uma ação de reparação de dano moral puro, não sendo raro aquele que, dentro do quanto lhe autoriza o artigo 1.553 do Código Civil, utiliza-se de extremo subjetivismo e sem qualquer justificativa que não o "por entender suficiente para compensar a dor sofrida, a indenização em cifras aleatórias (100, 200 salários mínimos ou 5, 10 vezes o valor do título, ...) causando sempre irresignação de ambas as partes litigantes. o autor, entendendo que seu sofrimento foi desconsiderado e que lhe caberia valor muito maior. O réu, por seu turno, entendendo que seus argumentos é que foram desconsiderados e que as peculiaridades do caso não foram apreciadas, reivindicando a reforma do *decisium*. (BAPTISTA, 2000, p. 23)

O subjetivismo sempre vai existir. O estabelecimento da indenização deve observar a dor, a repercussão no íntimo dos indivíduos, o reflexo na imagem do ofendido, sua projeção social, sua vida pregressa, seja pessoal, seja comercial.

Os danos morais, ao serem determinados na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), no Código Civil (BRASIL, 2002) e no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), devem ser atrelados a uma resposta igual para todos os jurisdicionados, que seja concedida e calculada proporcionalmente ao agravo

e à extensão do dano. Devem ser abolidas condutas que têm como foco a estrita ambição. É importante ater-se ao fator essencial da propositura de uma ação indenizatória. A satisfação da indenização não deve se pautar na “humildade” da vítima que, com um valor mediando, sente-se compensada, mas sim no abalo econômico do lesador, para que este não tenha mais uma postura abusiva perante outrem. O magistrado deve ater-se a não beneficiar economicamente a vítima, e sim atinger a esfera subjetiva do réu, causando uma defasagem econômica.

No Novo Código de Processo Civil, ocorreram algumas mudanças em razão do art. 292, V, determinando que o valor atribuído à causa deve limitar-se a um valor certo, não se admitindo mais um pedido genérico para que o juiz arbitre o dano moral a seu critério. O dano moral, no Novo Código de Processo Civil, é conduzido de forma mais rigorosa, visando a minimizar “aventuras judiciais”. O NCPC/2015 inova ao apontar que o valor da causa na ação indenizatória, inclusive fundada em dano moral, será o valor pretendido. Portanto, a partir de agora, o próprio autor deverá indicar, desde a inicial, qual o valor pretendido a título de danos morais. Dessa forma, se o juiz conceder a indenização nesse valor, não haverá interesse recursal, evitando-se os mais diversos recursos sem fundamentação plausível que contribuem fortemente para a morosidade judicial.

No que tange aos honorários sucumbenciais, os art. 85, §§ 6º, e 14 do NCPC trazem para o quadro normativo atual do processo civil que a sucumbência deve ser fixada considerando o valor da causa e o proveito econômico. Caso a sucumbência seja recíproca, o réu paga honorários ao advogado do autor e o autor paga honorários ao advogado do réu em 10% da diferença entre o que foi pleiteado pelo autor e o que foi concedido pelo juiz. Exemplificando, nas palavras de Dellore (2016), em um caso no qual se pleiteia R\$ 100 mil de danos morais, o autor receberia R\$ 10 mil a título de danos morais e pagaria R\$ 9 mil de honorários ao advogado do réu, sendo que esses honorários podem ser retirados do montante relativo ao pagamento da indenização.

## 5 O DANO MORAL E OS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

A defesa ao consumidor é constitucionalmente colocada como um dos princípios básicos da ordem econômica e financeira brasileira. A liberdade mercantil é “podada” quando passa dos limites, como na concorrência desleal e nas práticas abusivas, como infringir a livre concorrência e a defesa do consumidor. Dessa forma,

dado o exposto, a política do Código de Defesa do Consumidor não pode ser outra que não a busca mais efetiva possível de proteger o consumidor e tutelar seus direitos, pois é o hipossuficiente a parte vulnerável nas relações de consumo, não podendo ele ficar à mercê de práticas abusivas e lesivas de fornecedores. [...] concluir que qualquer lesão ao consumidor deve ser amplamente corrigida e sanada, de modo a prevenir que ocorra outras vezes, ressarcimento dos danos causados. Neste lanço é que o CDC insculpiu como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos morais no art. 6º, inciso IV (RODRIGUES, 2006, p. 6).

Quando se coloca o nome de alguém idôneo, que cumpre devidamente suas obrigações, no cadastro de devedores, pode-se afirmar que o dano sofrido ultrapassa a esfera material e se coloca na esfera moral. A sociedade na qual esse cidadão se encontra adota um olhar enviesado ao dito “devedor”, colocando ao chão seu bom nome, sua honra e sua imagem.

O erro existente põe o cidadão em descrédito, afetando sua qualidade de vida. É fato que os bancos de dados são consultados para a realização de diversos atos comerciais. Pode ocorrer que uma contratação seja negada àquele indivíduo, visto que seu nome está exposto na lista dos inadimplentes.

Se o caso for o oposto, e o consumidor realmente deve e se recusa a pagar, a inserção de seu nome no banco de dados dos devedores é autorizada, desde que com prévia notificação do devedor. Nessa linha de pensamento,

destarte, o direito de ser comunicado de que um arquivo está sendo aberto sobre si é um direito básico decorrente, também, da própria Carta Magna, art. 5º, inciso X, pois está na iminência de devassar a vida privada, a honra a imagem do consumidor, já que esses dados poderão ser utilizados por outros fornecedores, estranhos à relação de consumo originária e que deu ensejo a tal abertura de arquivo. (RODRIGUES, 2006, p. 7)

Quem é inadimplente deve pagar sim, e é plausível que os demais comerciantes utilizem dos bancos de dados para verificar se tal pessoa é boa ou má pagadora. Órgãos como SPC e Serasa são “armas” contra pessoas de má-fé. E se o nome do cidadão for colocado de forma errônea e isso lhe trazer prejuízos, o magistrado, no estabelecimento do *quantum* indenizatório, deve avaliar a vida pregressa da pessoa. Assim,

àquele que jamais teve qualquer restrição cadastral ou qualquer ato desabonador não se pode atribuir indenização idêntica à daquele que sempre atrasou os pagamentos de seus compromissos, teve títulos protestados, teve contra si propostas ações judiciais, etc. O constrangimento experimentado pelo primeiro, ao ser vítima de um ato ilícito, resultando numa restrição de crédito, por exemplo, é infinitamente superior ao do segundo, já acostumado a ver-se envolvido em restrições (BAPTISTA, 2000, p. 24).

Por outra perspectiva, os parâmetros de fixação do valor da indenização por dano moral devem ser revistos à luz no NCCP. Os reclamantes que exigem valores exorbitantes a título de indenização devem repensar essa conduta, pois o Judiciário não é uma “loteria”. O advogado deve, antes de tudo, estudar a jurisprudência correlata à situação por ele defendida, identificando os parâmetros que são utilizados pelos tribunais para chegar a um valor justo a ser determinado na petição inicial. A indenização por dano moral não deve ser instrumento de enriquecimento da parte.

## 6 Conclusão

A indenização por danos morais não tem, estritamente, finalidade de compensar a vítima pelo prejuízo sofrido, mas sim o objetivo de punir o ofensor. Essa “punição” não pode ultrapassar os limites que afetam a subsistência deste, porém deve servir de exemplo para os demais indivíduos da sociedade de forma que o ato ilícito não seja mais cometido.

Conforme o exposto, tratando-se do arbitramento de indenização por dano moral, a subjetividade impera, colocando o magistrado em tal situação, o qual deve fazer a análise do pleito de forma global, abordando tanto o íntimo das partes quanto os efeitos sociais advindos dos danos sofridos.

Deve o julgador observar os aspectos envolvidos para direcionar a atividade judicante, obtendo a plena e clara aplicação da Justiça, tendo os litigantes, inclusive, conhecimento das agravantes e das atenuantes de suas condutas na formação da convicção do juiz, como preconiza o devido processo legal e a ampla defesa.

O pedido genérico na indenização por danos morais foi abolido pelo Novo Código de Processo Civil. Assim, cabe aos juristas analisar os parâmetros já adotados pelos tribunais por meio da jurisprudência, de forma que elaborem um pedido de indenização por danos morais que seja justo, acabando com a “indústria do dano moral”.

## Referências

BAPTISTA, Ezequias Nunes Leite. O dano moral: aspectos relevantes na quantificação da indenização. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica*, São Paulo: Nota Dez, n. 271, p. 22-27, maio 2000.

BÍBLIA sagrada. A. T. *Deuteronômio*. 4. ed. São Paulo: Vida, 1996. cap. 9.

BRASIL. Código (2015). *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. Código (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002.

\_\_\_\_\_. Código (1990). *Código de Defesa ao Consumidor*. Brasília, DF: Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. Código (1988). *Constituição Federal*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula n. 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. In: \_\_\_\_\_. *Súmulas*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.txt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso Ordinário n. 00005501020125020255 SP 00005501020125020255 A28, Relator: Maria Cristina Fisch. 18ª Turma. *DJe*: 17 out. 2014. Disponível em: <[68 | Revista \*Jurisvox\*, 17: 59-69, dez. 2016](http://trt-</a></p></div><div data-bbox=)

2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153321902/recurso-ordinario-ro-5501020125020255-sp-00005501020125020255-a28>. Acesso em: 13 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Agravo n. 50281725820134040000 5028172-58.2013.404.0000, Relator: Marga Inge Barth Tessler. 3ª Turma. *DJe*: 05 jun. 2014. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122804322/agravo-de-instrumento-ag-50281725820134040000-5028172-5820134040000>>. Acesso em: 13 out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DELLORE, Luiz. Novo CPC e o pedido de indenização: fim da indústria do dano moral? *Jota*, 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-o-pedido-de-indenizacao-fim-da-industria-do-dano-moral>>. Acesso em: 14 out. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Dano Moral nas Relações de Trabalho. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, n. 233, p. 9-11, set. 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Daniel C. Pagliusi. Dano Moral e Serviços de proteção ao Crédito. *Informativo Jurídico InConsulex*, São Paulo, n. 31, p. 6-7. 7 dez. 2006.

SACCO, Fábila dos Santos. Dano Moral: Aspectos Históricos e de Quantificação. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Paraná, v. 2, n. 2, p. 6-37. jul./dez. 1999.

## Limites constitucionais da atuação do Ministério Público no âmbito da “Operação Lava Jato”

*Constitutional limits of the performance of the Public Prosecutor's Office in the scope of “Lava Jato” Operation*

---

### **Ulisses de Oliveira Simões**

Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ (UGF-RJ). Mestrando em Direito, Instituições e Desenvolvimento pela Universidade Católica de Brasília/DF (UCB). Advogado Público Municipal. Professor Universitário de Direito Penal do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).  
E-mail: [ulisses@unipam.edu.br](mailto:ulisses@unipam.edu.br).

**Resumo:** O Ministério Público vem atuando de forma investigativa dentro das mais diversas operações, ganhando destaque a sua atuação no âmbito da Operação Lava Jato. O seu poder investigatório é questionado nas mais diversas searas do direito. Dessa forma, faz-se necessária a análise da atuação dentro dos limites constitucionais impostos. Ainda, devem-se analisar quais os instrumentos necessários para que uma investigação criminal atinja o seu objetivo, uma vez que os crimes apresentados encontram-se cada vez mais sofisticados e estruturados. A forma e os limites constitucionais a que essas investigações devem obedecer é o tema tratado neste trabalho.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Poder de Investigação. Limites Constitucionais. Operação Lava Jato.

**Abstract:** The Public Prosecutor's Office has been acting in an investigative manner within the most diverse operations, highlighting its performance in the scope of *Lava Jato* Operation. Its investigative power is questioned in the most diverse fields of law. In this way, it is necessary to analyze the performance within the constitutional limits imposed. In addition, it is necessary to analyze what tools are necessary for a criminal investigation to reach its objective, since the crimes presented are increasingly sophisticated and structured. The form and the constitutional limits to which these investigations must obey is the subject treated in this work.

**Keywords:** Public Prosecutor's Office. Investigation power. Constitutional limits. “Lava Jato” Operation.

---

### **1 Introdução**

A partir da investigação de um esquema de corrupção que envolvia um posto de gasolina – e como tal, dispunha de um “lava-jato” – desdobrou-se um dos possíveis maiores esquemas de desvio de dinheiro público do Brasil.

O que parecia uma troca de presentes e favores envolvendo nomes da estatal Petrobrás mostrou-se um verdadeiro duto de recursos públicos utilizados indevidamente. Mais, um complexo organograma que envolve partidos políticos, empresários e autoridades públicas do país.

Dezenas de delações (colaborações) premiadas e prejuízos da ordem dos bilhões de reais, a Operação – ainda em andamento – reforça o poder de investigação do Ministério Público Federal em conjunto com a Polícia Federal e traz à baila a questão: quais os limites de atuação do órgão ministerial?

Sendo certo que o Ministério Público é o órgão responsável pela propositura da ação penal, seria igualmente legitimado a conduzir as investigações? Como tem se dado a sua atuação no âmbito da referida “Operação Lava Jato”?

É o que pretende se discutir no presente trabalho, apresentando, ao final, considerações acerca dos limites constitucionais da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público. Utilizou-se, para tanto, a metodologia teórico-descritiva, com revisão bibliográfica e análise legal e jurisprudencial.

## ***2 Limites constitucionais da atuação do Ministério Público no âmbito da “Operação Lava Jato”***

Na análise do Recurso Extraordinário nº 593727, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público em exercer o poder investigatório, tanto por iniciativa própria quanto em complemento à atividade policial, além da sua competência precípua em instaurar o procedimento criminal. Diz a Constituição Federal de 1988:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 1998)

Há o posicionamento de que “proibir” essa investigação por parte do Ministério Público prejudicaria ações penais como a AP 470, julgada pelo STF, conhecida como “mensalão”. No mesmo sentido, tem sido a atuação do órgão ministerial em conjunto com a Polícia Federal na chamada “Operação Lava Jato”.

A história tem mostrado que o avanço da prática delituosa, cada vez mais complexa e sofisticada, tem reclamado atuação igualmente especializada do poder público, responsável pela persecução penal:

na verdade, é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial. (MORO, 2004)

Ademais, percebeu-se que uma recente tentativa de “fatiamento” dos processos da Operação Lava Jato levaria a um desmantelamento das investigações e a distribuição dos processos a diversos procuradores do Ministério Público, o que poderia ensejar uma morosidade ainda maior do que a já esperada em um procedimento dessa complexidade.

Deve-se frisar que a Constituição Federal não concede exclusividade do poder de investigação, apenas admite quem poderá fazê-lo. É defendido o princípio da universalização da investigação, sendo exercido até mesmo pelos demais poderes. O Ministério Público não almeja, pelo menos na sua atuação, ser exclusivo na investigação criminal, no entanto não deverá ser deixado de fora.

A atuação do Ministério Público durante os procedimentos da “Operação Lava Jato” deve ser balizada pelas premissas orientadas pelo STF: os atos investigatórios devem ser autorizados por um juiz e posteriormente documentados; a investigação deverá durar prazo razoável e as prerrogativas da defesa devem ser resguardadas. É aceita, inclusive, a posição que considera a colaboração como meio lícito de obtenção de prova.

Não se pode olvidar que procuradores da república e promotores de justiça requisitam a investigação às autoridades policiais e, com base nesses inquéritos, iniciam ou não o seu procedimento preparatório. Questiona-se se, uma vez titular da ação penal, essa investigação estaria eivada de parcialidade, favorecendo a acusação. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigativas e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, III). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos membros do parquet inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. (BRASIL, 2003)

Ressalta-se que até mesmo o inquérito policial não tem o condão de condenar os acusados. Ou seja, não atende à pretensão punitiva estatal, mesmo para os que assim enxergam a atuação do Ministério Público. O inquérito se presta à informação que terá o seu caráter processual após o oferecimento da ação penal. Tem como objetivo apenas o colhimento de informações necessárias para instrumentalizar a pretensão acusatória, podendo ensejar, inclusive, o seu pedido de arquivamento.

Constata-se que dificilmente essa Operação teria a mesma linha de investigação sem a atuação do Ministério Público. No combate ao crime organizado, mormente os de corrupção, a atuação sistemática das instituições torna-se como preponderante para a persecução penal. A chamada “influência” dos réus, políticos, empresários, escapa da rotina policial, quando não por ela é contaminada.

Ou seja, não há como investigar um grande esquema de corrupção político-empresarial com os instrumentos atuais. O engessamento do poder investigatório em um só órgão levaria à impunidade ou à falta de certeza da aplicação da sanção penal. Portanto, quanto mais órgãos investigatórios, mais segura será a persecução penal, inclusive no sentido da absolvição.

Mais do que a sua permissão, o que se verifica no âmbito da Operação Lava Jato é a intervenção do Ministério Público nas investigações, é uma necessidade trazida pela complexidade da organização criminosa que dilapidou o patrimônio público nacional.

Países como Estados Unidos, Alemanha, França, Portugal e Itália admitem as investigações por seus órgãos ministeriais somadas às investigações policiais. No Brasil, a Constituição Federal não prevê de maneira explícita os chamados “Procedimentos de Investigação Criminal”, conhecidos como PICs, realizados diretamente pelo Ministério Público. Limita-se a previsão constitucional aos procedimentos cíveis.

A interpretação de que o membro do Ministério Público teria poder de atuação livre e independente nesse campo de investigação decorre da leitura da Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público que, de maneira implícita, teria dado poderes ao membro do Ministério Público de atuar sozinho em investigações criminais, sendo que a polêmica reside na exclusão das polícias judiciárias desse mister.

Discute-se que a ausência dessa atuação ministerial desencadearia em resultados adversos dos apresentados. Basta ligar o televisor e acompanhar entrevistas, notícias e debates que versam sobre as mais recentes investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal. A cobertura midiática dessas operações só corrobora com o sentimento popular de que há uma instituição focada no combate à corrupção.

Todavia, se a sensação de impunidade diminui, aumentam-se os questionamentos se essa atuação seria constitucional ou estaria além dos limites previstos. Os esperados questionamentos da Ordem dos Advogados do Brasil com a

chancela da Advocacia-Geral da União chegaram ao Supremo Tribunal Federal em forma de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O fato é que – e não se duvide disso – os crimes investigados por essas chamadas “forças-tarefa” há muito são de uma complexidade e sofisticação, muitas vezes inalcançáveis aos braços estatais. Ou, pelo menos, não nos moldes atuais da legislação e da estrutura das instituições.

Terminologias como “estado de exceção”, “ditadura do MP” ou “superpoderministerial” tendem, muitas vezes, a minar todo um conjunto probatório robusto apresentado, sob o argumento de que direitos fundamentais foram violados.

Ainda na mesma linha, alega-se que um só ator do procedimento penal seria responsável pela acusação, produção de provas e condenação, sendo que tal argumento ignora categoricamente a presença do juiz - responsável pela decisão condenatória ou absolutória - que não deveria se sentir “manipulado” ou “pressionado” nem pela atuação ministerial, nem pela opinião pública.

Se o inquérito policial traz, desde as suas origens, uma função “garantidora” (RANGEL, 2011), de igual modo têm-se a atuação do Ministério Público, uma vez que denúncias infundadas ou sem o mínimo de lastro probatório não devem sequer ser recebidas pelo juiz.

A reunião de elementos acerca de uma infração penal constitui verdadeiro alicerce para que o Ministério Público enseje a sua pretensão estatal. Ou seja, mesmo a indispensabilidade do inquérito policial garante que haja a persecução penal desde que atendidos os requisitos mínimos de admissibilidade da denúncia.

Mesmo aqueles que defendem que a investigação criminal foi reservada pela Constituição Federal à polícia judiciária e, portanto, seria ilegítima a usurpação de suas funções pelo Ministério Público, como aqueles que defendem que é reservado esse papel institucional mediante procedimento investigativo próprio, quando entender necessário, concordam que a melhor solução deve ser dada à luz do Direito Constitucional, em respeito às garantias mínimas e fundamentais.

A elevada função do Ministério Público jamais deve ser confundida com extrapolação da ética e dos limites constitucionais. Assim atuando, estaria desobedecendo ao próprio sistema jurídico em que se insere. Estando em um sistema acusatório que garante ao cidadão proteção contra o arbítrio do Estado, não há de prevalecer características próprias do sistema inquisitório.

Surge, então, o início do procedimento investigatório pelo Procedimento de Investigação Criminal (PIC) que, com as características do inquérito policial, ocorre também de forma sigilosa. Ainda que de forma exclusiva, há escutas, pedidos de busca e apreensão, condução coercitiva e até prisões. Porém, todas elas hão de ser autorizadas pelo Poder Judiciário.

Questiona-se se, a partir desse momento, autorizadas judicialmente as diligências, inicia-se a divulgação midiática muitas vezes transformada em “espetáculo”, com entrevistas, recursos tecnológicos e uma superexposição dos acusados. É certo que após essas ações, o processo entra em segredo de justiça e a defesa não dispõe do mesmo espaço para apresentar os seus argumentos.

Não se deve olvidar, ainda, que tais operações, com as suas nomenclaturas e apresentações, acabam por ganhar apoio popular, principalmente no tocante ao

combate à corrupção. Isso tudo estaria por legitimar abusos por parte do Ministério Público?

Certo é que não. As ações ministeriais ainda são submetidas à apreciação judicial, e não raras vezes, os seus excessos são combatidos pelos tribunais superiores. Portanto, quebras de sigilos (telefônico, bancários, fiscais etc.), bloqueios de bens, conduções coercitivas e, até mesmo, prisões só deverão ocorrer com a autorização judicial.

Em tempos de deturpação de informações, faz-se até necessária a divulgação de certos atos por quem as deve prestar. A publicidade e a transparência são a primazia do Estado Democrático de Direito. É até esperado que os responsáveis por investigações venham a público apresentar os argumentos que ensejaram aquela investigação que vieram a dar cabo a uma denúncia, para que não restem dúvidas de sua legitimidade. O que não se pode esperar é que se use dessa aparição pública para uma apresentação sensacionalista e pouco comprometida com a intimidade e a privacidade dos, ainda, denunciados (e não condenados).

O STF já tem apresentado limites para a atuação constitucional do Ministério Público no âmbito das atividades de investigação de infrações penais, preparatórias para instauração de ação penal, quais sejam: que ocorram mediante procedimento devidamente regulado, nos moldes dos princípios que norteiam o inquérito policial; que atendam à regra da publicidade dos procedimentos judiciais, supervisionados pela autoridade judicial, que poderá determinar excepcionalmente o seu sigilo; e que tenham por objeto de investigação fatos que interessem ao Direito Penal, praticados por seus membros, servidores públicos ou policiais.

Observa-se que o garantismo penal deve existir no sentido de proteger tanto o acusador quanto o acusado, estabelecendo limites para a persecução penal, até mesmo para que não seja invalidada. Nesse sentido, aponta Nucci (2007, p. 139):

o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal.

Divergências apareceram no âmbito da Operação Lava Jato, quando a Polícia Federal questionou as investigações e as acusações da Procuradoria-Geral da República ao ponto de afirmar que, como detém a responsabilidade para o oferecimento da denúncia, a ela também cabe decidir acerca das estratégias de investigação.

Ao identificar que a corrupção na Petrobrás causou danos irreparáveis à maior estatal do país, a força tarefa do Ministério Público Federal ressaltou a necessidade de ressarcimento aos cofres públicos do valor desviado, inclusive a título de danos morais coletivos. Requereu, a cada empresa denunciada, o pagamento de uma indenização

correspondente a dez vezes o valor do dano material causado, alegando forte impacto na coletividade.

### 3 Conclusão

Uma vez que a Petrobrás é apontada como responsável por mais da metade do que a administração pública Federal investiu no país, a corrupção que atinge a estatal constitui, segundo o MPF, uma violação dos direitos fundamentais individuais e sociais mais básicos que o Estado de Direito deve tutelar, atentando, inclusive, contra os direitos humanos.

A própria Procuradoria-Geral da República já se manifestou sobre a validade das ações do Ministério Público na 1ª instância no âmbito da Operação Lava Jato, pedindo, inclusive, a continuidade naquela instância dos feitos e a submissão ao STF da investigação que versar sobre autoridade com prerrogativa de função, nada menos do que diz a Constituição Federal.

A releitura dos institutos normativos que têm garantido ao Ministério Público o poder de investigação deve agora ser feita com ainda mais cuidado diante do clamor e do apoio popular que advêm da Operação Lava Jato. A já chamada de “ideologia jurídica” do Projeto “10 Medidas Contra a Corrupção” em muito tem se assemelhado a programas políticos e deve ser bem separada da atuação ministerial.

Portanto, se o combate à corrupção não mais se faz nos mesmos moldes da legislação da década de 40, também não deve ser feito atropelando os preceitos da Constituição Federal de mais de 40 anos depois. Para o cumprimento das suas diligências, o chamamento popular e o midiático podem funcionar como ferramentas que irão apoiar essas suas ações. Porém, o papel constitucional de fiscalização do cumprimento das leis deverá garantir temas delicados questionados neste projeto como liminares em *habeas corpus*, prescrição e recursos da defesa.

### Referências

BRASIL. RESOLUÇÃO N.º 13, de 02 de outubro de 2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 81326. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgado em 06/05/2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771063/recurso-em-habeas-corpus-rhc-81326-df>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004. O texto pode ser acessado pelo link <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

## O fornecimento de medicamentos e o colapso nas políticas públicas: análise da Corte Suprema

*Medicines supply and the collapse in public policy: analysis of the Supreme Court*

---

### **Sabrina Nunes Borges**

Mestre em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Itaúna – MG. Especialista em Direito Público pela Newton Paiva – MG. Graduada no Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Professora no curso de Direito do UNIPAM. Orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do UNIPAM. Advogada.

E-mail: [sabrinanb@unipam.edu.br](mailto:sabrinanb@unipam.edu.br)

**Resumo:** O presente estudo trata do fornecimento de medicamentos e do colapso nas políticas públicas, analisando, em específico, o entendimento da Corte Suprema sobre o assunto. Enumera as dimensões dos direitos fundamentais, dando ênfase ao direito social à saúde pertencente à terceira categoria. Analisa o mínimo existencial, bem como os limites impostos à intervenção do judiciário nas políticas públicas, demonstrando a importância do entendimento de tais institutos para que não sejam permitidos abusos por parte do Poder Judiciário. O abarrotamento de ações judiciais destinadas ao fornecimento de medicamentos provoca um colapso nas políticas públicas. Porém, para que sejam cumpridas as funções de universalidade e igualdade do direito à saúde, a judicialização necessita ser feita a partir de critérios previamente estabelecidos para o caso concreto. Nesse sentido, o trabalho apresenta um exame do entendimento da Corte Suprema, bem como uma análise crítica de possíveis sugestões de ações para que o Judiciário exerça com mais especificidade, caso a caso, sua função constitucional de guardião de direitos.

**Palavras-chave:** Judicialização. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Assistência Farmacêutica.

**Abstract:** The present study deals with the supply of medicines and the collapse in public policies, analyzing, specifically, the understanding of the Supreme Court on the subject. It lists the dimensions of fundamental rights, with emphasis on the social right to health belonging to the third category. It analyzes the minimum existential, as well as the limits imposed to the intervention of the judiciary in public policies, demonstrating the importance of the understanding of such institutes so that abuses are not allowed by the judiciary. The overcrowding of lawsuits for the supply of medicines causes a collapse in public policies. However, in order to fulfill the functions of universality and equality of the right to health, the judicialization needs to be done on the basis of criteria previously established for the specific case. In this sense, the paper presents a review of the understanding of the Supreme Court, as well as a critical analysis of possible suggestions for actions so that the judiciary exercises its constitutional function as a guardian of rights, on a case-by-case basis.

**Keywords:** Legalization. Minimum Existential. Reservation of possible. Pharmaceutical Care.

---

## 1 Considerações iniciais

Nos últimos anos, é nítida a iminente problemática acerca da prestação adequada e uniformemente massificada dos serviços de saúde em qualquer das suas modalidades, seja combativa, seja preventiva. Por isso, o cuidado com a saúde – em que pese sua característica inerente a toda pessoa humana – é um fenômeno social clássico e, como tal, apresenta-se como objeto de estudo em todos os ramos e de aplicação na vida social, nas esferas jurídica, econômica ou política.

A partir desse quadro, o cuidado com a saúde pública e as políticas públicas, nesse sentido, acompanhou de forma gradativa a evolução doutrinária e, dada a sua importância, foi incluída nos diversos diplomas legais, prevendo desde o funcionamento e sua forma de acesso até o respectivo custeio das atividades.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe um destaque constitucional para o direito à saúde, classificando-o como direito social, além de ter consagrado inúmeros outros direitos fundamentais, obrigando, conseqüentemente, o Estado a atuar na efetivação de tais direitos, uma vez que gera custos ao erário, enfrentando, dessa forma, alguns obstáculos, conforme leciona Bobbio (1992). Portanto, segundo a Constituição Federal vigente, o direito à saúde é um direito fundamental social com imediata aplicabilidade, e deve ser efetivado proporcionando aos cidadãos acesso universal e igualitário.

Bucci (2009, p. 4) afirma que tal concretização deve ser realizada mediante as políticas públicas, que consistem “num conjunto de medidas articuladas, cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.

A existência de normas constitucionais que asseguram o direito à saúde, por si só não garante sua plena eficácia, pois esse direito, que é amparado pelo mínimo existencial, colide com a cláusula da reserva do possível, a qual gera uma busca incessante ao judiciário, concretizando o fenômeno da judicialização da saúde.

No atual momento em que o Judiciário está abarrotado de demandas relacionadas à saúde, existindo posicionamentos contra e a favor à sua interferência na administração pública, faz-se de grande importância a exploração do tema em comento, sobretudo quanto às políticas públicas voltadas à assistência farmacêutica, extremamente discutidas no Supremo Tribunal Federal.

O objetivo central da presente pesquisa, portanto, consiste na análise do direito constitucional à saúde e seus critérios que orientam sua judicialização, bem como suas especificidades, tais como os princípios do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível e, principalmente, a análise do direito à assistência farmacêutica e sua atual análise jurisprudencial, com especial enfoque ao caso da obrigatoriedade do Estado de fornecimento, pela União, pelos Estados e pelos Municípios, de medicamentos de alto custo e/ou sem o registro na Anvisa.

Conforme mencionado, diante da inexistência ou insuficiência de políticas públicas, principalmente no âmbito da saúde, pessoas batem à porta do Judiciário clamando por uma solução e, conseqüentemente, transferindo a este toda a responsabilidade: de um lado, está o direito fundamental social à saúde – e à vida – e, de outro, o direito orçamentário do Estado, legalmente previsto.

Assim, do exame de decisões judiciais no tocante ao presente tema, constata-se que o requerente luta pela garantia de seu direito constitucional protegido pelo Estado, enquanto o Estado se defende com base em limites orçamentários previstos em lei, alegando, ainda, entre outros argumentos, a ocorrência de grave lesão à ordem pública.

Dessa forma, indaga-se: como é possível equilibrar o direito fundamental à saúde, que é um direito de todos e um dever do Estado, com os princípios do mínimo existencial, da razoabilidade, e com a cláusula da reserva do possível? Como se dá a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nesses casos? Quais os limites à intervenção do judiciário nas políticas públicas? Qual o posicionamento do STF, seus critérios e possíveis impactos nas políticas públicas quanto à assistência farmacêutica?

O debate sobre a atuação judicial no presente tema se justifica por se tratar de casos que, na maioria das vezes, são de vida ou morte, em que o direito vindicado, em regra, se dá por meio de tutelas de urgência. Além disso, a pesquisa tem o propósito de contribuir tanto para o mundo acadêmico, quanto para a rotina forense.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se o método dedutivo-bibliográfico, efetuando análises e verificações sobre a judicialização do direito à saúde e o fornecimento de medicamentos.

Para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e das normas, bem como de material já publicado, periódicos, artigos científicos e análise exaustiva de algumas jurisprudências.

## ***2 Saúde: direito fundamental de todos e dever do estado***

Historicamente, a sistemática jurídica mundial se modifica e se aperfeiçoa no sentido de abranger as evoluções socioeconômicas às quais a vida cotidiana está submetida. Nesse sentido, notou-se, a partir da 2ª Guerra Mundial, um novo contexto de organização político-social e econômica que resultou na progressiva evolução constitucional que veio nortear a organização dos Estados de acordo com as necessidades que o contexto exigia.

Analisando uma época marcada pelo crescimento dos direitos trabalhistas, pelo abandono do assistencialismo estatal num primeiro momento e sua posterior ascensão, pela modificação de paradigmas anteriores que, muitas vezes, remontavam ao imperialismo e ao coronelismo do final do século XIX e início do século XX, Cappelletti e Garth (1988) construíram uma linha lógica de aperfeiçoamento das constituições pelo mundo. Nessa obra, referem-se às ondas renovatórias do acesso à justiça ou à ordem jurídica justa como marco inicial para se garantir a plena preservação de direitos fundamentais e, principalmente, do acesso massificado do Judiciário como meio de se pleitear alguma garantia não satisfeita ou precariamente oferecida com inobservância do mínimo existencial.

### ***2.1 Direitos fundamentais e suas dimensões***

Os direitos fundamentais que emergiram a partir da evolução constitucional foram doutrinariamente divididos em gerações, as quais, diga-se, não excluem umas às

outras, apenas se completam em forma de um sistema integrado e harmônico, que busca, cada vez mais, ser implementado e garantido política ou juridicamente.

Compreendidos entre o século XVII e XIX, os direitos fundamentais de primeira dimensão constituíam uma limitação ao poder estatal, buscando delimitar a ação do Estado. Bonavides (2014, p. 516) os compreende como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas, também chamadas de direitos civis e políticos que acabam por traduzir o valor de liberdade. Entre esses direitos estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida e propriedade, entre outros).

A segunda dimensão de direitos destaca os direitos sociais, culturais e econômicos, adequando-se aos direitos de igualdade. A nota distintiva desses direitos é a sua natureza positiva, uma vez que não cuida de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim de propiciar direitos aos indivíduos, tratando do bem-estar social deles.

Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia (GRINOVER, 2013, p. 125).

Nos direitos de terceira dimensão, o indivíduo, uma vez inserido em uma coletividade, passa a gozar de direitos que não dizem respeito somente a ele, mas a todos, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, consistentes, entre outros, no direito ao desenvolvimento a um ambiente protegido, à comunicação, à liberdade de informação, à qualidade de vida, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos etc. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, entre outros fatores, pelo impacto tecnológico e pelo estado crônico de beligerância.

Esses direitos, portanto, distinguem-se dos demais em razão de sua titularidade coletiva, isto é, são direitos que não pertencem a uma pessoa determinada, e sim a toda uma coletividade (SARLET, 2009). Os direitos de quarta e quinta gerações são frutos da modernidade e do avanço tecnológico, como direitos relativos à informática e à genética, que não são o enfoque do presente estudo e são apontados apenas para informação de sua existência.

O objeto do presente trabalho enfoca os direitos relativos à segunda dimensão escalada, dessa maneira, apontando o direito à saúde como integrante dos direitos fundamentais consagrados no neoconstitucionalismo contemporâneo e como elemento essencial da estrutura do Estado moderno.

## 2.2 Direito à saúde: instrumentos de positivação

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Organização das Nações Unidas de 1948 prevê, no artigo XXV, 1, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, serviços sociais indispensáveis e

direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou em casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

A Constituição não realizou uma escolha aleatória no campo da saúde.

A ordem internacional de direitos humanos assim exigia, uma vez que o dever do Estado de implementar progressivamente os direitos tais como saúde está estampado no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (SABINO, 2013, p. 363).

No Brasil, a positivação dos direitos humanos mereceu especial cuidado de parte da Assembleia Nacional Constituinte, constituída em 1986, sobretudo porque o país encerrava um período de 21 anos de ditadura militar, em que os direitos civis, políticos e sociais foram agredidos sistematicamente.

O direito à saúde teve seu desenvolvimento com a chegada da Família Real e com o surgimento das campanhas sanitárias. Por ser um país agroexportador, assentado na monocultura, o sistema de saúde era baseado somente no controle de doenças e no saneamento dos espaços de circulação de mercadorias. Assim, a partir do desenvolvimento social e econômico do Brasil, as políticas voltadas para a saúde ganharam contornos diversos, surgindo sistemas previdenciários, trabalhistas e privados.

Nessa linha de evolução, o grande marco do direito à saúde ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O direito à saúde recebeu destaque no texto constitucional ao ser construído como um serviço de relevância pública, que se caracteriza como essencial para o exercício de outros direitos, sobretudo o direito à vida. A Constituição consolidou demandas sociais relevantes nesta seara, a exemplo dos princípios e das regras específicas do campo da saúde, tais como descentralização, integralidade, participação etc. (PINHEIRO, 2010, p. 15).

O artigo 5º da Constituição Federal tratou detalhadamente dos direitos e das garantias fundamentais e o artigo 6º cuidou da mesma forma dos direitos sociais. O acesso à saúde pública é direito social previsto que está contemplado no referido artigo da Constituição Federal brasileira.

O artigo 196 e seguintes da Constituição Federal explicitam de que forma o Estado atuará em relação à saúde pública, que é definida como um direito de todos e um dever do Estado. E o artigo 198 prevê que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes especificadas na Carta Magna.

A Lei 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes determina, no artigo 2º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

O artigo 7º do mesmo texto legal elenca como princípios do Sistema Único de Saúde a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; a integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e

contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; e o direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde.

Há, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, uma ampla previsão de proteção do direito social à saúde, com detalhamento e especificação de princípios para a aplicação da lei ao caso concreto, o que, em tese, permite a defesa desse direito em todas as instâncias em que possa ser reivindicado junto ao poder público, tanto na esfera federal, como na estadual e municipal.

Indiscutivelmente, obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos. São necessárias ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação do direito à saúde, que se darão a partir das chamadas políticas públicas.

Streck (2002, p. 75) afirma que, como carta prospectiva, “a constituição acena para o futuro e é uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente”. No entanto, para que esses direitos sejam concretizados, faz-se necessária a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas.

### ***3 Políticas públicas e o controle judicial***

A utilização da expressão “direito de todos e dever do Estado” pelo constituinte cria, necessariamente, uma obrigação de fazer para o poder público, qual seja, a de concretizá-lo<sup>1</sup>. Para Bucci (2009, p. 14), essa concretização é realizada mediante as políticas públicas, que consistem “num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.

O que justifica o aparecimento das políticas públicas é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, entre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado, pois, enquanto os direitos individuais consistem em liberdades, os direitos sociais consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (BOBBIO, 1992, p. 21).

A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de

---

<sup>1</sup> O leading case que inaugurou mundialmente a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo no processo de formulação e elaboração das políticas públicas está no famoso caso norte-americano, chamado de *Marbury versus Madison*, julgado pelo juiz Marschall, que inaugurou também a discussão da supremacia da constituição federal e o controle difuso de constitucionalidade.

realização desses direitos sociais (BUCCI, 1997).

Mais do que nunca as demandas pelo acesso à saúde tem abarrotado o judiciário brasileiro. O cenário de judicialização é crescente e dinâmico, na medida em que há multiplicação das demandas judiciais, existe um contexto de avanços na medicina e tecnologia, aumentando a necessidade de resposta acadêmica.

[...]

Os tribunais, por vezes, ignoram as normas infraconstitucionais relativas as políticas públicas que envolvem prestações positivas do direito à saúde, que procuram regular de modo racionalizado o acesso à saúde, sob o fundamento de que o direito à saúde previsto na Constituição Federal garante ao indivíduo imediatamente a prestação de que necessita.<sup>2</sup>

Evidentemente que a distribuição ao cidadão de todos esses bens – isso, sem falar naqueles direitos civis e políticos que, igualmente, utilizam não poucos recursos estatais para serem observados – consoante recursos estatais, notadamente, recursos financeiros. A escassez de recursos sempre demandou que, no trato da distribuição dos bens sociais, o Estado realizasse um ferrenho planejamento, consumindo tempo, dinheiro e estrutura na definição de como alocar suas limitadas reservas (SABINO, 2013, p. 356).

Desse modo, sob o pensamento de Sabino (2013, p. 356), certo é que, ao se referir sobre direitos sociais, sempre haverá o vencedor e o perdedor, de modo que essa consequência advém do fato de que “sendo escassos os recursos e infinitas as necessidades, a definição a respeito do modo, da seara e da estratégia de aplicabilidade de recursos sempre ensejará o ganho de uns, a perda de outros”.

Segundo Canotilho (2004, p. 100), “havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável”. Os direitos sociais, seja ele qual for, estão ligados e dependentes a uma decisão política do Estado. Ou seja, os atos do governo necessários para concretização dos direitos sociais são denominados de políticas públicas (BUCCI *et al.*, 2001, p. 11).

Para o Estado social atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, faz-se necessária, segundo Canela Junior (2009), a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. O mesmo autor continua:

desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades:

---

<sup>2</sup> Tema tratado com profundidade no artigo do autor Pedro da Silva Moreira, de extrema relevância sobre o tema da pesquisa, intitulado de *O Imponderável direito à saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4819187/O\\_Imponder%C3%A1vel\\_direito\\_%C3%A0\\_sa%C3%BAde\\_e\\_uma\\_discuss%C3%A3o\\_jurisprudencial\\_a\\_partir\\_do\\_marco\\_te%C3%B3rico\\_de\\_Robert\\_Alexy](https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_e_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy)>. Acesso em: 22 dez. 2015.

a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária (p. 67).

É certo que as políticas públicas são de competência originária dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo o primeiro responsável pela criação de normas que irão definir quais serão as políticas públicas a serem adotadas, regulamentando seus critérios de execução, e o segundo incumbido de executar essas políticas, materializando aquilo que o Poder Legislativo idealizou.

No caso da saúde, o legislador constituinte estabeleceu a política pública incumbida de implementá-la, dispondo em seu art. 198 que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, ou seja, o Sistema Único de Saúde. Entretanto, Alves (2012, p. 23-40) afirma que

a análise do cotidiano revela que, não raras vezes, o indivíduo, diante da inexistência de políticas públicas, ou quando as mesmas se demonstram insuficientes para atender aos anseios da população, buscam através de ações individuais, coletivas, individuais com efeitos coletivos ou pseudoindividuais, junto ao Poder Judiciário, a tutela de seus direitos constitucionalmente assegurados.

Ocorre que o Judiciário enfrenta problemas quando da atuação nas políticas públicas, sobretudo no caso dos medicamentos. Tem-se o Judiciário de um lado cumprindo seu papel de interpretação e aplicação às normas, realizando o controle de constitucionalidade. Porém, de outro lado, as decisões judiciais a respeito de políticas públicas refletem diretamente no orçamento do Executivo, ocorrendo, muitas vezes, “a realocação forçada de recursos, prejudicando um longo e exaustivo trabalho de planejamento [...]” (SABINO, 2013, p. 359).

### *3.1 Mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível*

O mínimo existencial se destina a garantir as condições materiais mínimas, para que uma pessoa viva dignamente. É parte integrante do princípio da dignidade da pessoa humana e é a garantia de que os direitos sociais serão executados.

Nas lições de Grinover (2013), o mínimo existencial é um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado. Incluem-se, nesse o direito, entre outros, o direito à saúde básica, ao saneamento básico, à assistência social, à tutela do ambiente e ao acesso à justiça. Para a autora, o mínimo existencial corresponde “à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo verdadeiro pressuposto para eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais” (p. 132).

Porém, para que essa intervenção não fique maculada de possíveis vícios, é preciso seguir alguns critérios, já que é plenamente possível a ocorrência de conflitos normativos principiológicos, devendo, assim, entrar em ação o princípio da

razoabilidade, conclui a autora ao tratar da garantia do mínimo existencial (GRINOVER, 2013, p. 133).

Ainda, para a autora, a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, que significa, em última análise, “a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados” (p. 133).

Lopes (2001, p. 72-73) trata do princípio da proporcionalidade na medida em que o juiz, frente ao conflito travado pelas partes, avaliará os interesses, em que prevalecerá “aquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão”. Seguindo, adverte o autor: “não se cuida de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico” (p. 72-73).

Para Barroso (2010), os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. Para ele, em toda ordem jurídica, existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as remissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e o caminho a serem percorridos.

O Supremo Tribunal Federal vem adotando e reconhecendo tais princípios. Ainda, para o Ministro Luís Roberto Barroso (2010, p. 247),

o princípio da razoabilidade tem sido utilizado para aferir se a conduta omissiva do Estado é a geradora de responsabilidade civil, como para determinação do quantum da indenização por dano moral; para a determinação do valor de pensão alimentícia; e no âmbito do direito do consumidor, inclusive no que diz respeito à limitação de internação estipulado em contratos de planos de saúde.

Assim, aplicando a razoabilidade e a proporcionalidade ao caso concreto, o juiz analisará o ato discricionário do Poder Público, justificando, portanto, a intervenção judicial nas políticas públicas. Não havendo que se falar, dessa forma, em invasão de mérito do ato.

Barroso (2010, p. 21) afirma com precisão que “o judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental - ou infraconstitucional - estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”.

O progresso dos direitos fundamentais fez surgir o princípio da reserva do possível, sendo definido como um controle de concretização dos direitos sociais, pois, para serem cumpridos, dependem de disponibilidade financeira do Estado. Ou seja, para uma efetiva concretização de qualquer uma das políticas públicas, a administração pública necessita da chamada reserva do possível.

Desse modo, quando o Estado não possui disponibilidade financeira para efetivar um direito social, ele se ampara na reserva do possível, a qual prediz que a Administração Pública só concretizará uma política social, se estiver dentro de sua capacidade econômica.

Todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, o que, por consequência, dá significativo relevo ao tema da reserva do possível, especialmente ao evidenciar a escassez dos recursos e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas.

Assim, Stephen Holmes e Cass Sunstein concluem que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”<sup>3</sup>.

Grinover (2013, p. 139), após discorrer sobre a reserva do possível – analisada sob o enfoque orçamentário-financeiro e o tempo necessário para o planejamento da nova política pública – faz a importante observação que “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”. Para a autora, o juiz deverá utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa e equilibrada.

O mínimo existencial, a razoabilidade e a reserva do possível são imprescindíveis para coibir os excessos e conter os abusos muito ocorridos na intervenção judicial em políticas públicas. Nesse sentido, Sabino (2013, p. 367) afirma que “não se pode extirpar do Judiciário o papel de cuidar das políticas públicas, notadamente, da saúde. Isso não significa, todavia, que esse cuidado judicial deva ser ilimitado”.

Ademais, a alegação de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, foi rechaçada pelo STF, afirmando que tal fato apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre os entes federativos, tema que, no presente trabalho, não será tratado com profundidade.

Fato é que o Estado não consegue cumprir com exatidão seu papel constitucional de concretização de políticas públicas e acaba, na grande maioria das vezes, negando-se a cumpri-lo. Por conseguinte, o judiciário é, a todo o momento, bombardeado com ações judiciais de infundáveis motivos da área da saúde. Aqui se pretende apenas analisar, ainda que sumariamente, os casos dos fármacos em ações individuais e o posicionamento do STF, que será feito no capítulo adiante.

#### ***4 O direito à assistência farmacêutica e o entendimento do Supremo Tribunal Federal***

A Constituição Federal, em seu artigo 198, instituiu a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), previsto na Lei Federal 8080/90. Em decorrência, foi elaborada a Política Nacional de Medicamentos (PNM), com o objetivo de assegurar a eficácia e a qualidade dos medicamentos, bem como seu acesso coletivo.

A PNM implantou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que é uma lista representativa de medicamentos gratuitos oferecidos pelos entes da federação ao tratamento das doenças que atingem a maioria dos cidadãos. Ocorre que a RENAME não é uma lista vinculativa, por isso não pode o Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos unicamente por ele não constar na relação. No mesmo sentido, o Poder Público também não pode alegar que o judiciário está invadindo a sua competência ao determinar o fornecimento de medicamento que não está presente na RENAME.

A Política Nacional de Medicamentos define a assistência farmacêutica como:

---

<sup>3</sup> Stephen Holmes e Cass Sunstein *apud* Ministro Relator Gilmar Mendes, SS2944, p. 3.

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos (ANVISA).

A preservação da própria vida depende do fornecimento de medicamentos pelo Estado. Sendo um direito social, cabe ao ente da federação prover todo medicamento substancial para a melhora ou preservação da saúde, proporcionando a igualdade de tratamentos e condições. A assistência farmacêutica é uma necessidade humana, baseada nos direitos fundamentais à saúde, sendo a prestação do direito à saúde substancial para a preservação da dignidade da pessoa humana.

As demandas dos cidadãos quanto ao direito à assistência farmacêutica crescem de forma progressiva e crescente e, conseqüentemente, com as demandas, crescem os custos, sobretudo por conta dos avanços científico-tecnológicos que, mais dia menos dia, o Sistema Único de Saúde – SUS acaba incorporando às suas listas ou aos seus protocolos clínicos e terapêuticos.

É certo que a prestação devida pelo Estado quanto aos direitos sociais varia de acordo com a necessidade de cada cidadão. Assim, além de atender a coletividade, assegurando o direito social à saúde, tem que dispor de valores variáveis para necessidades individuais, o que, para isso, necessitaria adotar parâmetros e critérios distributivos para tais recursos.

Sabe-se da precária situação quanto à inexistência de recursos financeiros para satisfação e concretização da política pública relacionada à saúde, razão pela qual necessitar-se-ia da adoção de escolhas distributivas, também chamadas pelos Ministros do STF de “escolhas trágicas”, pautadas por critérios de macrojustiça. Nessa linha, o Judiciário, ao analisar o caso concreto, muitas vezes não teria condições de analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, causando invariável prejuízo para o todo (AMARAL, 2001).

Entretanto, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, no caso, à saúde, sustentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Portanto, o mínimo existencial de cada um dos direitos (exigência do princípio da dignidade da pessoa humana) não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

De toda sorte, o STF entende que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve, ou seja, adotando juízos de ponderação, tendo em vista os conflitos entre princípios e diretrizes públicas.

Nesse sentido, Alexy (2008) afirma que, num jogo de argumentos quanto aos direitos sociais, ambos os lados disporão de argumentos de peso, razão pela qual há a necessidade de solucionar com base em um modelo de sopesamento entre princípios.

Ícone dos defensores da concretização dos direitos fundamentais e idealizador da Lei da Ponderação, Alexy (2008), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, visando solucionar a colisão de princípios, afirma que a satisfação de um direito justifica a não satisfação de outro.

Analisar o tema da colisão de princípios fundamentais é o mesmo que reconhecer o caráter normativo dos princípios previstos na Constituição Federal, ou seja, deixar de vê-los apenas como meras recomendações morais.

Em síntese, regras são mandamentos definitivos, enquanto princípios são mandamentos de otimização. Para Alexy (2008), ocorrendo conflito entre regras, há critérios objetivos para solução. As regras não possuem a característica da otimização, elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno, ou seja, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas” (90-91). Os princípios, por sua vez, não expressam mandamentos definitivos, tendo em vista que somente ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando determinadas condições concretas. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto não significa que o que ele determina será um resultado definitivo para os casos semelhantes.

Para o jurista alemão (2008, p. 93-94),

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

É importante salientar, ainda que de forma sucinta, que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é a forma como eles se comportam no caso de colisão, ou seja, as regras estão vinculadas à subsunção, enquanto os princípios, à ponderação. A tese central da teoria dos direitos fundamentais “é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 575).

Para Gilmar Mendes, o direito à saúde é um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Esse direito é assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas. Não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento, mas um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. Assim, para o ministro, “a garantia judicial da prestação individual de saúde, estaria condicionada ao não comportamento do funcionalismo do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Acórdão do STF julgado em 2010: Ag. Reg. em SS2955/PR. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>

Tendo em vista a complexidade das questões relacionadas à concretização do direito à saúde, bem como a grande quantidade de processos sobre o tema, foi realizada, pelo Supremo Tribunal Federal, uma audiência pública, na qual foram ouvidos especialistas em matéria de saúde das diversas classes envolvidas, dispostas a debaterem o tema (abril e maio de 2009). Os dados, experiências e depoimentos colhidos foram levados em conta na decisão final do Ministro Gilmar Mendes em três dos processos em análise no presente trabalho.

Dessa forma, Gilmar Mendes, em 2010, atuou como relator de vários acórdãos proferidos pós-audiência pública, em que manteve entendimento equivalente ao de Robert Alexy, segundo o qual não há como evitar juízos de ponderação no contexto que envolve conflitos entre princípios e diretrizes políticas, ou seja, entre direitos individuais e bens coletivos<sup>5</sup>.

Pela razoabilidade, o Judiciário sempre deverá avaliar, no caso concreto, qual a melhor solução, sob o ponto de vista da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o menor dispêndio de recursos públicos. A solução mais razoável é a proporcional (SABINO, 2013, p. 382).

Nesse sentido, o STF, após muito debate quanto ao tema, vem norteado suas decisões em critérios estabelecidos, conforme será visto a seguir, e novas decisões têm parametrizado o entendimento dessa Corte a respeito do tema.

Andrade (2014, p. 171-172), ao tratar especificamente sobre o tema, afirma que

o caso paradigma para as decisões foi o julgamento dos incidentes de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) ns. 175 e 178. Há que se ressaltar, contudo, que os parâmetros adotados nesse caso foram aplicados aos demais somente após a verificação da sua pertinência a cada caso concreto. Ao que parece, a audiência sensibilizou a Corte sobre alguns aspectos peculiares à assistência farmacêutica, com destaque para a importância de verificar as pretensões formuladas em cada caso concreto a partir das necessidades terapêuticas individuais.

O primeiro dado a ser considerado pelo STF é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação pleiteada pela parte. Se incluída entre as políticas sociais e econômicas do SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Assim, o direito subjetivo público parece ser evidente.

Se o objeto do pleito não estiver incluído entre as políticas do SUS, Gilmar Mendes cria um critério ou parâmetro para decisões, ou seja, para ele, nesse caso, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Tem-se, nessa discussão, dois momentos a serem analisados. A possibilidade de fazer com que o tratamento alternativo fornecido pelo SUS seja mais adequado ao paciente, obrigando a rede pública a financiar toda e qualquer ação/prestação de saúde,

---

<sup>5</sup> Acórdãos do STF julgados em 2010: Ag.Reg. em SS2955/PR, Ag.Reg. em SS 3345/RN, Ag.Reg. em SL 47/PE. Disponíveis em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

gerará grave lesão à ordem administrativa e levará ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da população mais necessitada.

Assim, para o STF, deverá, em geral, ser privilegiado o tratamento oferecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente (sempre que não comprovada a ineficácia). O que não impede que o judiciário decida de maneira diferente por razões específicas e comprovadas.

Quanto ao caso de inexistência de tratamento da rede pública, duas situações têm que ser analisadas. Para os tratamentos puramente experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia, o Estado não pode ser condenado a fornecê-lo. Entretanto, para os novos tratamentos – ainda não incorporados pelo SUS – a omissão administrativa poderá ser objeto de impugnação judicial. No entanto, o STF exige imprescindivelmente que haja instrução processual com ampla produção de provas (o que poderia gerar obstáculo à concessão da liminar).

Em resumo, tem-se que, independentemente da hipótese levada ao judiciário, as premissas analisadas pelo STF deixam claro a necessidade de uma detida instrução das demandas de saúde para que não ocorra a padronização de decisões e peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado.

Portanto, não resta dúvida que a interação da Suprema Corte com a sociedade e demais funções da República, quando da convocação da Audiência Pública mencionada, não apenas possibilitou o refinamento e a sistematização da jurisprudência, como também surtiu efeitos no plano da formulação e execução das políticas públicas de assistência farmacêutica<sup>6</sup>.

Assim, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível para assegurar a igualdade no acesso público e gratuito à assistência farmacêutica, financiada solidariamente com recursos de toda a sociedade. Se a necessidade individual, existente e real é desconsiderada pela política pública, deve a Administração, ao conhecê-la, reconhecê-la, entregando o medicamento necessitado. Se não o faz espontaneamente, cumpre ao judiciário determiná-lo (BARRETO, 2012).

Nesse sentido, comunga-se do pensamento de Alves (2012, p. 11), quando, oportunamente, afirma em sua pesquisa sobre esse assunto:

em que pese a imperfeita atuação jurisdicional, seja pelo despreparo dos profissionais para lidar com as funções legiferante e executiva, seja pela ausência de cadastros universalizados para a coletivização desse tipo de ações individualizadas, a judicialização do direito à saúde, no contexto atual das políticas públicas do Sistema Único de Saúde demonstra-se ser um importante instrumento para a efetivação desse direito social fundamental, bem como para a não frustração dos objetivos da própria ordem estatal.

Contudo, tendo em vista as características da universalidade e igualdade, faz-se necessária a adoção de critérios para essa atuação, com um viés coletivizado, uma vez

---

<sup>6</sup> Sobre os possíveis efeitos da atuação do Supremo Tribunal Federal nas políticas públicas de assistência farmacêutica, Ricardo Barreto de Andrade trata com extrema precisão e clareza em sua obra *Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF*.

que se trata de políticas públicas, com o auxílio de profissionais da área de saúde, administradores públicos, entre outros profissionais, a fim de que, a partir de um caso concreto, mesmo em um pleito individual, se possa investigar se não é o caso, inclusive, de adequação e reformulação das políticas públicas até então empregadas, com o intuito de concretizar a todos, de forma satisfatória, o direito à saúde (ALVES, 2012).

#### *4.1 O caso do fornecimento pelo Estado de fármacos de alto custo não disponíveis na lista do SUS e dos medicamentos não registrados na Anvisa: o recente posicionamento do STF*

Como se viu, de forma inevitável, em razão dessa intensa judicialização da saúde que se alastrou pelos tribunais do país, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para decidir a respeito de fornecimento de medicamentos considerados de alto custo, que não sejam oferecidos pelo SUS ou que não sejam registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (OLIVEIRA JUNIOR, 2016).

Assim, diante dos inúmeros casos similares requerendo a obrigatoriedade de fornecimento, pela União, pelos Estados e pelos Municípios, de medicamentos de alto custo e/ou sem o registro na Anvisa, a discussão chegou ao STF e está sob a apreciação para decisão colegiada que, por meio de seu efeito multiplicador, possibilitará que o STF decida uma única vez a matéria, dando o norte a inúmeros processos idênticos que tramitam nos tribunais do país.

O clima de expectativa vem crescendo e várias manifestações populares foram deflagradas em apoio à causa, que ganhou espaço de destaque na imprensa nacional.

No julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, os quais tiveram repercussão geral reconhecida pelo plenário do STF, que teve início no dia 15 de setembro deste ano, o relator, ministro Marco Aurélio, foi o único a votar na sessão, tendo se manifestado no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovada a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para aquisição, e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora<sup>7</sup>.

A análise dos recursos foi suspensa por um pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso. Na sessão do dia 28 de setembro, o STF voltou a discutir o caso, em que o ministro Marco Aurélio manteve o voto, mas o aditou, reformulando a tese inicialmente proposta, apresentando novo texto para análise pelo Plenário:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da

---

<sup>7</sup> Notícia veiculada no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: out. 2016.

incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso<sup>8</sup>.

A grande dificuldade na questão, segundo o ministro, é a falta de solidariedade entre as pessoas, inclusive parentes. “O predicado solidariedade está mesmo em falta, em desuso, à margem da vida das pessoas. Por vezes não existe sequer quando verificado vínculo sanguíneo”<sup>9</sup>.

Por causa disso, o ministro ressaltou que o Estado deve auxiliar todos os cidadãos que precisem do medicamento, e, se for descoberto familiar do autor da ação com capacidade financeira para arcar com o tratamento, o Poder Público deve pedir a restituição dos valores pagos.

Para Barroso, a questão central está relacionada à judicialização da matéria, e afirmou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil, entendendo que a justiça só deve interferir em situações extremas.

Ademais, de acordo com Barroso, já existe um modelo instituído sobre o tema, que consiste na relação nacional de medicamentos, bem como no órgão técnico – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS [Conitec], criada pela Lei 12.401/2011 – “cujo papel é estudar quais medicamentos potencialmente podem entrar na lista e, por critérios técnicos de custo-benefício, incorporá-los ao sistema”<sup>10</sup>.

Para Barroso, no caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS não há dúvida quanto à obrigação de o Estado fornecê-lo ao requerente. “Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS”, disse o ministro, ao ressaltar que, nessa hipótese, deve-se exigir apenas a necessidade do remédio e a prévia tentativa da sua obtenção na via administrativa<sup>11</sup>.

Quanto à hipótese de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive aqueles que forem de alto custo, o ministro entende que o Estado não pode ser obrigado a fornecê-lo, como regra geral: “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”.

Nesse sentido, foram propostos por Barroso cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde:

---

<sup>8</sup> Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>. Acesso em: outubro de 2016.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>. Acesso em: outubro de 2016.

<sup>11</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 13 de outubro de 2016.

incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo<sup>12</sup>.

O ministro destaca, ainda, a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e os núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec, de modo que tal diálogo deveria ser exigido, em um primeiro momento, para verificar a presença dos requisitos de dispensação do medicamento e, em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes – Conitec e o Ministério da Saúde – avaliassem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada<sup>13</sup>.

Desse modo, Barroso desproveu o RE 566471 – sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) – e formulou a seguinte tese de repercussão geral: “o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”<sup>14</sup>.

Já em relação ao RE 657718 – fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) –, o ministro proveu parcialmente o recurso, a fim de determinar o fornecimento do medicamento solicitado, tendo em vista que, no curso da ação, o remédio foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Em seu voto, o ministro considerou que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa por decisão judicial<sup>15</sup>.

O ministro propôs a seguinte tese de repercussão geral:

o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com

---

<sup>12</sup> Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: outubro de 2016.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Notícia veiculada no site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: outubro de 2016.

<sup>15</sup> *Idem*.

registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União<sup>16</sup>.

Em seguida, o ministro Edson Fachin votou pelo provimento parcial do RE 566471. Ele considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. Para o ministro,

as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde.

Assim, o ministro propôs cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e o custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde: 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS<sup>17</sup>.

Quanto ao RE 657718 (medicamentos sem registro na Anvisa), o ministro Edson Fachin votou pelo total provimento do recurso para determinar, no caso concreto, o fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que, durante o trâmite do processo, tal remédio foi registrado e incluído no âmbito da política de assistência à saúde. O ministro propôs a seguinte tese:

no âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Para o ministro, nos casos de controle da decisão regulatória, o Poder Judiciário deve assumir uma “postura mais deferente” às escolhas técnicas ou democráticas,

---

<sup>16</sup> Voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: outubro de 2016.

<sup>17</sup> Notícia veiculada no site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: outubro de 2016.

tomadas pelos órgãos competentes, “sem, contudo, deixar que a administração e as entidades regulatórias abstenham-se de prestar contas de sua atuação”<sup>18 19</sup>.

Ocorre que a análise da matéria foi novamente suspensa, por um pedido de vista do ministro Teori Zavascki e até o momento aguardo julgamento final.

## 5 Considerações finais

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração, o qual é amparado pelo princípio do mínimo existencial, devendo o Estado criar medidas para que todos possam ter amplo acesso a esse direito, que, ao ser efetivado pelo Poder Público, é amparado na reserva orçamentária, desempenhando apenas aquilo que está dentro de seu alcance.

Sob essa égide, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 196, que todos possuem direito à saúde, e o Estado tem a obrigação de efetuar políticas sociais e econômicas para a concretização desse direito à população. Nesse diapasão, essa norma é entendida doutrinária e jurisprudencialmente como regra de aplicação imediata.

Nesse contexto, deparando-se com a ineficácia das políticas públicas, o indivíduo poderá recorrer ao Judiciário com a *ultima ratio* para que, por fim, possa ter seu direito à saúde garantido, valendo-se daquele órgão como a sua última oportunidade para ter acesso amplo e igualitário, fazendo jus do seu direito à saúde, assegurado em nossa Carta Maior. O direito à saúde é tema que, em tempos recentes tornou-se especialmente caro à jurisdição constitucional brasileira. A expansão do papel do Judiciário enquanto concretizador de previsões constitucionais afetou de forma significativa as demandas relacionadas aos direitos sociais, cuja garantia e proteção integral no texto constitucional são incontestáveis, mas que encontram percalços de ordem econômica e gestacional em sua efetivação pelas forças governamentais<sup>20</sup>.

A competência foi atribuída ao Estado, que deve, por meio de políticas públicas, proporcionar os meios suficientes para que, de forma universal e igualitária, o direito à saúde possa ser usufruído em sua plenitude. Porém, esse objetivo encontra-se comprometido, tendo em vista a falta de recursos suficientes e a má administração dos recursos já existentes. O Judiciário encontra-se abarrotado com incontáveis ações requerendo diversos tratamentos, procedimentos e medicamentos, tendo em vista não serem oferecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS por ausência de previsão das normas regulamentadoras do SUS ou por insuficiência de fundos para garantir o acesso aos procedimentos e tratamentos já disponibilizados pela rede.

---

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> O ministro considerou que, para que a garantia do direito à saúde seja materializada pelo Poder Judiciário, devem ser observadas, de modo não cumulativo, algumas premissas: 1) controle de legalidade; 2) controle da motivação; 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória; e 4) controle da resposta em tempo razoável.

<sup>20</sup> Gilmar Mendes, ao escrever o prefácio do livro *Direito a Medicamentos – O Direito Fundamental à Saúde na Jurisprudência do STF*, de Ricardo Barreto de Andrade.

Ademais, a judicialização da saúde não é entendida pelo Supremo Tribunal Federal como uma interferência ilegítima do Judiciário nas funções dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim como forma de controle de constitucionalidade das políticas públicas empregadas.

Para o STF, o estudo acerca da judicialização da saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica. Ou seja, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Barroso (2010, p. 21) entende que “onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir”.

O STF fixou critérios que pudessem nortear as decisões da Suprema Corte. Viu-se que o Judiciário é um importante foro de debates a respeito das políticas públicas definidas pela Administração, sobretudo no caso da saúde.

Constata-se, assim, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é criterioso, uma vez que fixou critérios que deverão ser observados pelo julgador, priorizando o tratamento disponível pelo SUS ao invés do particular escolhido pelo paciente ou pelo seu médico, evitando o deferimento de fornecimento de medicamentos que não tenham eficácia comprovada pela comunidade científica e indeferindo os que já tiverem sua ineficácia comprovada e, finalmente, quando do fornecimento de fármacos, priorizarem os que possuam registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Por fim, o STF, dois meses atrás, deu início ao julgamento de dois importantes recursos em conjunto, os quais tiveram repercussão geral reconhecida pelo plenário do STF e tratam do fornecimento de medicamentos considerados de alto custo, que não sejam oferecidos pelo SUS ou que não sejam registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). A população, por meio de manifestações, apoiou a causa, ganhando o tema espaço de destaque na imprensa nacional.

Tanto é verdade que o relator, ministro Marco Aurélio Mello, dias após ter votado os referidos recursos, alterou o voto apresentado anteriormente para acrescentar a possibilidade da importação de medicamentos não fabricados ou comercializados no Brasil, sem registro na ANVISA. Barroso defendeu a liberação por decisão judicial em situações excepcionais, desde que atendidos determinados requisitos.

Já o ministro Edson Fachin preferiu sugerir parâmetros mais rígidos para o fornecimento de medicamentos, elencando, também, condições para o deferimento. O ministro Teori Zavascki solicitou direito de vista, e o julgamento foi suspenso, sem previsão de nova sessão.

Portanto, é de extrema importância que a decisão judicial proferida no campo da política pública de saúde seja precedida de discussão, de amplo debate e de todos os tipos de informações necessárias, sobretudo com detida análise orçamentária,

possibilitando aos magistrados melhores condições para analisar e julgar o caso em concreto.

Certamente, quanto mais houver essa integração do Judiciário com as demais funções e responsáveis das áreas específicas que cada caso tratar, mais próximo da correção estará o órgão julgador, justificando, assim, sua função de protetor dos direitos fundamentais.

### *Referências*

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Lucélia de Sena. A judicialização do direito fundamental à saúde e a necessidade da adoção de critérios preestabelecidos. In SILVA, Adriana Campos; SILVA, Carla Ribeiro Volpini. *Governança Pública, Atuação Judicial & Direitos Humanos*. Vol. 5. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Conceitos técnicos*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/conceito.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

BARRETO, Ana Paula Pereira Lucas. Da judicialização do direito à saúde e seus impactos na administração pública. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). *Direito Público*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm)>. Acesso em: 17 dez. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

\_\_\_\_\_; *et al.* Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: Polis, 2001.

\_\_\_\_\_. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php> Acesso em: 20 dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Narthfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/1394\\_23por.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/1394_23por.pdf)> Acesso em: 20 dez. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. *O STF e o medicamento de alto custo*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246625,41046-O+STF+e+o+medicamento+de+alto+custo>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PINHEIRO, Roseni. ASENSI, Felipe D. *Desafios e estratégias de efetivação do direito à saúde*. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a02v20n1.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde. In: *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

## Hermenêutica e mutação (in)constitucionais: os fluxos do populismo jurídico, penal e midiático no Judicialismo Constitucional Brasileiro

*Hermeneutic and mutation (un)constitutional: influences of the legal, penal and media populism in Brazilian Constitutional Judicialism*

**Jardel Luciano da Silva Magalhães**

Aluno do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: [jardellucianopm@gmail.com](mailto:jardellucianopm@gmail.com)

**Resumo:** O processo de interpretação e de concretização de Direitos e Garantias Fundamentais, no tocante à hermenêutica e à mutação constitucional no Judicialismo Constitucional brasileiro – especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal – é temática que suscita grandes controvérsias, aliás, não só no âmbito jurídico. Discute-se, academicamente, acerca dos possíveis efeitos desses fenômenos, dentre os quais o de uma marcada relativização de direitos e garantias fundamentais, como o fruto de decisões não raras vezes mais eminentemente políticas e ideológicas que puramente jurídicas, principalmente quando temperadas – ou destemperadas? – pelo clamor popular e por discursos populistas e midiáticos, diante dos crescentes casos de corrupção desenfreada e generalizada nos diversos setores e em todos os níveis do Poder Público. A relevância do debate se deve muito pela contemporaneidade que o permeia, considerando o papel de destaque do Supremo Tribunal Federal nos atuais contextos jurídico e político que eclodem no cenário brasileiro. Assim, diante de um periclitante processo de relativização de direitos e garantias fundamentais, torna-se premente revisitar a teórica da hermenêutica e da mutação constitucional, notadamente quanto aos princípios e aos limites consentâneos com os postulados clássicos dos direitos e garantias constitucionais, até se chegar à concretização e à atualização de tais direitos, em um processo gradativo-evolutivo e em contraponto ao retrocesso não raras vezes evidenciado no Judicialismo Constitucional brasileiro.

**Palavras-chave:** Hermenêutica e Mutações constitucionais. Populismo jurídico. Populismo penal midiático. Relativização de direitos e garantias fundamentais.

**Abstract:** The process of interpretation and realization of the Fundamental Rights and Guarantees, regarding hermeneutics and constitutional change in Brazilian Constitutional Judicialism - especially in the scope of the Federal Supreme Court - is controversial, not only in the legal context . It is argued, academically, about the possible effects of these phenomena, among them the one of a marked relativization of fundamental rights and guarantees, such as the results of decisions that are often more eminently political and ideological than purely juridical, especially when tempered - or intemperate? - by popular outcry and by populist and media discourses, in the face of increasing cases of rampant and widespread corruption in various sectors and at all levels of the public power. The relevance of the debate is due to the contemporaneousness that permeates it, considering the prominent role of the Federal Supreme Court in the current legal and political contexts that hatch in the Brazilian scenario. Thus, in the face of a pernicious process of relativization of fundamental rights and guarantees, it is imperative to revisit the hermeneutics and constitutional mutation theory, notably

regarding to the principles and limits consistent with the classical postulates of the constitutional rights and guarantees, until the concretization and the updating of these rights, in a gradual-evolutionary process and in counterpoint to the retrocession not infrequently evidenced in the Brazilian Constitutional Judicialism.

**Keywords:** Hermeneutics and Constitutional Mutations. Legal populism. Media criminal Populism. Relativization of fundamental rights and guarantees.

---

## 1 Introdução

Propõe-se, o presente estudo, a traçar os meandros da hermenêutica constitucional, desde sua gênese contemporânea no Direito Alemão – pós Segunda Guerra, até chegar à mutação constitucional proeminente no Judicialismo Constitucional brasileiro, notadamente, no Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, recorre-se, de início, ao Direito Constitucional Alemão, mormente no ideário da ponderação e do sopesamento, o qual, naquele país, desdobrou-se em verdadeiro Controle de Proporcionalidade. É inegável que o movimento de constitucionalismo brasileiro tem sorvido em demasia da fonte alemã – como haveria de ser, evidentemente, muito pela onda constitucionalista que emanou e emana do “Velho Continente”, mais ainda depois do colapso de duas Grandes Guerras que se tornaram o alicerce do Direito Constitucional Contemporâneo, que eclodiu com mais vigor a partir da segunda metade do século XX e que viceja, agora, em escala mundial.

Por oportuno, fala-se aqui em Judicialismo Constitucional como um fenômeno que retrata a atuação dinâmica do juiz constitucional, para além de um positivismo jurídico que engessa a norma constitucional e a afasta, gradativamente, da realidade fática (social). Em princípio, torna-se sobremaneira positiva (benéfica) tal ideia que se traduz em um Judiciário Constitucional em movimento, voltado à concretização dos direitos e das garantias fundamentais.

Tem-se observado, todavia, certa oscilação entre similitudes e discrepâncias, paulatina e contraditoriamente sedimentada na Jurisprudência edificada no Supremo Tribunal Federal, principalmente se comparada com aquelas fontes primevas. Cogita-se – e há certa razão no raciocínio – que esse fenômeno seja fruto de uma exacerbada interação com a opinião pública, cada vez mais midiaticizada, para além do papel contramajoritário imanente ao Pretório Excelso. Por conseguinte, essa íntima relação poderia deflagrar um populismo jurídico, imerso no clamor social, em torno das decisões da Corte Constitucional brasileira, que se mostra sensivelmente insuflado pela onda de populismos penais, muito devido aos seguidos casos de corrupção aflorados nas diversas esferas do Poder Público, nesta e na última década. Além disso, não se pode olvidar que as decisões do STF, histórica e incontestavelmente, são engendradas e se revestem de matizes políticos e ideológicos, como se tem observado.

Malgrado a plausibilidade do discurso da busca da Justiça e da efetividade da prestação jurisdicional, debate-se como a teoria da colisão entre princípios (direitos e garantias fundamentais), bem como a técnica de sopesamento, por intermédio do princípio da proporcionalidade, chegaria, por vezes, a ser deturpada, por decorrência de uma hermenêutica silogística (desarrazoada), em não muitos raros exemplos pinçados de julgados do Supremo Tribunal Federal. Consectariamente, nesse contexto,

em princípio, a exegese daria lugar a mutações constitucionais, de certa maneira sofismadas, e acabaria por afastar os direitos fundamentais de sua concretização, em um processo marcado pela involução e na contramão de conquistas seculares e caras ao gênero humano, repercutindo em uma relativização homeopática de Direitos e Garantias Fundamentais incrustados na Constituição Brasileira Cidadã de 1988.

A fim de alcançar as propostas atinentes à presente pesquisa científica, utilizar-se-á do método teórico de pesquisa, com enfoque nos tipos bibliográfico e documental. A mais, valer-se-á da absorção de conceitos e apontamentos disponíveis na vasta doutrina, brasileira e internacional (especialmente a alemã), concernente à temática em apreço. Por conseguinte, a pesquisa será desenvolvida com ênfase no método dedutivo, por intermédio do estudo de obras já publicadas voltadas ao debate proposto, além de artigos científicos que sejam, de igual modo, mais afeiçoados ao tema. Em primazia, houve a opção pela pesquisa documental, já que intimamente relacionada à proposta sob debate circunscrito à jurisprudência constitucional em sede do Supremo Tribunal Federal, palco em que, com maior frequência, o trabalho se debruçará. Nesse contexto, nada obstante o viés eminentemente teórico e abstrato que margeia a proposta do trabalho, não se perde de vista a viabilidade no contexto da realidade prática – palpável, diante da relevância dos resultados imanentes à pesquisa científica, que se vislumbram, de início, na esteira do debate.

Com o reforço da vasta doutrina constitucional – sobremaneira a alemã e a brasileira, atrelada aos principais julgados provenientes da Corte Constitucional brasileira e afetos ao debate ora demarcado, dedica-se o presente estudo a traçar um paralelo entre a gênese moderna da temática dos Direitos Fundamentais e a situação constitucional na realidade hodierna, bem como buscar dimensionar o quanto a atual interpretação constitucional brasileira tem amadurecido ou mesmo se distanciado daqueles postulados em sua incipiência. Noutros termos, busca-se dimensionar em que passo se encontra a atualização e a concretização dos direitos fundamentais na contemporaneidade do Judicialismo Constitucional brasileiro, assim como dimensionar o grau de influência dos anseios populares calcados em um populismo penal e midiático – que repercute no populismo jurídico – cada vez mais notável no âmbito das Decisões do Supremo Tribunal Federal ou, por dever de coerência temática, no Judicialismo Constitucional brasileiro.

## ***2 Fundamentos e limites à interpretação de normas constitucionais a partir do constitucionalismo alemão e os desdobramentos no Judicialismo Constitucional Brasileiro***

O estudo exegético de aspiração e de alcance do sentido da Constituição – sobremaneira desenvolvido e aperfeiçoado na Alemanha – pode ser compreendido como um processo de atualização e de aproximação no âmbito da relação, não raras vezes conflitante, entre a realidade fática e a realidade constitucional. No tocante a esse

interminável embate, realçado pela interação entre a realidade fática e o texto constitucional, assevera Hesse (2009, [s. p.]<sup>1</sup>):

considerada em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. O fato é que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.

É notável que a hermenêutica constitucional vê-se circunscrita à correlação entre essas realidades e pode-se dizer que se encontra igualmente adstrita, como um produto dessa fatoração. No entanto, dessa confluência entre o texto e o contexto constitucionais, não se pode perder de vista que a norma constitucional não deve se afastar em demasia dos preceitos incutidos no texto constitucional, realidade esta em que a Constituição se veria suplantada pela realidade fática, desvanecida em sua força normativa. Ainda no âmbito teórico, retratando o tema sob a perspectiva da interpretação constitucional, são relevantes as lições de Mendes e Branco (2015, p. 81):

a atribuição de sentido a um preceito constitucional é atividade marcada por considerável potencial de efeitos vários sobre a ordem jurídica e sobre o cotidiano dos indivíduos. A atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescandível relevo para a vida social e para a definição do Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social; a interpretação da Constituição “só faz pleno sentido se posta a serviço da aplicação” e não se cogita de aplicação sem interpretação. O trabalho de interpretar a Constituição, portanto, integra um esforço de aplicar uma norma constitucional, o que leva Konrad Hesse a concluir que “a interpretação constitucional é concretização”.

A inspiração da doutrina e da jurisprudência alemã, ainda mais nesse sentido, é inquestionável. Não por acaso, tem-se observado estarem a doutrina e a jurisprudência constitucionais brasileiras debruçadas sobre aquelas provenientes da Alemanha. Esse processo interativo, como delineado no presente estudo, vem proporcionando um amadurecimento constitucional à lida jurídica nativa, sem, contudo, deixar de lado o caráter idiossincrático que, bem ou mal, é também marcante no âmbito jurisprudencial – denotando uma linha de bifurcação divergente em alguns momentos. Por

---

<sup>1</sup> Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho.

consequente, Barroso (2015, p. 313-314), citando Ferdinand Lassale, traça um paralelo, no contexto da interpretação constitucional:

na doutrina e na jurisprudência alemãs reproduzem-se, de certa forma, algumas das discussões que permearam o desenvolvimento das diferentes Escolas jurídicas. Há propostas que concebem o raciocínio jurídico em termos lógico-formais, de modo que também as questões constitucionais se resolveriam pela aplicação de normas gerais aos casos concretos, mediante a subsunção. Trata-se do *método clássico de interpretação constitucional*. Em outra linha está a concepção que valoriza o problema concreto levado à apreciação judicial. O fundamento seria produzir a solução mais razoável para o caso concreto, mesmo que tal desfecho não resultasse diretamente do texto constitucional. Este é o *método tópico-problemático*. Uma terceira construção teórica procura conciliar elementos das duas formulações anteriores: pelo *método hermenêutico-concretizador* procura-se legitimar a construção da solução mais razoável para o problema, desde que circunscrita às possibilidades oferecidas pelo texto constitucional. [...] A *hermenêutica concretizadora* procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Destaca, assim, a importância da pré-compreensão do agente da interpretação, seu ponto de observação e sua percepção dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos. Igualmente significativa é a realidade objetiva existente, “os fatores reais de poder”, na expressão clássica de Ferdinand Lassale. E por fim, não menos relevante, é o sistema jurídico, “a força normativa da Constituição”, com sua pretensão de conformar a realidade – o *ser* – ao *dever-ser* constitucional. A constituição não pode ser adequadamente apreendida observando-se apenas o texto normativo: também a realidade social subjacente deve ser integrada ao seu conceito. Por outro lado, a Constituição não é mero reflexo da realidade, por ser dotada de capacidade de influir sobre ela, de afetar o curso dos acontecimentos. O papel do intérprete é compreender esse condicionamento recíproco, produzindo a melhor solução possível para o caso concreto, dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento.

Considerando a proeminência de uma hermenêutica concretizadora, a interpretação constitucional, como bem apontam Mendes e Branco (2015), por vezes, esbarra em ambiguidades e, até mesmo, em incoerências normativas existentes na Lei Maior. Como cedo, ambiguidades, incoerências e lacunas são óbices à concretização da norma constitucional, além de demandar maior esforço interpretativo dos destinatários, em um contexto que a hermenêutica constitucional faz-se imprescindível, afinal, como diria Hesse, a interpretação constitucional, em um sentido mais estrito, “faz-se necessária e se põe como problema toda vez que temos de resolver uma questão constitucional que a Constituição não nos permite responder de modo conclusivo” (HESSE, 2009, [s. p.]). Invariavelmente, quando o próprio texto constitucional se coloca como celeiro de ambiguidades e incoerências, torna-se, outrossim, um terreno fértil para o surgimento de técnicas de interpretação discrepantes entre si, ou mesmo em contradição com o sentido latente incrustado no próprio dispositivo constitucional que as ensejou. Hesse (2009, [s. p.]), ao delimitar interpretação como concretização, adverte:

a interpretação constitucional é “concretização” (*Konkretisierung*). Precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da “realidade” de cuja ordenação se trata. Nesse sentido, a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só se contempla com a sua interpretação; mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma.

Do excerto, constata-se a necessidade premente de se evocar os limites à atividade criativa da parte dos intérpretes da Constituição – notadamente, o Supremo Tribunal Federal, nessa esteira de debate – e, com mais razão, os julgadores que se debruçam sobre a Constituição, diuturnamente, para prover decisões compatíveis com as normas constitucionais. Mais que pertinente, nesse contexto, é a teoria estruturante de Friedrich Müller, o qual avança na ideia de concretização de Konrad Hesse, ao imprimir maior organicidade ao processo hermenêutico constitucional. Souza Neto e Sarmiento (2012, [s. p.]), citando Friedrich Müller, explanam acerca da “Teoria Estruturante”:

a atividade de concretização que utiliza elementos oriundos da realidade somente terá lugar no preenchimento do espaço deixado após a definição do *programa da norma*. No intuito de racionalizar e controlar o processo de interpretação constitucional, com a explicitação de suas diversas etapas e variáveis, Müller elabora uma série de critérios para resolução de conflitos entre diversos elementos de concretização. Para Müller, por exemplo, os elementos do âmbito da norma são hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação do texto da norma. No entanto, os elementos de interpretação do texto da norma têm precedência no que se refere à fixação do “limite de resultados admissíveis” no processo de concretização constitucional. A interpretação gramatical e a interpretação sistemática devem fixar os limites da decisão. E o elemento gramatical tem precedência sobre o sistemático. Definidos os limites textuais e assentada a posição hierarquicamente superior dos elementos diretamente referidos à norma, tem lugar a busca da solução mais justa e conveniente ao caso concreto.

Admitida a prevalência dos elementos gramaticais e sistemáticos, têm-se que estes encerram as possibilidades semânticas que são o parâmetro e o limite à interpretação na lida do Judicialismo Constitucional. No contexto de um Judicialismo Constitucional, assim como trazido por Tavares (2012, [s. p.]), na obra “Paradigmas do Judicialismo Constitucional”, na qual propõe, logo no introito:

esta obra está voltada para o estudo dos paradigmas atuais de atuação do juiz constitucional, considerando-a no contexto do que vem denominado como um ‘judicialismo constitucional’, ou seja, uma atuação própria e bem identificada, que merece ser amplamente conhecida e discutida em suas bases, efeitos e limites, intimamente vinculada à proposição de uma supremacia constitucional eficaz e efetiva. Embora a obra tenha realizado um corte metodológico para ficar focada na figura do chamado “juiz constitucional” e “Justiça Constitucional”, a transformação opera em espectro muito mais amplo e inclui os demais atores

essenciais à Justiça. É o Judiciário, contudo, que, uma vez demandado a atuar nesses termos, suporta a carga de assumir e construir uma novel postura, adequada em seu conteúdo e em sua forma de apresentação (especialmente na chamada proteção da confiança, já que está lidando com “transformações” e novos paradigmas).

Nota-se que o debate adstrito à atuação judicial com enfoque no judicialismo constitucional perpassa por uma supremacia constitucional eficaz e efetiva, somente viabilizada por decorrência de uma atuação dinâmica, porém, sempre margeada nos limites inerentes à hermenêutica constitucional, conforme já proposto. Faz-se necessário colacionar, nesse contexto, os apontamentos de Coelho (2011, [s. p.]), citando Juan Fernando López Aguilar, ao discorrer sobre os limites às interpretações constitucionais:

no âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça. Nesse sentido, é de todo oportuna a observação de Juan Fernando Lopez Aguilar, a nos dizer que, hoje em dia, o direito constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a bagagem de padrões hermenêuticos desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional.

Por intermédio do raciocínio edificado, evidencia-se que o exercício da hermenêutica constitucional procedido pelos intérpretes da Constituição – realizado com primazia por seu órgão protetor: o Supremo Tribunal Federal – não deve se desvencilhar das possibilidades semânticas imanentes ao texto constitucional – sem deixar de lado, além disso, a bagagem de padrões hermenêuticos – para que a norma extraída pela interpretação não destoe, irremediavelmente, da base axiológica que a reveste. Admitindo-se a proeminência do método hermenêutico-concretizador, recorre-se a Mendes e Branco (2015, p. 93-94), os quais, citando Hesse e Canotilho, expõem o debate acerca dos princípios que informam a interpretação constitucional:

o método hermenêutico-concretizador propõe, para o auxílio do intérprete/aplicador da Carta, balizas a serem observadas na interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior teor de racionalidade à tarefa, reduzindo os espaços para pragmatismos exacerbados, tema de críticas acerbas em algumas instâncias. Essas guias do processo interpretativo, direcionadas à maior consistência dos seus resultados, foram expostas por Konrad Hesse, sob a fórmula de princípios da interpretação constitucional, e convém que sejam conhecidas. Esses princípios foram também recebidos, em língua portuguesa, por Gomes Canotilho, vindo a ser, adiante, repetidos por alguns autores brasileiros. Podem ser úteis, como fatores retóricos, mas não devem ser ingenuamente superestimados. Não há uma hierarquia entre eles e, num caso concreto, podem entrar em contradição entre si. Apresentam utilidade, mas com a relativização própria de um

“catálogo-tópico dos princípios da interpretação constitucional”, como a eles alude Canotilho. Hesse, seguido por Canotilho, identifica-os como princípio da unidade da constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição.

Perpassando pelos limites impostos à hermenêutica constitucional, tendo uma razoável precaução para que a atividade criativa do intérprete não desencadeie normas, em sua essência, inconstitucionais – pois que dissociadas do texto e do contexto ensejadores, deve-se recorrer, de igual modo, à técnica – princípio – da proporcionalidade ou da ponderação. Registre-se, oportunamente, tratar-se de mais um relevante influxo da doutrina constitucional alemã já arraigada ao Direito Constitucional Brasileiro. Delineando os fundamentos para essa aproximação, como reforço argumentativo, são mais que pertinentes as lições de Alexy (2015, p. 130-131)<sup>2</sup>, ao tratar dos direitos fundamentais com reserva simples, a título de explanação:

se se tomam as normas de direitos fundamentais estabelecidas de forma literal, pode-se dizer que elas garantem muita coisa. Já o problema das normas de direitos fundamentais com reserva simples – também se as tomamos literalmente – é que elas que garantem muito pouco. Assim é que, segundo o teor das disposições de direitos fundamentais, a liberdade pessoal, ou seja, a liberdade física de locomoção, garantida pelo art. 2º, § 2º, da Constituição alemã, está, nos termos da regra de reserva do art. 2º, § 2º, 3, e até o limite de seu conteúdo essencial, completamente à disposição do legislador, que deve apenas respeitar as exigências formais do art. 19, § 2º. Se se leva em consideração apenas o texto constitucional, os direitos fundamentais garantidos com reserva simples ficam esvaziados na parte que está além de seu conteúdo essencial. Que isso não possa ser assim é uma consequência da vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais, prevista pelo art. 1º, § 3º. Se o legislador puder restringir livremente um direito fundamental, não se pode dizer que está a ele vinculado. Esse esvaziamento pode ser evitado ou por meio de uma garantia do conteúdo que se estenda a toda intervenção em um direito fundamental, ou por meio da introdução, para além da garantia do conteúdo essencial, de um critério adicional não-escrito que limite a competência do legislador para impor restrições. A garantia do conteúdo essencial é estendida a todos os direitos fundamentais pelas teorias chamadas relativas, segundo as quais uma restrição atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental se ela for desproporcional, isto é, se for inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito, ou seja, se não estiver “em uma relação apropriada com o peso e a importância do direito fundamental”.

Dessas breves considerações, nota-se mais um preponderante parâmetro para a hermenêutica constitucional, qual seja, o princípio da proporcionalidade ou da ponderação. Noutros termos, consubstancia-se no exercício do sopesamento diante da colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente tutelados e concretizados sob a fórmula de mandamentos de otimização. Transportando o debate para o cenário brasileiro, recorre-se aos apontamentos ofertados por Sarlet, Marinoni e

---

<sup>2</sup> Traduzido por Virgílio Afonso da Silva.

Mitidiero (2015, [s. p.]), os quais assinalam que “o princípio da proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. Por conseguinte, possibilita-se, até mesmo, um processo de relativização, no caso concreto, sem, contudo, desvanecer o seu conteúdo essencial, por intermédio de um periclitante esvaziamento (diluição), para além do núcleo rígido que o torna materialmente fundamental.

Como ponto de partida, esses são os vértices que consubstanciam uma zona limítrofe à atividade criativa do intérprete da Constituição e obstáculo diligentemente erigido para que as normas constitucionais produzidas por intermédio da hermenêutica constitucional não se “desprendam” do texto constitucional que as desencadeou. Frisa-se que, a despeito de todos os apontamentos ora demarcados, não é incomum que a interpretação produza normas aparentemente constitucionais em seu discurso – as chamadas mutações constitucionais, mas, não raras vezes, divorciadas do texto constitucional que as propiciou (e limitou, pelo menos hipoteticamente). É sobre esse processo de descontinuidade entre texto e normas constitucionais – assim como os fatores que o desencadeiam – que o presente trabalho se debruçará.

### ***3 Os influxos da opinião pública e do populismo jurídico, penal e midiático no processo decisório no âmbito do Supremo Tribunal Federal***

É indiscutível que a hermenêutica constitucional não se encontra absorta e intangível aos anseios e expectativas sociais, como que sacralizada por decorrência de uma suposta exclusividade para o seu exercício pela Corte Constitucional brasileira – o Supremo Tribunal Federal. Se assim o fosse, o texto constitucional se transformaria em um esquife para a própria norma constitucional, perenemente afastada de sua concretude, pois que apenas adstrita a uma “realidade” eminentemente teórica, afastada da realidade fática, em verdadeiro óbice intransponível à realidade constitucional. Aproximando a norma constitucional de seus destinatários, invocam-se as lições de Häberle (2002, p. 23-24)<sup>3</sup>

a análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos (NT3) ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento (NT4). Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser

---

<sup>3</sup> Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Diante dessa ampliação do catálogo dos intérpretes constitucionais, não seria fora de propósito a assertiva de que, cada vez mais, a sociedade se imiscui nas questões (decisões) judiciais, ao ponto de questionar e construir análises críticas, por ocasião de uma interpretação constitucional emanada do Poder Judicial e tida como juridicamente equivocada – mormente as decisões do STF que são mais comumente midiaticizadas. Oportunamente, Häberle (2002, [s. p.])<sup>4</sup>, entrevistado sobre as condições mínimas necessárias para o exercício da jurisdição constitucional, citando R. Smend, assim se posicionou:

existem garantias formais e informais para uma fundamentação de sucesso dos tribunais constitucionais e para seu desenvolvimento nas democracias jovens. Parte dos pressupostos informais é que todos os órgãos do Estado e a opinião pública pluralista desenvolvam uma vontade a favor da Constituição. Isto começa nas escolas, em que, por exemplo, os direitos humanos devem ser inculcados e termina com a fidelidade à Constituição por parte dos órgãos do Estado; o que é conhecido no federalismo alemão como fidelidade à federação (R. Smend). Todos os órgãos do Estado devem respeitar-se mutuamente em suas competências e funções. A ideia de *checks and balances* deveria ser literalmente interiorizada por todos os partícipes da vida constitucional. As garantias formais não são tão pouco importantes. Por isso, a força vinculante das resoluções do tribunal constitucional deve ser assegurada. Claro que todo tribunal constitucional, por sua vez, também tem de prestar atenção à aceitação do conteúdo de suas resoluções. Isso começa com a linguagem jurídica (compreensível), passando pela aplicação racional do instrumento jurídico e das regras artificiais do método, e termina com a plausibilidade do resultado previamente controlado em sua legalidade.

Tais assertivas são translúcidas e se agregam sobejamente como reforço ao raciocínio edificado no presente trabalho. Em outras palavras, a fidelidade à Constituição deve ser a bússola tanto dos entes estatais (o Pretório Excelso, com primazia), assim como da opinião pública pluralista, todos estes, como intérpretes, sujeitos à vontade da Constituição Federal. No entanto, não se descarta que, ao admitir tais premissas, tangencia-se um terreno ainda pouco explorado, diante do risco de ver esmaecer a vontade constitucional, enquanto a fidelidade à Constituição se torne opaca, se os influxos da opinião pública não forem filtrados pelos princípios limitadores da atividade interpretativa. Dentro dessa nova perspectiva, Direito e Sociedade se colocam em um novo quadro interativo, no qual a opinião pública passa a ter maior proeminência no cenário jurídico e até a influenciar decisões judiciais nos diversos níveis de atuação do Poder Judiciário. A respeito dessa relação, propõe Barroso (2015, p. 472):

---

<sup>4</sup> Traduzido por Carlos dos Santos Almeida.

o poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude. O quadro, hoje, é totalmente diverso. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão. A relação entre os órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta às das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto a sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre o Judiciário e opinião pública e afirmar que quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social.

Como bem destaca Barroso, a admissão dessa correlação entre o Direito (e a sua interpretação) e a opinião pública é recente, pelo que carece de uma reflexão mais pormenorizada, afinal, há o risco perene de o Judiciário se converter na antessala dos clamores populares, que nem sempre coadunam com os desígnios constitucionais. Noutros termos, reconhecidos os influxos sociais, o julgador que, irrefletidamente, coloca-se como mero porta-voz da opinião pública, inspirado em um populismo jurídico, por um receio pujante de não contrariar as maiorias, não atua sob os auspícios constitucionais, apartando, em última análise, o direito da justiça. Não se pode olvidar, nesse contexto dialético, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, que faz emergir novas e relevantes nuances ao debate ora proposto. Recorre-se, por dever de coerência, ao professor Barroso (2015, p. 473-474), com os relevantes apontamentos:

embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro dos limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser

compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.

Por conseguinte, se, por um lado, é pertinente reconhecer o valor e o peso da voz da maioria, em um anseio formalmente democrático, é pela voz das minorias que a Corte Constitucional brasileira alcança, verdadeiramente, o Estado Democrático e Constitucional de Direito, no exato sentido que permeia o epíteto Democracia. Ao lançar luzes sobre o debate acerca de uma Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle (2002, p. 45-45) também adverte:

peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da sociedade. Considere-se o “consenso constitucional” (*Verfassungskonsens*) a respeito do § 218 do Código Penal ou em relação a algumas disposições da lei sobre ensino superior, ou ainda, relativamente à lei sobre congestão paritária (*paritätische Mitbestimmung*). Nesses casos, deve a Corte exercer um controle rigoroso, utilizando generosamente a possibilidade de concessão de liminar (§ 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) (C.f., a propósito, infra nº 3). É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).

Mesmo diante de uma Constituição cada vez mais aberta e interpretada (atualizada e concretizada), não se deve perder de vista a necessidade premente de se preservarem os anseios constitucionais que a inspiraram, exatamente no apogeu da transição entre o regime ditatorial, outrora vigente, e a experiência democrática vivenciada a partir de 1988. Nesse contexto, como bem aponta Häberle, a função integrativa da Constituição e a participação/representação das minorias devem ser preservadas. Em paralelo, dando maior ênfase ao processo de integração, lecionam Souza Neto e Sarmiento (2012, [s. p.]), citando o professor alemão Rudolf Smend:

nas palavras de Smend, a Constituição normativa não pode senão consistir em uma representação legal de “aspectos determinados” do permanente processo de integração, devendo levar em consideração, para se tornar socialmente eficaz, os “impulsos e motivações sociais da dinâmica política, integrando-o progressivamente”. Os “artigos da Constituição” podem, no máximo, “inspirar a dinâmica política”, sem “abarcar a sua totalidade”. O “processo de integração”, ao qual o Estado está permanentemente sujeito, possui dimensões “pessoais”, “espirituais”, “funcionais” e “materiais” que não se deixam abranger totalmente pelo texto constitucional. A Constituição, para Smend, está em permanente desenvolvimento, o qual envolve fatores espirituais, sociais, individuais e coletivos. Nesse sentido, Smend defende que o Direito Constitucional seja concebido a luz do método das “ciências do espírito”, do que resulta a integração

do elemento valorativo na teoria constitucional, que havia sido rejeitado por Kelsen. Não por outra razão a interpretação constitucional deve ser efetuada de forma “extensiva” e “flexível”.

Uma leitura irrefletida de tais apontamentos poderia demonstrar a viabilidade – a despeito dos parâmetros já explicitados – dos influxos sociais no processo de interpretação. No entanto, como bem se adverte, sempre no compasso extensivo, no tocante ao primado dos Direitos e das Garantias Constitucionais e não restritivo, em um processo de involução, na contramão das conquistas que propiciaram a onda de constitucionalismo experimentada, com mais vigor, ao final do século passado.

Adiante, o debate que ora se esmiúça alcança seu ponto nevrálgico quando se admite a confluência entre o processo decisório judicial e a opinião pública que o circunda, ainda mais quando, por intermédio dos meios de comunicação, o Judiciário acaba por ser fiscalizado, em demasia, ou mesmo coagido, inconscientemente ou não, a acompanhar a vontade das massas. Sobre essa nova Justiça telemidiatizada, asseveram Gomes e Almeida (2012, [s. p.]):

a Justiça telemidiatizada é composta de palavras e discursos (moralistas, duros, messiânicos) que a população adora ouvir. A Justiça está deixando de ser apenas um lugar onde as pessoas são julgadas (de acordo com suas culpabilidades), para se transformar num privilegiado palco que lembra os rituais religiosos bíblicos de expiação, onde são sacrificados “bodes expiatórios” para a necessária purificação da alma de todos os pecadores. O STF, na sua nova função de telejulgador populista, está lavando a alma do povo brasileiro (disse um órgão midiático). E também nos proporcionando tele-entretenimento, com acalorados “bate-bocas”, entrecortados por suaves e inteligentes telemensagens ritmadas do tipo “o voto de minerva me enerva”. Nem a democracia nem os telejulgamentos solucionam os graves problemas da população (saúde, comida, trabalho, educação, transportes, segurança etc.), mas conforme suas melodramáticas performances podem alimentar uma necessidade do inconsciente coletivo, que vai muito além daquela coesão social de que falava Durkheim, para alcançar, se não se toma a devida cautela, o pináculo da festa populista da vingança. Em outras palavras, a Justiça telemidiatizada não soluciona o problema do pão, mas pode contribuir muito para a fermentação do circo.

A problemática aglutina ainda mais controvérsia no tocante ao surgimento de um populismo jurídico, em que a opinião pública – os seus anseios e clamores – ganha relevo na formação da decisão judicial. *Permissa venia*, o contexto se torna periclitante quando esse populismo jurídico é insuflado por seu correlato populismo penal e midiático. Gomes e Almeida (2012, [s. p.]) chegam a afirmar que os meios de comunicação sobressaem “dentre todos os possíveis agentes do discurso expansionista do populismo penal”. Diante de tais apontamentos, o debate se mostra cada vez mais atual, mormente quando parte do próprio Judiciário essa noção de que representa, em última análise, os anseios populares, os quais, por sua vez, encontram-se incitados pelo punitivismo/populismo penal.

Há, perenemente, o risco de o populismo penal se imiscuir no judicialismo constitucional, exatamente diante da vulnerabilidade de se conter o homônimo

populismo jurídico. Tal risco é exasperado quando se reconhece a permeabilidade do Judiciário, como acesso aos influxos sociais. Barroso (2015, p. 477), ao tratar dessa permeabilidade, afirma que “a permeabilidade do Judiciário à sociedade não é em si negativa. Pelo contrário. Não é ruim que os juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social”. A nocividade de eclodirem decisões judiciais engendradas no seio do populismo jurídico, penal e midiático, é incontestável. Torna-se, porém, ainda sobrelevada quando se reconhece a circunstância em que tais vertentes populistas encontram terreno fértil espreado no Judiciário, no exato instante em que a imparcialidade exigível à atividade jurisdicional é relegada e o juiz “se apaixonou” pela causa, passando a ser parte dela, afastando-se a credibilidade e a confiança (segurança jurídica), outrora baluartes inabaláveis. Nesse ponto, sobre o dilema do juiz apaixonado e da temática do sentimentalismo judicial como causas de desconfiança no judiciário, pondera Tavares (2012, [s. p.]), citando Mario A. Oderigo, Hernández Gil e Pablo Lucas Verdú:

essa desconfiança quanto ao juiz faz lembrar, inicialmente, a figura do “juiz apaixonado”, desenhada por Mario A. Oderigo, em sua conferência pronunciada em 1957, na Argentina, acerca de “O problema do juiz”, na qual observou: “O juiz apaixonado é ruim em qualquer caso; representa um permanente perigo [...] Porém, pode ocorrer algo pior: que o juiz, buscando a adulação da popularidade, recorra a soluções e argumentos de efeito, destinados a provocar reações emotivas”. Esse sentimentalismo judicial (Oderigo, 1959: 57), uma espécie de populismo judicial, deve ser combatido e banido das práticas judiciais. Pois “as resoluções que se fundamentam mais nos sentimentos do juiz do que em seu raciocínio, enquadram-se dentro do que Hernández Gil denomina de romanticismo jurídico” (Oderigo, 1959, p. 57). Também vale observar que não estou, aqui, impugnando a conhecida tese de Pablo Lucas Verdú, do sentimento constitucional, como forma de plena integração entre norma e realidade; a adesão provocada pelo sentimento jurídico de que fala Lucas Verdú, não é totalmente sentimental porque há nela “um certo grau de cálculo racional” (Lucas Verdú, 1985:5). Porém, o populismo judicial corrói a estrutura do Estado Democrático e Constitucional de Direito. É lesiva aos direitos fundamentais. Mas deve-se tomar a cautela de com ela não se confundir toda e qualquer forma de ativismo judicial.

Ainda que tenham sido claras as ressalvas propostas, não é fora de propósito pontuar que, nada obstante seja o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, nem por isso seja dotado de uma interpretação exponencialmente disruptiva e livre de qualquer parâmetro, a ponto de esmaecer a própria hermenêutica constitucional, diante do afastamento dos princípios que a conformam e limitam, como o da unidade da Constituição, o da máxima efetividade, o da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição.

#### **4 O intrincado Judicialismo Constitucional Brasileiro: da austeridade garantista à relativização homeopática de direitos e garantias fundamentais**

Malgrado a digressão anterior tenha o condão de gerar a desconfiança de parcela da sociedade no tocante às novas facetas ditas populistas da parte do Supremo Tribunal Federal, não se pode deixar de lados todos os avanços sociais e jurídicos produzidos por intermédio da atividade criativa do Judicialismo Constitucional. Os avanços experimentados nas últimas décadas são inegáveis, erigidos em um período em que a Suprema Corte brasileira viu surgir em suas cercanias eminentes juristas, os quais foram preponderantes para o progresso da Jurisdição Constitucional brasileira. Pertinente a esse raciocínio, retomando a ideia do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, leciona Barroso (2015, p. 476):

o que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i. e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, com juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

A função institucional e constitucional do Supremo Tribunal Federal, admitida a relevância dos papéis *contramajoritário* e *representativo*, perpassa pela assimilação da função de guardião da Constituição, diretamente por esta outorgada – *caput* do art. 102, da CF. Em uma análise eminentemente propedêutica, aparentemente, seria o STF objeto de uma predileção no tocante à hermenêutica constitucional, sem, contudo, olvidar que todos os demais destinatários, estatais ou não, são intérpretes em potencial, e todos, inclusive a Corte/ Tribunal, encontram-se adstritos aos princípios limitadores da interpretação constitucional. Entrementes, dando ênfase ao monopólio da última palavra imanente ao STF, exortava o Ministro Celso de Melo, na condição de Relator, por ocasião da ADI 3.345 (BRASIL, 2010):

a força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa

extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

O excerto ora colacionado evidencia que, hodiernamente, o próprio Supremo se reveste da atribuição de reformular a Constituição Federal, para além da clássica interpretação, no dito “processo informal” de mutação constitucional. Ademais, *permissa venia maxima*, deve-se ter todo o zelo quando se afirma que a Constituição Federal se encontra em permanente elaboração, sob a tutela dos tribunais incumbidos de aplicá-la. Tais afirmativas soam como se os Tribunais – notadamente o STF – fossem revestidos de uma exclusividade interpretativa, para além de uma primazia até certo ponto inquestionável. Retomando as lições de Peter Häberle, sobre uma pretensa dicotomia entre “Soberania e Democracia”, este assevera:

A democracia dentro do Estado constitucional é, por princípio, uma democracia de divisão de poderes: nenhum órgão do Estado tem poder soberano. O modelo de Estado Constitucional caracteriza-se por seu princípio da supremacia da Constituição. Talvez fosse de suprimir o conceito de soberania popular e de soberania estatal e substituí-lo pela ideia da soberania da Constituição. Num Estado constitucional que funciona, inclusive o poder que elabora e edita a constituição é constituído: isto é, não é ilimitado, e sim está restrito legalmente a certos princípios últimos de uma cultura constitucional nacional, latino-americana, nesse caso, e a certos princípios internacionais de direitos humanos. (VALADÉS, 2009, [s. p.]).

Ademais, conseqüentemente, tendo ainda em mente a pertinência de uma Constituição Aberta, assim como a evidência de uma sociedade aberta dos intérpretes, conceitos já absorvidos nessa esteira de debate, a ideia de uma verdade absoluta e inexorável emanada do guardião da Constituição deve ser encarada com todas as reservas. Pertinente a tais proposições, recorre-se a Streck (2014, [s. p.]):

o Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobremodo, o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/ determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça. Ocorre que isso não pode comprometer

os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízos) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia realista). E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

Deve-se ter em mente, por outro lado, que o monopólio da última palavra conferido ao Supremo pela própria Carta Magna de 1988 passa pela função edificada sob a égide constitucional. Ou seja, esse monopólio apenas se legitima se pautado na função estruturante, que permite, inclusive, a atualização das normas constitucionais aos novos contextos da realidade fática-social. Essa função estruturante deve ser compreendida como atividade depuradora do ordenamento constitucional e jurídico, tendo sempre a Constituição como o paradigma, por ser a Norma Fundamental – o fundamento de validade<sup>5</sup>, como diria Hans Kelsen. Ao abordar a “função estruturante” do juiz constitucional, explana Tavares (2012, [s. p.]), citando Luño:

o que o juiz constitucional, *lato sensu*, realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na e admitidas pela Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando (tribunais constitucionais) ou afastando (Justiça Constitucional descentralizada) os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e as omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Nesse sentido, o juiz constitucional realiza a tarefa de “limpeza” do sistema, de “purificar” o sistema, expurgando os elementos estranhos, os corpos normativos viciados. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não contradição interna; é que há, igualmente, a busca por obter um “funcionamento prático” do ordenamento.

Consequentemente, é inquestionável que a concretização das normas constitucionais se materializa em uma atualização, oportunidade em que as normas constitucionais encontram consonância com o contexto social em que foram invocadas. É nessa interação simbiótica entre o texto e o contexto que se edifica a realidade constitucional, como já se demonstrou com o apoio de Hesse. Evidentemente, a realidade constitucional é fruto de uma hermenêutica acurada, em oposição à mera colmatação do texto, no sentido de adaptação para além das possibilidades semânticas. Antes de prosseguir nas críticas quanto às mutações constitucionais – constitucionais, porque se modifica a semântica textual constitucional, ainda que o texto permaneça gramaticalmente intacto, por dever de honestidade intelectual, recorre-se mais uma vez a Barroso (2015, p. 527):

---

<sup>5</sup> Tema central extraído de: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

a modificação da Constituição pode-se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional. Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional realizada por meio da interpretação – isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente – ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, das possibilidades semânticas do relato da norma a preservação dos princípios constitucionais que dão identidade à Constituição. O poder de reforma constitucional, frequentemente referido como poder constituinte derivado, expressa a competência normalmente atribuída ao parlamento, de modificar o texto da Constituição em vigor. Trata-se de um poder de direito, regido pela própria Constituição e sujeito a limitações que, no Brasil, sob o regime de 1988, têm natureza circunstancial, formal e material. Como consequência, desse caráter juridicamente vinculado, as emendas constitucionais sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, existindo diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o ponto. A instituição de um procedimento específico e mais complexo para modificar a Constituição, com o quórum qualificado, dá a ela sua característica de rigidez. Já os limites materiais ao poder de reforma têm por finalidade retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático.

Como bem se aponta no excerto colacionado, as mutações constitucionais não são mecanismos a serviço de interpretações irrefletidas, pois que, além de todas as limitações aplicáveis à hermenêutica constitucional, os próprios princípios que se encontram incrustados nos textos constitucionais são o núcleo essencial e rígido ou, metaforicamente, o barômetro para as mutações (em tese) constitucionais. As interpretações (de textos) constitucionais para além dos limites que lhes são indissociáveis – em verdade, inconstitucionais – a despeito de emanarem dos portadores do monopólio da última palavra devem ser rechaçadas.

Atinente ao tema, ao retratar a problemática das interpretações inconstitucionais, o professor Bulos (2015, p. 469) indica a eclosão de exegeses inconstitucionais de preceitos constitucionais, as quais “fulminam a vida das constituições”, acrescentando que “os efeitos provocados por essas deformações variam em grau e em profundidade e podem vulnerar a Carta Suprema, em maior ou menor extensão”. Nessa nova realidade enfrentada, a questão da interpretação constitucional assume tons dramáticos. Não seria fora de propósito ponderar que, enquanto o Guardião da Constituição alcança um marco cimeiro apoteótico, como portador da última palavra, a própria hermenêutica constitucional beira o estado caótico, numa interação permeada pela obliquidade.

Atinente a essa realidade periclitante, Georges Abboud, ao discorrer sobre “O dilema do direito: entre Huxley e Orwell” (2013), retrata duas distopias, ou seja, duas realidades futurísticas nas quais há uma hipertrofia estatal, em detrimento do cidadão comum. Em “Admirável Mundo Novo”, Aldous Huxley retrata uma padronização

comportamental extremada e baseada na técnica e no eficientismo, enquanto em “1984”, clássico de George Orwell, predomina um Estado totalitário com o poder exercido por apenas um partido. Adiante, Abboud (2013, p. 167), ao retratar a “a fuga do relativismo como fuga da distopia jurídica”, adverte que “apenas a partir da colocação do direito a uma resposta correta (constitucionalmente adequada) ao cidadão é que se torna possível fugir do relativismo que hoje domina o direito”. Alinhando a ideia de um direito (fundamental) a uma resposta constitucionalmente adequada emanada do Judiciário com a questão da colisão de direitos fundamentais, Streck (2014, [s. p.]) contextualiza:

a relação umbilical entre o uso da ponderação e discricionariedade pode ser percebida no julgamento da Questão de Ordem formulada no Inquérito n. 2.424-RJ, pelo Supremo Tribunal Federal. Neste processo, foi decidido, por maioria de votos, que as provas produzidas por meio de interceptações telefônicas oriundas da esfera criminal, poderiam ser utilizadas como prova emprestada em processo administrativo disciplinar de caráter civil, sob o pretexto de que, na hipótese, haveria uma colisão entre o princípio da privacidade e o direito de intimidade – tutelado pelas regras que determinam a produção de provas – e o vetusto princípio da supremacia do interesse público – que estaria a requerer o uso processual de tais provas. Tal decisão se firmou a *partir da ponderação entre os citados princípios* – pretensamente em colisão – determinando que as provas colhidas no âmbito do direito penal e do processo penal fossem utilizadas em um processo de natureza civil, a despeito de o artigo 5º, em seu inciso XII, restringir as possibilidades de violação de sigilo telefônico ao âmbito criminal e processual penal. Ou seja, a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetiva e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito.

A problemática das interceptações telefônicas é um caso a parte na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *En passant*, aparentemente, por intermédio da assertiva colacionada, é possível afirmar que houve uma relativização exacerbada do direito fundamental à intimidade, para além das restrições insculpidas no art. 5º, inc. XII, da CF. Todavia, não seria prudente enveredar minudentemente nesse debate, por não ser o objeto direto da análise ora proposta, apenas pinçado a título de exemplificação de uma realidade distópica, conforme proposta por Abboud. Adiante, como incontornável reforço argumentativo, não se pode deixar de lado, de igual modo, a nova interpretação do princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a partir do HC 126.292/ SP, sob relatoria do Min. Teori Zavascki (BRASIL, 2016), do qual se estrai:

a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, denegou a ordem em *habeas corpus* que visava a desconstituição de acórdão que, em sede de apelação, determinara a imediata prisão do paciente por força de sentença condenatória de primeiro grau. [...] A Corte destacou, outrossim, que, com relação à previsão constitucional da

presunção de não culpabilidade, ter-se-ia de considerá-la a sinalização de um instituto jurídico, ou desenho de garantia institucional, sendo possível o estabelecimento de determinados limites. Assim, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.

Antes de se esmiuçar no debate e nos equívocos latentes nessa paradigmática guinada jurisprudencial, deve-se recordar que o referido princípio, ainda que se encontre expressamente delimitado na Constituição Federal, apenas foi reconhecido em sua plenitude a partir do HC 84.078/ MG, de 05 de fevereiro de 2009, sob relatoria, à época, do Min. Eros Grau. Pela pertinência dos argumentos à época invocados, os quais perfaziam o ímpeto garantista – bálsamo da Constituição Cidadã – que outrora inspirava o Supremo Tribunal, recorre-se ao excerto:

o art. 637 do CPP estabelece que '(o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e, uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A LEP condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A CB de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637, do CPP. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF, não pode ser lograda a esse preço (BRASIL, 2010).

À guisa da contraposição, demonstra-se o processo de involução que representa o novo entendimento edificado a partir do HC 126.292/SP, o qual demonstra o retrocesso do ímpeto garantista para uma relativização inconcebível de princípio tão caro à arquitetura jurídica constitucional. O peso e a força dos argumentos delineados repercutem o risco de mutações (de textos) constitucionais desvencilhadas de qualquer limitação e legitimadas (apenas formalmente) por emanarem do guardião da Constituição. O menoscabo aos princípios constitucionais, como verificado, é o

exemplo mais patente daqueles de uma relativização exacerbada, por intermédio de um discurso silogístico subliminar que se consubstancia na inobservância das limitações exigíveis à mutação constitucional, ao menos nos moldes com que tem sido efetivada. Socorre-se mais uma vez a Hesse (2009, [s. p.]), o qual, objetivando delinear os limites a esse fenômeno, propõe:

a mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade. [...] As normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (*Sollensätze*) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que, “dialética”, “correlativamente” ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genérica inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o Direito Constitucional é “realizado” por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vívida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade. [...] Esta concepção da mutação constitucional permite e exige fundamentações mais atentas e diferenciadas, acompanhadas de critérios comprováveis. Verdade é que, em alguns aspectos, necessita ainda ser desenvolvida em busca de parâmetros concretos, comprováveis e manejáveis na prática. Tampouco cabe afastar a possibilidade de diferenças de apreciação, especialmente na análise do âmbito normativo. Porém, nada disso altera o fato de que, ao menos desse modo, a discricionariedade na invocação da presença de uma mutação constitucional se reduz essencialmente. Provar em cada caso a modificação do “âmbito normativo” de uma norma constitucional requer algo mais que a invocação genérica da “força normativa do fático” ou das “necessidades vitais do Estado”. Nesse sentido, pode ser que, portanto, só estejamos diante de um ponto de partida, e não de uma teoria acabada da mutação constitucional.

Toda essa interferência se dá, em grande medida, pelo novo papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal, papel este até mesmo auto investido pelo próprio Tribunal, como tendência mais marcante desde a promulgação da Constituição de 1988, em que o Poder Judiciário passou da postura acentuada por uma adiaforia – indiferença equidistante – procedimental, até chegar ao ativismo judicial – em princípio, concretizador dos direitos e garantias fundamentais. Reforçando a ideia de uma realidade distópica, Abboud (2016, p. 519), citando Ingebor Maus, assinala que a juristocracia “é uma transformação da própria engenharia constitucional, mediante a invasão sem limites da esfera individual pelo Estado, mais especificamente, por suas decisões judiciais”. Em paralelo, Netto e Pereira (2014, p. 120), em artigo sobre “Superego e supremacia judicial na Justiça Constitucional”, observam que Supremocracia “(com “S” maiúsculo) refere-se à expansão da autoridade do Supremo

em detrimento dos demais poderes”. Nesse ponto de reflexão, são pertinentes as considerações de Gomes e Almeida (2012, [s. p.]):

o STF acaba de sucumbir definitivamente às racionalidades da sociedade do espetáculo. Resta saber se ainda vão remanescer lampejos de serenidade para impedir que princípios jurídicos clássicos como o da legalidade, proibição de retroatividade da lei penal mais severa etc., não se tornem meros tigres de papel. Ser juiz não é nada fácil. Imaginem ser um *super telejuiz*, com a responsabilidade de salvar a honra nacional, de purificar a alma do povo? Na medida em que a Justiça começa a se comunicar diretamente com a opinião pública, valendo-se da mídia, ganham notoriedade tanto os anseios populares de justiça (cadeia para todo mundo, prisão preventiva imediata, recolhimento sem demora dos passaportes dos condenados, fim dos recursos – ignorem a justiça internacional) como a preocupação de se usar uma retórica populista, bem mais compreensível pelo “povão” (“réus bandidos”, “políticos bandoleiros”, “a pena não pode ficar barata”, “o sistema penal brasileiro é frouxo”, “os juízes são flexíveis”, “Vossa Excelência advoga para o réu?”, “no Brasil o rico não vai para a cadeia” etc.). A mídia, quando favorável, é uma formidável amiga, mas também pode se transformar numa perigosa inimiga.

É assim, portanto, o desafio do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o de permanecer como o guardião da Constituição, sem se deixar diluir em populismos jurídicos imiscuídos em anseios populares, notadamente no que se refere ao populismo penal midiático, o qual, comprovadamente, tem interferido cada vez mais nas decisões da Suprema Corte brasileira, evidentemente com o subterfúgio consubstanciado em inconsistentes mutações (in)constitucionais. Especificamente às mutações constitucionais, a crítica mais bem elaborada, sem embargo de outras não menos importantes, apresenta-se no pensamento esposado por Hesse (2009, [s. p.]):

a Teoria da Constituição, elaborada com base na Lei Fundamental, tem dado pouca atenção ao fenômeno da mutação constitucional. A possibilidade de uma mutação constitucional é admitida de forma absolutamente majoritária, e, veja-se bem, ou não oferece explicação alguma para esse fenômeno, ou só o faz de modo bastante sumário, quer seja com as teses de que a “dinâmica interna” e a “historicidade” da Constituição é que provocam as mutações constitucionais, que a vontade da Constituição não é algo imutável, mas uma vontade estável cambiante, de tal modo que diante de mudanças das circunstâncias cabe apresentar novas interpretações, ou que, afinal, determinadas alterações da realidade constitucional poderiam modificar o significado de certos preceitos da Constituição escrita. O Tribunal Constitucional declarou – para nos limitarmos apenas a uma citação – que um preceito constitucional pode sofrer mudanças de significado quando em certo âmbito surjam fatos novos, não previstos, ou quando fatos conhecidos, em decorrência de sua inserção no curso geral de um processo evolutivo, mostrem-se como um novo significado ou em uma nova relação. Falta qualquer resposta para a questão de se existem limites para uma mudança desse tipo e onde, eventualmente, cabe situá-los.

Os apontamentos de Hesse são extremamente pertinentes ao debate que se delinea, pois se observa, mais detidamente no Brasil, que a interpretação constitucional desencadeou um processo contínuo de mutação constitucional, a qual pode voltar-se contra o intento-mor do Poder Constituinte Originário, distanciando a realidade constitucional dos objetivos precípuos entalhados na salvaguarda dos direitos fundamentais. Embreando-se mais, ressalta-se a possibilidade de ocorrerem até mesmo mutações inconstitucionais. A esse respeito, lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, [s. p.]) :

a mutação constitucional poderá eventualmente ocorrer de modo a violar o sentido literal da constituição escrita, ou seja, tanto pela interpretação judicial, quanto pela atuação do legislador infraconstitucional e por meio de um costume ou prática por parte dos poderes constituídos – é possível, nesse sentido, falar em uma mutação inconstitucional. A despeito de tais mudanças serem inconstitucionais por ofensa à constituição escrita, cuja supremacia formal e material há de ser assegurada, o fato é que na prática mudanças manifestamente inconstitucionais (pelo menos no sentido, reitere-se, de violação da constituição escrita) podem ainda assim prevalecer, seja pela falta de controle (especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade) de tais mudanças, seja pelo fato de tal controle ser mesmo inviável em algumas hipóteses.

Torna-se mais premente considerar os rumos da hermenêutica com os desdobramentos consubstanciados nas mutações constitucionais (ou inconstitucionais) quando se observa a prevalência de decisionismos, não raras vezes, incitados por anseios populares – às vontades da maioria – permeados, de um lado, por um populismo jurídico e, de outro, pela opinião pública insuflada pelo populismo penal midiático. É com esse matiz que os influxos alcançam com maior força a mente do julgador – até mesmo daqueles da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal. Diante dos apontamentos, não se poderia encerrar o debate sem recorrer às lucidas lições de Bonavides (2004, p. 591), o qual, ao discorrer sobre a ascensão do pós-positivismo em detrimento do positivismo formal, assevera:

verificamos, então, o seguinte: há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o conceito novo de *concretização*, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada. Se exagerarmos, porém, na teoria material da Constituição, tornamos a reiterar, o Direito Constitucional corre o grave risco de dissolução; já não será ciência, mas literatura política, e, além de entrar em declínio da normatividade, ele se

flexibilizará, disperso nos casuísmos do poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade, que confunde poderes, extingue garantias e transgride competências. Faz-se, assim, movediça a ordem constitucional, e todo o sistema jurídico se desloca para um campo de instabilidade. Não é, contudo, o arbítrio, e sim a liberdade em toda a sua multivalência, que compõe a base e a essência da teoria material da liberdade. Com a liberdade, vista sempre à luz das complexidades de nossa época, é de se esperar passe essa teoria definitivamente a prevalecer na região da doutrina.

Diante do que expõe, corre-se o risco de colocar em xeque conquistas constitucionais de uma nação democraticamente incipiente como o é o Brasil – com apenas cerca de 30 anos incompletos. Cogita-se desse risco, exatamente pela culminância em que direitos fundamentais se aproximam do ocaso e são homeopaticamente “diluídos” para além de seu núcleo rígido, porquanto desvanecem as indissociáveis garantias constitucionais, por intermédio de mutações, ativismos e populismos silogisticamente incongruentes com os mandamentos constitucionais intrínsecos.

Fala-se em uma relativização homeopática, pois, por intermédio de um discurso juridicamente populista e amparado em uma “leitura” equivocada da “colisão de direitos fundamentais”, princípios constitucionais – como o caso da presunção de inocência – são “diluídos”, em dissonância com os preceitos constitucionais implícitos e, inadvertidamente, negligenciando as possibilidades semânticas, ao largo da função integrativa e estruturante, sem falar nos papéis contramajoritário e representativo. Resumidamente, por intermédio de uma relativização homeopática de direitos e garantias fundamentais, não somente desvanece o arcabouço principilógico que repousa na Constituição Federal de 1988, mas é a própria Constituição que se esmaece gradativamente. Afinal, retomando Gomes e Almeida, é a própria Constituição que se torna tigre de papel.

## 5 Conclusão

O presente estudo buscou esmiuçar as nuances das decisões de âmbito constitucional construídas sob a experiência do Judicialismo Constitucional brasileiro. Buscou-se, ademais, traçar a relação de influência e confluência entre o Direito Constitucional Alemão e o Brasileiro. Notadamente, o indiscutível arcabouço teórico na esteira Constitucional advindo da Alemanha foi essencial para a construção do Direito Constitucional Brasileiro. Aliás, diga-se de passagem, é também influente em uma miríade de países, em grande parcela daquelas nações que encampam o baluarte do Estado Constitucional e Democrático de Direito ao redor do mundo.

Noutro norte, como não poderia deixar de ser, o arcabouço jurídico e teórico de matiz constitucional, edificado no Brasil, gradativamente, tem se emancipado e até mesmo se distanciado daqueles influxos, por diversos motivos, entre os quais, de maneira notável, como o aporte do clamor popular em torno dos frequentes casos de corrupção que assolam o país nas últimas décadas. Nesse construto, o populismo penal, antagônico ao garantismo penal – este sim com supedâneo constitucional –

alcança o processo decisório judicial, por intermédio de um populismo jurídico, deflagrando decisões judiciais em contraponto com os ditames constitucionais. Esse fenômeno ganha repercussão ainda mais drástica quando parte do próprio Supremo Tribunal Federal a deflagração de mutações inconstitucionais divorciadas das possibilidades semânticas que conformam a hermenêutica constitucional.

Aparentemente, partiu da própria composição do Supremo Tribunal Federal a percepção de que seria necessário assumir este papel mais atuante – ativista, se bem que reforçado pela própria Constituição, ao guindá-lo a condição de seu guardião. No entanto, paulatinamente, o Judicialismo Constitucional vem se distanciando, em alguma medida, da base teórica que norteia o exercício da interpretação da Constituição, para alcançar o estágio mais avançado desta: a mutação constitucional – ou mesmo inconstitucional, como restou verificado no presente estudo.

Dessa forma, este trabalho buscou delinear este processo de asseverada hermenêutica, até alcançar a discussão em torno das necessárias e urgentes limitações à atividade interpretativa, ainda que realizada pelo Supremo Tribunal Federal, afinal, como restou demonstrado, há que se perpassar por um processo autocrítico de depuração concernente aos influxos, tanto populares quanto midiáticos. Não se pode perder de vista a tendência à hipertrofia judicial, em uma sedimentada Juristocracia, ou mesmo com a supremacia infundada do Supremo Tribunal Federal, em uma realidade juridicamente caótica – distópica – criticamente conceituada como Supremocracia.

### *Referências*

ABBOUD, Georges. O dilema do direito: entre Huxley e Orwell. *Revista dos Tribunais*. Vol. 935. Set. 2013.

\_\_\_\_\_. Submissão e Juristocracia. *Revista dos Tribunais*. Vol. 258. Ago. 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.345. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 25 ago. 2005, Data de Publicação: *DJe-154*, 20 ago. 2010. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283345%2E%2E+OU+3345%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z52t46b>>. Acesso em: 02 nov. 2016.



SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALADÉS, Diego (organizador). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido do espanhol por Carlos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

# O direito fundamental à atuação proba do poder judiciário como consectário do Estado Democrático De Direito

*The fundamental right of an honest performance in the judicial power as a consequence of The Democratic State of Law*

---

## **Maria Carolina Ferreira Vargas**

Aluna do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: [mariamariavargas@hotmail.com](mailto:mariamariavargas@hotmail.com)

## **Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães**

Professor orientador (UNIPAM).

E-mail: [gabrielgcvm@unipam.edu.br](mailto:gabrielgcvm@unipam.edu.br)

**Resumo:** O Poder Judiciário é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e, além da função típica jurisdicional, possui atribuições de grande valia perante a sociedade, como o controle sobre os demais poderes e a proteção e implementação de direitos fundamentais. Hoje, o juiz desempenha em certa medida um papel político, e é preciso que sua conduta seja pautada pela legalidade e pelo respeito às normas constitucionais pertinentes ao funcionamento do Estado. Nesse sentido, cumpre analisar a incidência do dever de probidade sobre as condutas dos membros do Poder Judiciário, sobretudo sua fundamentalidade, como direito decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição da República, de forma a desenvolver o ideal de democracia descrito na Carta.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais. Poder Judiciário. Probidade. Democracia. Legalidade.

**Abstract:** The Judiciary is one of the pillars of the Democratic State of Law and, besides the typical jurisdictional function, has attributes of great value to society, such as control over other powers and the protection and implementation of fundamental rights. Today, the judge plays a political role to a certain extent, and his/her conduct must be guided by legality and respect for the constitutional norms relevant to the functioning of the State. In this sense, it is necessary to analyze the incidence of the duty of probity on the conduct of members of the Judiciary, especially its fundamentality, as a right deriving from the regime and the principles adopted by the Constitution of the Republic, in order to develop the ideal of democracy described in the Charter.

**Keywords:** Democratic State of Law. Fundamental Rights. Judicial Power. Probity. Democracy. Legality.

---

## **1 Considerações iniciais**

O Poder Judiciário é a instituição do poder público que desenvolve e aplica, em favor da sociedade, os princípios fundamentais expressos na Constituição da

República, sejam eles expressos ou tácitos. Ou seja, a juízes e tribunais é dado desdobrar o sentido das normas cabíveis a determinado julgamento, amoldando-as aos postulados constitucionais.

Da análise das funções do Poder Judiciário se extrai a importância da sua atuação, não só para o jurisdicionado num caso concreto, mas também para o cidadão em geral. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, o processo deixa de ser “coisa das partes” e funciona como “coisa da sociedade” e, assim, o Judiciário passa a ocupar um papel substancial na busca pelos ideais democráticos constitucionais.

Hoje, o Judiciário ultrapassa sua função típica de dirimir conflitos entre particulares, assumindo o papel de controle dos demais poderes, de efetivação de políticas públicas, e demais condutas ativas alheias à simples jurisdição. Considerando a relevância da atividade que juízes e tribunais desempenham perante a sociedade, é sabido que qualquer deliberação judicial deve observar a legalidade, sendo urgente que também se discuta o dever de moralidade do órgão Judiciário.

A moralidade foi estabelecida pelo artigo 37 da CRFB/88 como um dever da administração pública e constitui, sem dúvidas, uma garantia dos cidadãos, podendo ser exigida em toda manifestação do poder público. Em razão de o juiz ser parte desse poder e ser também um agente político, não haveria óbice em estender a ele a obrigação de agir de forma proba, sendo esse dever um legítimo direito fundamental do povo, sintonizado com todo o ordenamento jurídico.

O caminho para se conceber a probidade do Poder Judiciário como direito constitucional fundamental se apoia na cláusula de abertura constante do §2º, artigo 5º da Constituição da República, e seria essa uma garantia decorrente de todo o sistema jurídico vigente, que preza pela legalidade, pela cidadania e pela dignidade como valor maior.

O objetivo da discussão sobre a existência e reconhecimento do direito fundamental ao atuar probo do Judiciário é analisar as diretrizes legais e principiológicas que devem ser obedecidas por seus membros, bem como aferir a devida relevância de sua função para a administração pública e para o meio social. A partir disso, pretende-se apurar a necessidade da atuação jurisdicional se dar nos moldes da moralidade, como forma de concretização da democracia.

Ademais, diante da conjuntura política e social complexa em que o Estado Brasileiro se encontra, faz-se mister questionar o papel da Justiça, uma vez que há expectativas de uma atuação imparcial, dentro dos limites definidos pela ordem constitucional. Espera-se da Suprema Corte brasileira, que funciona como guardião da Constituição da República, que assegure o “devido processo legal”, no total alcance dessa expressão.

Nesse contexto, se faz oportuno dar à sociedade – diretamente afetada pela aplicação da norma e real titular do poder – maior propriedade ao exigir a transparência e a eficácia das instituições da justiça. Para tanto, é imprescindível que o Poder Judiciário atue representando e resguardado o Estado, não enquanto ente público, mas como coletividade, de forma honesta, proba e justa. Finalmente, enxergar isso como um direito fundamental, conferindo a todo cidadão a legitimidade para fiscalizar o poder, nos termos da Constituição da República, é a razão pela qual este estudo se justifica.

Para alcançar as finalidades da presente pesquisa científica, foi adequado o método da pesquisa teórica, desenvolvida por meio do método dedutivo, baseando-se em material doutrinário já publicado, que discute as atribuições do Poder Judiciário brasileiro, e procurando bases para se afirmar que a probidade de sua atuação pode constituir um direito fundamental. Nesse sentido, a compreensão da regra geral foi aplicada para a análise da hipótese específica.

A pesquisa se deu pelo método de revisão bibliográfica, a partir da análise doutrinária, literária, bem como de artigos e monografias. E também pelo método de pesquisa documental, mediante análise de jurisprudência e argumentos jurídicos colhidos em seminários.

O estudo estrutura-se em quatro tópicos, apresentando-se, no primeiro, as atribuições do Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito, analisando ambos os conceitos e a harmonia que há entre eles. No segundo tópico do desenvolvimento, analisa-se a necessidade de uma atividade imparcial do juiz e a aplicação analógica do dever de probidade à sua atuação. Em seguida, é abordado amplamente o tema do reconhecimento do direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário, observando seus fundamentos, sua possibilidade e suas características. Por fim, apresentam-se os instrumentos aptos a realizar o novel direito fundamental, com o objetivo de solucionar o problema apresentado anteriormente.

## *2 A jurisdição no Estado Democrático de Direito*

A reflexão acerca do direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário se coaduna com a concepção de Estado Democrático de Direito no tocante à valorização da justiça social, soberania popular, participação e controle em que ambas as ideias se desenvolvem. O modelo do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil foi adotado pela Constituição da República de 1988 e encontra-se ainda em evolução, tendo como bases a democracia e a proteção de direitos fundamentais, ou seja, “trata-se de um modelo estatal no qual sua própria existência está voltada para a preservação do homem”, como estabeleceu Hobbes (2008, p. 115).

Esse modelo estatal compromete-se com a realização do bem-estar social, buscando afirmar a igualdade entre os homens e a concretização dos direitos humanos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, de modo a proporcionar a todos uma vida digna e livre de arbitrariedades de quaisquer entes públicos. Dessa forma, é razoável que o Estado permaneça a investir na transformação da sociedade, por meio do estabelecimento de condições igualitárias que permitam a todos um desenvolvimento econômico e social satisfatório.

O Estado, nessa perspectiva, assume um papel de garantidor da liberdade, da igualdade e do limite à sua própria atuação, fomentando seu desenvolvimento, com vistas a se fazer valer seus interesses primários e secundários. E, aliado à noção do modelo estatal democrático, compreende-se a função do Poder Judiciário, dado que a partir da atuação jurisdicional é possível obter de modo concreto a tutela de direitos constitucionalmente assegurados, bem como realizar constantemente os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Streck (2014, p. 64) assevera que “no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional”. Conforme entendimento do autor (2014, p. 64), as “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.

Da ótica da Constituição Democrática e do constitucionalismo moderno, o Poder Judiciário ultrapassa a raia de sua função originária, que é declarar o direito aplicável a determinado caso concreto, solucionando conflitos entre interesses intersubjetivos lesados. Da nova perspectiva compreende-se a jurisdição como criadora e realizadora de direitos e garantias fundamentais, tanto de forma específica quanto abstrata.

Segundo Campos (1987, p. 258, *apud* CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 970), cabe também à função Judiciária do Estado a “fiscalização da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, os conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais e entidades políticas da Federação, além da proteção dos direitos fundamentais”. Assim, o Poder Judiciário, hoje, atua amplamente, buscando dirimir demandas coletivas e constitucionais voltadas aos direitos humanos. “A missão do juiz não se esgota nos autos de um processo, mas está também, hoje mais do que nunca, compreendida na defesa do regime democrático, sem o qual a função judicial é reduzida à rasteira esterilidade” (PINTO, 2008, s.p.).

Entende-se, então, que a função do Poder Judiciário não se resume à aplicação da lei a determinado litígio, pois avança também no sentido de assegurar o controle de legalidade das normas e dos procedimentos a que elas se aplicam. Igualmente, cumpre ao Judiciário o compromisso de harmonizar o ordenamento jurídico à realidade social de seu tempo, fazendo as vezes das demais funções estatais se for necessário. Ou seja, a jurisdição trabalha de modo a rastrear e efetivar, num processo ou em ações democráticas, as garantias e os direitos que não foram adequadamente implementados por outros entes.

Para um desempenho legítimo da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, é preciso que sua atuação seja obediente a dois dos princípios basilares inerentes a esse modelo, que são o devido processo legal e a motivação das decisões judiciais. Por meio desses comandos, o Poder Judiciário executa processos autênticos e assegura a efetividade das garantias constitucionais a que pretende, e de forma genuína.

O devido processo legal foi previsto expressamente pela Constituição da República no artigo 5º, LIV, e foi citado por Gilmar Mendes, no julgamento do RE 464.963/GO, de 14/02/2006, como sendo um princípio que:

[...] lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a

participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, DA BOA-FÉ E LEALDADE DOS SUJEITOS QUE DELE PARTICIPAM, CONDIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA A CORREÇÃO E LEGITIMIDADE DO CONJUNTO DE ATOS, RELAÇÕES E PROCESSOS JURISDICIONAIS E ADMINISTRATIVOS.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça. Contrárias a máxima do *fair trial* - como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no artigo 14 e seguintes do código de processo civil - são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade; ou nos casos em que esses impedimentos e incompatibilidades são forjados pelas partes com o intuito de burlar as normas processuais. [...]. (BRASIL, 2006, p. 17) (destaquei)

Quer dizer, então, que a inobservância do devido processo legal na atividade jurisdicional permite que procedimentos iníquos possam ser considerados inconstitucionais de pronto. Para esquivar-se de tal inconstitucionalidade, basta que o procedimento judicial e a decisão que o acompanha sejam adequados aos fatos e à lei, baseada em racional fundamentação. O julgador deve, dessa forma, exercer sua função nos limites da legalidade constitucional, garantindo-lhe legitimidade e contribuindo com a formação de uma coisa julgada equânime e democrática.

Interessa, na defesa do reconhecimento à atuação proba do Judiciário como direito fundamental, a face substantiva do devido processo legal que, como assevera Canotilho (1997, s.p.):

traz em si um ideal de justiça, não apenas um processo legal, mas sobretudo um processo legal, justo e adequado, em que, às autoridades judiciais deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente dos direitos fundamentais, ou seja, os juízes poderiam, baseados nos princípios constitucionais de justiça, analisar os requisitos intrínsecos da lei.

O julgador, no Estado Democrático de Direito, deve assegurar a efetivação do devido processo legal para que sua atuação seja juridicamente válida, e é presumível que o faça atendendo ao princípio da motivação ou fundamentação, elencado no artigo 93, XI, da CRFB/88, segundo o qual é imprescindível que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentados, sob pena de nulidade. “O Estado Democrático de Direito exige fundamentação detalhada de qualquer decisão”, confirma Streck (2014, p. 250).

A fundamentação da decisão judicial confere legalidade à atuação do Poder Judiciário e contribui para a evolução do Direito e do Estado, pois aquela pode vir a criar precedentes de vinculação ultrapartes. Desse aspecto, percebe-se claramente a importância de o juiz percorrer minuciosamente as particularidades do litígio, com observância do contraditório, para que construa um vínculo fidedigno entre a legislação aplicada e o caso concreto. Ou seja, o julgador deve despender interpretação tanto à lei quanto ao fato, relacionando-os, para que finalize sua atuação numa decisão personalíssima, livre de vícios e logicamente coerente. “A decisão judicial somente atende ao devido processo legal substancial se adequada ao contexto e à lógica do processo, ou seja, racionalmente fundamentada” (ALEXY, 2005, p. 5).

Ao decidir, é necessário que o juiz demonstre que se baseou em critérios de legalidade e constitucionalidade. Para Streck (2013, p. 328),

toda decisão é um ato de poder e, se este poder não estiver completamente legitimado, ou melhor, fundamentado em pressupostos constitucionais, que são condicionantes, estar-se-á, então, diante de um poder ilegítimo. Ou seja, não há como aceitar, no interior de um constitucionalismo democrático, que haja uma tomada de decisão “meio fundamentada” ou “meio legitimada”.

O devido processo e o princípio da motivação possibilitam a estruturação legítima da decisão judicial, pois se presume, assim, que ela se dá baseada nas alegações das partes em contraditório, durante o processo. A decisão será adequada quando for racionalmente justificada, e esse encargo obriga todos os julgadores em todos os litígios sob jurisdição. Alexy (2005, p. 35) afirma que “da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também, a legitimidade das decisões judiciais”. Ou seja, a decisão que virá a obrigar ou condenar um cidadão deverá ser formada mediante instrumentos de legalidade: o processo devido e a fundamentação adequada. Jamais o juiz poderá criar e dizer o direito conforme seu contentamento, sob pena de proferir um veredicto nulo.

### 2.1 O juiz no processo

O processo é, em suma, o meio de realização do direito, em que o sentido da norma é construído nos limites do sistema constitucional. Por meio de um processo adequado, o direito de ação se concretiza pela atividade cooperativa entre advogados, partes e juiz. Portanto, para se analisar a legalidade de uma decisão, é necessário analisar o processo que a produziu.

Hoje, com a ampliação das funções do Judiciário, o juiz tem seus poderes avultados e, para que os exerça sem incorrer em uma “juristocracia” que, para Streck, quer dizer protagonismo do judiciário, seria necessário limitar sua atuação através de uma teoria da decisão judicial e da obrigatória vinculação do juiz à Constituição.

O que acontece hoje é inevitavelmente o contrário, pois o direito contemporâneo brasileiro acaba de conferir ainda mais poder de interpretação ao juiz, o que se vê pelo novel artigo 489, §2º do Código de Processo Civil. Tal preceito permite ao juiz ponderar entre normas, escolhendo aplicar o princípio ou a lei que mais lhe

parece adequada, e, para isso, basta justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação feita. Segundo o juiz federal presidente da Associação Brasileira de Direito Processual, Eduardo Fonseca Costa (RODAS, 2016, s.p.), essa previsão significa “a coisa mais assustadora da história legislativa brasileira”, pois, para ele,

o dispositivo permite ao intérprete mais afoito e desavisado fazer ponderação entre toda e qualquer norma, inclusive entre duas regras. As regras obedecem uma lógica de tudo ou nada, ou a norma incide porque é válida ou se não incide, embora o seu suporte fático esteja concretizado, é porque ela é inválida. Então, não cabe num conflito entre regras juízo de ponderação, porque uma delas simplesmente é inválida, e precisa ter a sua invalidade decretada, num controle de constitucionalidade. Tudo é possível de ser feito se essa regra for inadvertidamente aplicada na sua letra fria. Ou nós interpretamos normas de uma maneira metonímica, tomando o gênero pelo seu princípio, pela sua espécie, que é o princípio, ou nós vamos consagrar de uma vez por todas o voluntarismo, o decisionismo, o irracionalismo, e algumas animalidades ancestrais que nós achávamos que a civilização liberal já havia enterrado.

Dessa forma, a norma passa a ser mera intuição para atividade decisória judicial e fica cada vez mais tênue a linha entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Segundo Streck (2013, p. 197), “o mesmo Tribunal concede e nega *habeas corpus* a casos idênticos, a partir da simples alternância dos juízes que fazem parte do órgão fracionário, isso porque hoje se concebe, ao invés do juiz boca da lei, o juiz proprietário dos sentidos da lei”. Tais atitudes chamam a atenção para a falta de limites e de controle para com o Poder Judiciário.

Assim, as inconveniências da liberdade de ponderar conferida pelo CPC de 2015 residem no excesso de poder que os tribunais brasileiros detêm, situação reconhecida inclusive por Canotilho, que alerta, em entrevista concedida ao jornalista Ricardo Mendonça, para o fato de o Supremo Tribunal Federal ser hoje a Corte Judiciária com mais poderes no mundo. Atualmente, o STF interpreta a Constituição da República a seu modo e submete as demais instâncias aos entendimentos por ele firmados, sem que sobre ele paire qualquer limitação.

Um exemplo disso é o recente julgamento do HC126.292/SP, de fevereiro de 2016, que versou sobre a presunção de inocência de forma explicitamente contrária à Constituição da República e ao Código de Processo Penal, e permanece produzindo efeitos. Seria essa a onipotência dos tribunais, mencionada por Alexy. Nesse sentido, Maus (2000, p. 192) esclarece que,

quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social: controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. [...] Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o Tribunal menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências.

Quanto maior a possibilidade de se aplicar, para casos idênticos, normas diversas, menor é a estabilidade jurisprudencial, e assim o processo queda-se vulnerável e antidemocrático, assim como o direito das partes. Pelo art. 489, § 2º, do CPC, aquele juiz “descrente da capacidade justificadora da norma, que a considera um papel, e considera o direito o que ele próprio diz que é o direito”, conforme Streck (2013, p. 322), estará livre para decidir o caso da maneira que sua experiência lhe determinar e, após isso, fundamentar a decisão baseando-se em uma lei escolhida sob juízo de ponderação. E mais comprometedor será essa atividade quanto mais alta a instância Judiciária, como o caso do Supremo Tribunal Federal.

Portando, a exigência de um atuar *probo* dos membros do Judiciário alcança maior sentido no diapasão atual, pois o juiz no Estado Democrático de Direito deve aplicar tão somente o direito, abster-se da política, da religião ou da moral. Para Streck (2013, p. 122), faz-se necessária “a presença de uma doutrina que doutrine; e que produza ‘constrangimentos epistemológicos’, para “censurar” as decisões do Judiciário que sejam feitas por políticas e não por princípios”.

É consenso entre juristas atuais, como Georges Abboud, a necessidade de se conferir menos poder ao Judiciário e, assim, limitar sua conduta por meio da exigência de probidade como direito fundamental se coaduna com os anseios tanto da sociedade como da comunidade jurídica, além de estar amplamente amparado pelo sistema constitucional vigente no Estado Democrático de Direito.

### ***3 Impessoalidade do juiz e dever de probidade***

O legislador constituinte definiu expressamente, no artigo 37 da Constituição da República/88, que são deveres da administração pública o respeito aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ainda que tais princípios tenham seu cerne voltado para o Direito Administrativo, o próprio caput do artigo 37 evidencia que eles se aplicam a qualquer um dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aqui incluído o Poder Judiciário. Para Laspro (2000, p. 98), “a atividade jurisdicional é um serviço público e os juízes, seja considerando-os como servidores, seja como agentes públicos, estão abrangidos pelas condições exigidas para a responsabilização objetiva do Estado”.

Isso se presume por ser o juiz também um agente político, integrante da administração pública, conforme firmado no RE 228.977-2/SP, de 05/03/2002, em que o Ministro Néri da Silveira (BRASIL, 2002) definiu:

os magistrados enquadram-se na espécie de agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.

O papel do juiz como agente político se dá pela sua participação na gestão da coisa pública, assemelhando-se cada vez mais à atuação dos representantes políticos do povo. Hoje, o Poder Judiciário interfere significativamente na implementação e

manutenção de políticas públicas, podendo, inclusive, regular situações em que o Estado é omissor. Exemplo disso são as inúmeras decisões judiciais que determinam a concessão de medicamentos, a proteção do meio ambiente, a tutela do consumidor, entre outros. As sentenças normativas da Justiça do Trabalho também são exemplos de como o Judiciário acha-se comprometido com a coerência e subsistência do ordenamento jurídico, bem como do interesse coletivo, não se limitando a apenas dirimir conflitos entre particulares. Hoje, o juiz ultrapassa suas atribuições constitucionais típicas, funcionando como ente da administração pública e, portanto, está sujeito aos mandamentos do artigo 37 da Constituição.

Assim sendo, a atuação proba do Poder Judiciário demanda especial obediência aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Ao julgar o MS 32040/DF, em 08/07/2013, que impugnou a resolução 170 do CNJ sobre a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares, o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2013, p. 1-7-8) manifestou-se brilhantemente sobre essa questão:

[...] são deveres funcionais dos magistrados a probidade e o respeito aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade no desempenho do ofício jurisdicional [...] os postulados da impessoalidade e da moralidade representam valores essenciais na conformação das atividades de órgãos ou agentes de qualquer dos Poderes do Estado, especialmente de magistrados e Tribunais Judiciais [...] a atividade estatal, qualquer que seja o domínio de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. [...].

O princípio constitucional da impessoalidade pressupõe que o órgão Judiciário dispense a todos os jurisdicionados um tratamento igualitário, capaz de proporcionar julgamentos justos, por magistrados isentos, conforme os interesses coletivos e as diretrizes legais. Em respeito à impessoalidade, ao juiz jamais será facultado agir conforme sua convicção pessoal ou conforme melhor lhe aprouver. Aliás, os sentimentos ou critérios pessoais do juiz não podem manipular objetivos consagrados pela ordem constitucional, isso porque, enquanto pessoa humana, o juiz é corruptível, está sujeito a influências das mais variadas naturezas, seja voluntariamente ou não.

Pela imposição do princípio da impessoalidade, objetivou-se coibir eventuais condutas desviantes dos magistrados, de modo a evitar a personalização das decisões judiciais e oferecer julgamentos igualitários condizentes com o Estado Democrático de Direito. De acordo com Cardozo (1999, s.p.),

o princípio da impessoalidade deve ter sua ênfase não mais colocada na pessoa do administrador, mas na própria pessoa do administrado. Passa a afirmar-se como uma garantia de que este não pode e não deve ser favorecido ou prejudicado, no exercício da atividade da Administração Pública, por suas exclusivas condições e

características pessoais.

Consoante instrução do jurista citado, quem merece destaque no procedimento judicial é o jurisdicionado, e a ele se direciona a impessoalidade. Dessa forma, é inadmissível que ocorra, por parcialidade, diferenciação entre sujeitos de direito no momento da aplicação da lei, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Dessa ótica, é considerada gravíssima a situação mencionada pelo Ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento da medida cautelar no MS 32040/DF, em que empresas privadas patrocinam festas de magistrados, nas quais se sorteiam automóveis, cruzeiros, viagens, entre demais benefícios. Ao oferecer privilégios aos juízes, os particulares, que costumeiramente figuram em processos instaurados perante o Poder Judiciário, nada mais anseiam do que conquistar a simpatia de seus membros, a fim de obter vantagens perante as demais partes com as quais venham a litigar, deturpando por completo a finalidade da instituição Judiciária.

Ainda que não seja possível extinguir as ingerências externas que recaem sobre o juiz, este deve decidir de modo imparcial e impessoal, como mero executor do ato, dado que a atividade jurisdicional é prestada pelo Estado, quem é sujeito da relação jurídico-processual é o Poder Judiciário, sem registros pessoais do agente juiz e, portanto, sem atender unicamente a interesses específicos de poucos escolhidos.

As considerações feitas estão intimamente ligadas ao dever de moralidade, que se traduz na conduta honesta, reta e equilibrada dos membros do Poder Judiciário, em conformidade com artigo 35 da Lei Complementar nº 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

O ato do julgador deve guardar coerência com o caso concreto, de forma que a atividade jurisdicional deixa de atender ao princípio da moralidade quando se afasta da busca pelo interesse público, e isso é perceptível quando inexitem ou são inadequados os motivos que ensejaram sua prática. Segundo Figueiredo (1999, p. 138),

constata-se que a violação ao princípio da moralidade surge, essencialmente, quando a autoridade (administrativa, legislativa ou judiciária) desvia-se dos comandos expressos ou implícitos contidos no ordenamento jurídico, notadamente nos princípios constitucionais. Essa a razão por que a constatação da violação ao princípio da moralidade normalmente vem associada à violação a outros princípios constitucionais, como, v.g., a legalidade, a isonomia, a publicidade, a impessoalidade etc. Isso não significa que o princípio da moralidade não possa por si só ser a causa do vício impugnado.

À vista disso, a moralidade tem como objetivo a tutela íntegra das premissas estabelecidas pela Constituição da República, em decisões equânimes proferidas em processos que atendam a legalidade – prerrogativa insuprimível do Estado Democrático de Direito. Por meio da moralidade e probidade imposta aos juízes, a jurisdição se realiza com respeito aos mandamentos constitucionais que legitimam sua atividade, ao passo em que proporciona à sociedade confiança na autoridade e nos atos do Poder Judiciário.

Cabe lembrar, a respeito da independência funcional do magistrado, que esta não o exclui da obediência aos deveres dos entes públicos, pois sua discricionariedade

não significa isenção de controle de seus atos. Segundo Freitas (2014, p. 8), “a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam”.

Quando ocupava o posto de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro (RTJ 64/714) se expressou em voto que “o Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de polícia, de limpeza ou qualquer outro. O serviço de Justiça é um serviço público como qualquer outro”. Assim, depreende-se do princípio da impessoalidade e do dever de moralidade do juiz a essência do direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário, à medida que este provém do regime republicano, e reclama que o magistrado cumpra os postulados constitucionais de legitimação de sua conduta, de forma a assegurar uma ordem jurídica mais justa e apta a produzir resultados seguros, elevando a função que exerce.

#### *4 Reconhecimento do direito fundamental à atuação proba do poder judiciário*

A probidade é um elemento próprio dos poderes públicos no Estado Democrático de Direito, ou seja, é um adjetivo intrínseco também à atividade jurisdicional. O reconhecimento da justiça proba como um direito fundamental, decorrente do regime e dos princípios da Constituição vigente, reclama atenção quanto aos seus fundamentos, seus aspectos e aos mecanismos voltados para a sua defesa. Logo, cabe discorrer acerca dos traços do novel direito.

##### *4.1 Fundamentos*

A história do direito brasileiro permite identificar, desde o século XVII, a valorização e o zelo para com a retidão da justiça. Durante certa fase do período colonial brasileiro, vigoraram, junto a leis extravagantes, as Ordenações Filipinas (1603 a 1916), que proibiam o recebimento de vantagens pelos Julgadores e Oficiais da Justiça para si mesmos ou para terceiros, sendo estabelecida, como punição, a perda do ofício e, ainda, a condenação ao pagamento ao Estado e ao acusador de vinte vezes o valor recebido indevidamente.

Por sua vez, a Constituição de 1824 previa, em seu artigo 133, a responsabilização dos Ministros de Estado por atos violadores do dever de probidade e, no artigo 156, a responsabilização dos juízes de direito e oficiais de justiça. O artigo 157 da referida carta possibilitava a qualquer do povo intentar ação popular contra aqueles que, na forma dos artigos antecedentes, agissem de forma destoante da moralidade em sua função.

Já a Constituição de 1934 definia que os Ministros de Estado, a Corte Suprema e os juízes federais que atuassem de forma a descumprir os postulados da probidade estariam incorrendo em crime de responsabilidade, conforme estabelecido pelos artigos 57, 61, 75 e 56. Sem dúvidas os institutos mencionados foram, ainda que com as devidas reservas, importantes precedentes em favor da consagração da probidade dos poderes públicos.

Passando à análise da Constituição atual e, considerando que esta se deu em um sistema constitucional republicano, pode-se facilmente extrair dela sustentáculos

do direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário, como correspondente ao dever de probidade dos agentes públicos e políticos.

O próprio Título I da Constituição da República, em que foram estabelecidos os princípios fundamentais do Estado, é um evidente fundamento do direito fundamental à atuação proba do Judiciário, uma vez que a defesa desse direito visa fortalecer os postulados da dignidade humana e da cidadania, contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem comum.

O já apontado artigo 37 da CRFB/88 também é um fundamento do direito em questão, pois constitucionaliza os princípios e preceitos básicos a serem observados no desempenho das atividades próprias dos poderes públicos. Os postulados enumerados pela norma visam compelir os entes estatais a atuar com integridade, de modo a realizar o fim único do Estado Constitucional, que é promover o bem da coletividade.

Por sua vez, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que o juiz observe os fins sociais a que a norma se dirige e as exigências do bem comum, no momento de sua aplicação. Extrai-se da lei indicada o sentido da atuação do magistrado, que deve ser voltado à sociedade, livre de vícios de parcialidade ou moralidade, funcionando também como fundamento do direito fundamental em tela.

Também há no Código de Processo Civil mandamentos no sentido de impor aos magistrados uma atuação baseada em fins e motivos condizentes com a realidade dos fatos, a fim de gerar uma decisão pautada na legalidade. Mandamentos estes previstos nos artigos 139 e 143 da codificação citada, que são normas indispensáveis à prática proba dos atos jurisdicionais.

Mediante a observância dos dispositivos transcritos, conclui-se que a atividade do Poder Judiciário se subordina, evidentemente, ao dever de probidade, como leciona Ferrajoli (2006, p. 790):

não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.

Assim, nada há de extravagante em conferir o status de direito fundamental a esse dever, pois, a partir de uma interpretação sintonizada, conclui-se que ele próprio é uma condição *sine qua non* da preservação do Estado Democrático de Direito e está em coerência com os postulados da Constituição da República.

#### 4.2 Condições de possibilidade

Bobbio (2004, p. 5) pontifica que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Assim, o reconhecimento do dever de probidade dos membros do Poder

Judiciário como um direito fundamental se faz possível em virtude da cláusula aberta constante do artigo 5º, §2, da Constituição da República, que viabiliza a existência de direitos não escritos ou não insertos em seu texto, desde que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta. Ou seja, a partir da interpretação das normas constitucionais, é factível inovar na seara de direitos e garantias protegidos pelo ordenamento brasileiro, já que o dispositivo citado admite a existência de direitos fundamentais fora da Constituição.

Sarlet (2012, s.p.) leciona que “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”. Isto é, a evolução dos direitos fundamentais, mediante a abertura da cláusula constitucional do artigo 5º, se dá pela mutabilidade da sociedade, pois há, com o passar dos anos, uma mudança significativa na ordem social, que pode vir a violar bens da vida diversos dos tutelados pelo Constituinte originário, afinal, como não há uma gama definida de riscos para a pessoa humana, não há de haver uma tutela definitiva. Conforme aduzem Wolkmer e Morato Leite (2003, p. 20),

a novidade muitas vezes reside no modo de obtenção dos direitos, que não se restringe necessariamente ao reconhecimento legislativo e jurisprudencial, mas resulta de um processo dinâmico e complexo de lutas específicas e de conquistas coletivas, até que venham a obter chancela pela ordem social e estatal.

Dessa forma, compreende-se que os problemas enfrentados pela sociedade de certa época podem ser protegidos por um direito fundamental reconhecido para esse fim específico.

Para que esse reconhecimento seja realizável perante a Constituição da República, é preciso verificar o conteúdo material no “novo direito”, isto é, se há fundamentalidade material, se ele se encaixa nos critérios constitucionais por meio de um procedimento cauteloso. Se a nova reivindicação corresponde a valores fundamentais adotados pelo ordenamento jurídico, nada impede que ela venha a ser protegida também como um direito fundamental.

A fundamentalidade material significa que o conteúdo e a substância do direito, mesmo estando ele fora da Carta Magna ou até mesmo oculto do ordenamento jurídico, se equipara a direitos fundamentais vigentes e pode ser deles deduzido. Dessa forma, a cláusula constante do art. 5º, §2º da Constituição funciona como uma autorização para se reconhecer direitos implícitos ou decorrentes, em sentido amplo, de seus postulados. Nesse sentido, Jacques (1983, p. 453) pontua:

o Legislador-Constituinte, ao referir os termos ‘regime’ e ‘princípios’, quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da ‘equidade’ e da ‘construção jurisprudencial’, que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o ‘regime’, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os ‘princípios’ da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos.

O direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário é, por esse espectro, um direito fundamental contemporâneo, derivado do regime e dos princípios constitucionais já positivados. Ou seja, o dever de atuação proba de juízes e tribunais é uma posição jurídica de conteúdo materialmente fundamental, diretamente deduzida da Constituição, baseado nos fundamentos supracitados.

#### 4.3 Características

Compreende-se a probidade dos membros do Poder Judiciário como um direito subjetivo pertencente a todos, que emana da proteção da dignidade da pessoa humana, do prisma transindividual. Segundo Santos (2008, s.p.),

a partir da premissa que o atuar dos agentes estatais dirige-se à promoção do bem comum e de que o Estado Democrático de Direito e o regime republicano pressupõem participação popular e amplo controle da res publica, enquadra-se o direito à probidade, titularizado por toda a sociedade, como direito fundamental difuso.

Os direitos difusos são considerados direitos de terceira geração e caracterizam-se pela indeterminação de seus titulares, vinculados por uma situação de fato, pela indivisibilidade do objeto e pelos efeitos dispersos das lesões eventualmente sofridas. Assim sendo, o dever de probidade dos julgadores bem se enquadra nessa espécie de direitos, por se destinar à proteção da sociedade contra iniquidades do Poder Judiciário.

Conforme entendimento de Cunha (1985, s.p.) “[...] os co-titulares dos interesses difusos não possuem vínculos formais com a parte contrária (com aqueles que estão lesando ou ameaçando de lesão os interesses que se quer preservar)”.

A atuação proba de juízes como direito fundamental difuso visa tutelar, além da amplitude da dignidade humana, o patrimônio público, uma vez que esse conceito inclui bens de valor moral que constituem, também, interesse da coletividade. O patrimônio público objeto do direito fundamental aqui defendido significa um valor imaterial inerente ao princípio republicano e ao Estado Democrático de Direito, que é a própria moralidade do Poder Judiciário.

Destaca-se, nesse sentido, ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 26/03/1999, no RE nº170.768-2-SP (BRASIL, 1999):

Ação Popular. Abertura de Conta Corrente em Nome de Particular para Movimentar Recursos Públicos. Patrimônio Material do Poder Público. Moralidade Administrativa. Art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido é no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do

Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico [...].  
Recurso não conhecido.

Reconhecer o dever de probidade de julgadores, membros da administração pública, como direito fundamental difuso possibilita que a população se defenda de suas ingerências, sejam elas concretizadas em uma decisão, quer sejam meras irregularidades de determinado procedimento judicial ou mesmo administrativo. Dessa forma, o cidadão poderá se valer, em havendo violação de seu direito fundamental a uma jurisdição proba, além de instrumentos processuais como a ação rescisória, de instrumentos próprios da defesa dos direitos difusos, como a Ação Popular, ou, ainda, a Ação Civil Pública, por intermédio do Ministério Público.

### *5 Instrumentos de realização do direito fundamental à atuação proba do poder judiciário*

Como um direito fundamental implícito, a atividade jurisdicional proba carece de procedimentalização. Isso posto, é imperativo que se busque, no ordenamento jurídico, aparatos capazes de resguardar a moralidade do Poder Judiciário, seja coibindo imoderações, a fim de proteger a tutela efetiva de direitos pleiteados em juízo, seja limitando a atuação de julgadores por um crivo de legalidade.

#### *5.1 A ação popular*

“A ação popular é o instrumento de direito processual constitucional colocado à disposição do cidadão como meio para sua efetiva participação política e tem por finalidade a defesa da cidadania” (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 539). Conforme a Constituição da República, trata-se de um instituto apto a “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (art. 5º, LXXIII).

A qualquer cidadão – pessoa física titular de direitos políticos – é facultado demandar, a partir da ação popular, em favor do interesse coletivo, mesmo não havendo de sua parte um vínculo direto com a questão. Assim, o instituto opera na fiscalização de atos da administração pública, sendo um aparelho que proporciona exercício legítimo da democracia e da cidadania. De acordo com Michel Temer (2008, p. 206), a ação popular é um “sistema fiscalizatório efetivado por meio de representação popular; em obediência ao princípio republicano, cuja valorização máxima é fornecida pelo constituinte”.

No tocante à moralidade administrativa, esta pode ser um fundamento autônomo da ação popular, já que sua função é invalidar atos antijurídicos e lesivos, praticados por entes do Poder Público. A lesão produzida pela conduta “ilegal” é fundamento da ação popular não apenas quando dotada de caráter econômico, pois supõe-se, para este fim, que a lesão moral, cívica ou cultural tenha a mesma potencialidade danosa ao patrimônio público.

Conforme a lei da ação popular – Lei nº 4.717/65 – é plenamente possível que por meio dela sejam invalidados atos que contenham vício de forma; ilegalidade do

objeto; inexistência dos motivos; desvio de finalidade; ou tenham sido praticados por autoridade incompetente (art. 2º).

Ainda que tal instituto seja evocado para atos de administração, ele pode ser empregado pelo cidadão na atividade fiscalizadora do trabalho de juízes e, especialmente, de tribunais, isso porque o Poder Judiciário não se limita a dirimir conflitos interpartes. Nesse sentido, Mello (*apud* MANUSCO, 2009, p. 133) colaciona exemplo em que há clara configuração de desvio de poder, cujo ato está calcado na imoralidade administrativa, e é, por isso, passível de ser questionado por ação popular:

O comportamento de um juiz de Tribunal que, não tendo seu voto acompanhado pelo terceiro julgador, ao perceber a inutilidade dele para fins de decidir o pleito no sentido de seu pronunciamento, resolve reconsiderá-lo e adere aos dois outros com o objetivo específico de obstar a interposição de embargo, objetivando maior fluidez na prestação jurisdicional.

Dessa forma, ressalta-se que a moralidade dos atos do Poder Judiciário também pode ser tutelada por tal ação, pois não raro são as ocasiões em que condutas ímprobas são revestidas de procedimentos legais ou que, ao contrário, procedimentos ilegais são ocultos por uma deliberação aparentemente legal. Ainda que tais formalidades sejam guarnecidas de juridicidade, guardam em sua essência uma imoralidade irreparável, pois a moralidade deve ser material, e não apenas formal. Sobre isso assevera Silva (2001, p. 466):

a lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.

Portanto, de acordo com o entendimento contemporâneo, seria possível tutelar o direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário por meio da ação popular, em razão de seu cerne ser integralmente compatível com os preceitos da Lei nº 4.717/65 e de sua proteção constituir um interesse difuso reivindicável por qualquer cidadão brasileiro.

## 5.2 O Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão integrante do Poder Judiciário, criado pela EC nº 45/04 para fomentar o desenvolvimento democrático do Brasil. Sua composição é feita, na maioria, por magistrados, mas conta também com membros das funções essenciais à justiça e com cidadãos de notável saber jurídico. Ao órgão cabe, essencialmente, controlar e supervisionar a atuação administrativa do Poder Judiciário, além de deter poder normativo sobre a magistratura e atuar disciplinarmente e correcionalmente junto aos tribunais, conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Moraes (2007, p. 1534), suas duas importantes missões são “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o controle do

cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”. Ao conselho não é permitido analisar o mérito dos atos discricionários dos juízes, devendo apreciar a legalidade e moralidade do ato, isto é, verificar se há motivos que condizem com os fundamentos fáticos e jurídicos que levaram àquela conduta.

É de grande valia que exista, junto ao órgão jurisdicional, um conselho que se destine a fiscalizar o cumprimento da legalidade no exercício da magistratura, impondo que toda sua atividade se dê de forma moral e ética, razoavelmente “justa”, considerando que a probidade é dever intrínseco do agente público.

Ainda que ao CNJ não caiba o controle da atividade decisória do juiz, é louvável seu poder de tutela sobre a moralidade e a impessoalidade, conforme os artigos 37, caput e 103-B, §4º II, ambos da Constituição da República. Assim, é imposto ao juiz a total obediência a esses princípios, salvaguardando o direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário.

### 5.3 A ação rescisória

“A ação rescisória é a ação autônoma de impugnação, que tem por objetivos a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, o re julgamento da causa”, de acordo com definição dada por Didier Jr. e Cunha (2016, p. 421). O novo Código de Processo Civil permite que qualquer decisão de mérito possa ser impugnada por ação rescisória, desde que tenha transitado em julgado. É possível, inclusive, ajuizar uma ação rescisória da ação rescisória, quando esta esteja viciada, nos moldes do art. 966, do Código de Processo Civil/15.

Interessa, aqui, destacar os fundamentos dessa ação no que se refere ao juiz. Segundo os incisos I e II do dispositivo mencionado, é possível anular decisão proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, ou que for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente.

Percebe-se que a ação rescisória é um instrumento de controle da coisa julgada, destinada a reprimir, entre outras máculas, julgamentos de juridicidade defeituosa, eventualmente parciais ou corrompidos, situação absolutamente contrária à probidade do Poder Judiciário.

Entende-se, em suma, que essa forma de anulação de decisão ilegítima, proferida de forma desacertada, é um mecanismo que tutela efetivamente o direito que o jurisdicionado tem à atuação proba do juiz.

### 6 Considerações finais

Após a realização do presente do estudo, conclui-se que o Poder Judiciário, além de deter a jurisdição, age de modo a reprimir ilegalidades das demais esferas de Poder e do meio social e, por vezes, se responsabiliza pela implementação de direitos fundamentais. Por essa razão, sua função deve ser exercida nos moldes de uma decência intrínseca ao órgão, visando assegurar o valor absoluto que é a dignidade.

Barroso (2016, p. 321) defende que “só o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional, pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperada”. Trata-se de um desenvolvimento da função da justiça, para

aproximá-la à realidade vigente, de forma que exigir uma atuação honesta de juízes e tribunais em nada é excepcional.

Percebe-se, então, que o julgador deve se manter, ao menos, em neutralidade. É preciso que seja realizada a jurisdição de forma ilibada e livre de qualquer interferência política ou de qualquer natureza, como o clamor social. Há autonomia do Poder Judiciário perante outros fatores, e essa característica zela pelo Estado Democrático de Direito e pela dignidade de seus integrantes.

É claro que qualquer ‘manobra’ procedimental que vise legitimar uma decisão viciada deve ser nula, até mesmo porque o direito não deve admitir subterfúgios que maculem a sua concepção fundamental: a legalidade e a justiça. Comportamentos estratégicos dos membros do Poder Judiciário não encontram legitimidade em qualquer carta de direitos e não devem ser suportados indiscriminadamente pelo povo.

Nesse contexto, faz-se oportuno dar à sociedade – diretamente afetada pela aplicação da norma – maior propriedade ao exigir a transparência e a eficácia das instituições. Para tanto, é imprescindível que o Poder Judiciário atue representando e resguardando o Estado, não enquanto ente público, mas como coletividade, de forma honesta, proba e justa.

A obrigação de honestidade do Judiciário, implícita no dispositivo que trata da modalidade administrativa (art. 37, CRFB/88), visualizada amplamente, constitui sem dúvidas uma garantia dos cidadãos e deve poder ser exigida em toda manifestação judicial, não apenas naquela que lhe atinge os interesses particulares em um litígio. Incumbe ao Judiciário defender virtuosamente todos os interesses primários do Estado, para garantir dignidade aos reais titulares do poder – o povo.

Incluir a probidade do Poder Judiciário na seara dos direitos fundamentais é plenamente possível, pois como leciona Sarlet (2012, s.p.), “a carta magna brasileira adotou o conceito material de direitos fundamentais, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado”, e o direito defendido se encaixa convenientemente nos preceitos fundamentais brasileiros.

Em suma, enxergar o direito fundamental à atuação proba do Poder Judiciário honra a Constituição da República e a dignidade de seus destinatários, legitimando as iniciativas cidadãs a fim de perseguir bens jurídicos ímpares, que são a dignidade humana e a efetivação da democracia.

### **Referências**

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005. 351 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição no novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 533 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.040, rel. Min. Celso de Mello, j. em 08/07/2013, DJe-150 divulgado em 02/08/2013 e publicado em 05/08/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE n. 228.977-2-SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 05/03/2002, publicado no DJ de 12/04/2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, 1ª T., RE n. 170.768-2-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/03/1999, publicado no DJ de 13/08/1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 219 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 1997. 1521 p.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública: (de acordo com a Emenda Constitucional nº19/98)*. In: MORAES, Alexandre de. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1229 p.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. "A Evolução das Ações Coletivas no Brasil." In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 77, jan/mar 1985, p. 224-235.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 719 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 900 p.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. 160 p.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 198 p.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. s.p.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 638 p.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 358 p.

MANUSCO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 446 p.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife, n. 11, 2000, p. 125 e ss.

MENDONÇA, Ricardo. ‘Os réus do mensalão têm alguma razão’, diz jurista guru dos ministros do STF. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007. 2976 p.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Responsabilidade do poder judiciário no estado democrático de direito*. 2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/responsabilidade-do-poder-judiciario-no-estado-democratico-de-direito-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

RODAS, Sérgio. *Regra retrógrada: “Possibilidade de juiz ponderar normas consagra o irracionalismo no novo CPC”*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SANTOS, Cláudia Maria Perlingeiro dos. *Os Fundamentos Teóricos da Ação Coletiva de Improbidade*. 2008. 155 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. s.p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 893 p.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 591 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 455 p.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014. 623 p.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 976 p.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 232 p.

WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org). *Os "Novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 390 p.

### **Anexo – Relatório de verificação de plágio do programa *Copy Spider***

Arquivo de entrada: TCC MARIA CAROLINA.docx (8052 termos)

Arquivo encontrado: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-01/boa-fe-seguranca-juridica-relacao-necessario-direito-eficaz> (1521 termos)

Termos comuns: 315

Similaridade: 3,4%

Arquivo encontrado: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412198> (47683 termos)

Termos comuns: 782

Similaridade: 1,4%

Arquivo encontrado: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20746233/jurisdicao-constitucional---lenio/50> (1317 termos)

Termos comuns: 110

Similaridade: 1,1%

Arquivo encontrado: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13426&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13426&revista_caderno=9) (10817 termos)

Termos comuns: 180

Similaridade: 0,9%

Arquivo encontrado: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-municipio-como-ente-federativo,41832.html> (6846 termos)

Termos comuns: 142

Similaridade: 0,9%

Arquivo encontrado: <https://caduchagas.blogspot.com/2012/04/direito-constitucional-uniao-federal-e.html> (1354 termos)

Termos comuns: 40

Similaridade: 0,4%

Arquivo encontrado:

[http://www.academia.edu/4137348/JURISDIÇÃO\\_O\\_CONSTITUCIONAL\\_U\\_M\\_PROBLEMA\\_DA\\_TEORIA\\_DA\\_DEMOCRACIA\\_POLÍTICA.\\_MARTONIO\\_MONTALVERNE\\_BARRETO\\_LIMA](http://www.academia.edu/4137348/JURISDIÇÃO_O_CONSTITUCIONAL_U_M_PROBLEMA_DA_TEORIA_DA_DEMOCRACIA_POLÍTICA._MARTONIO_MONTALVERNE_BARRETO_LIMA) (160 termos)

Termos comuns: 3

Similaridade: 0%

Análise realizada por: CopySpider

# A repercussão do psicopata com comportamento transgressor frente ao atual sistema penal brasileiro

*The repercussion of the psychopath with transgressive behavior against the current Brazilian penal system*

**Nayara Martins Gonçalves**

Aluna do 8º período do curso de Direito do UNIPAM

E-mail: [nayaramts@hotmail.com](mailto:nayaramts@hotmail.com)

**Resumo:** Os atos criminosos e o que os estimulam sempre foi uma incompreensão na sociedade, a razão obscura da conduta criminosa é estudada pelas ciências que se pactuam ao Direito nessa busca. A Psiquiatria Forense é um desses ramos de elevada importância como ramificação da Criminologia. Tal ciência traz em seus estudos o psicopata, chamativa personalidade que o presente trabalho submeterá a debate. Mediante a correlação entre a condição mental do indivíduo e a sua conduta criminosa, torna-se possível traçar o seu perfil psicológico, oferecendo base para a aplicação da lei penal como também para a obtenção efetiva da finalidade da pena de punir, prevenir e ressocializar, uma vez que esse é um dos objetivos precípuos de um Estado Democrático de Direito. A resposta inadequada do Estado dada a conduta transgressora do psicopata será a principal abordagem do artigo, ressaltando a desídia do poder legislativo e judiciário que não se atentou para tal situação em nosso ordenamento jurídico e, por corolário, se tem a ineficácia do tratamento dado a esses indivíduos.

**Palavras-chave:** Psicopatia. Imputabilidade. Sanção Penal.

**Abstract:** The criminal acts and what stimulate them has been always a misunderstanding in the society, the obscure reason of the criminal conduct is studied by the sciences that are agreed to the Right in this search. Forensic Psychiatry is one of these branches of high importance as a branch of Criminology. Such science brings in its studies the psychopath, the flashy personality in which the present work will subject to debate. By correlating the individual's mental condition with his or her criminal conduct; it is possible to trace his or her psychological profile, providing a basis for the application of criminal law as well as for the effective attainment of the purpose of punishment, prevention and resocialization. Since this is one of the primary objectives of a Democratic State of Law. The inadequate response of the State to the transgressive conduct of the psychopath will be the main approach of the article, highlighting the lack of legislative and judicial power that has not addressed this situation in our legal system and, due to inefficiency of the treatment given to these individuals.

**Keywords:** Psychopathy. Imputability. Criminal Penalty.

## 1 Introdução

Deparar com notícias de crimes carregados de violências descabidas já é comum. Inicialmente, presume-se que tais crimes foram praticados por indivíduo ausente de qualquer indício de discernimento mental, e é nesse âmbito que entra a necessidade de se entender os motivos que conduziram o indivíduo a cometer delitos

com alto teor de crueldade. Explorar o caráter subjetivo, ou seja, uma análise psíquica do criminoso conjuntamente com a perspectiva sociocultural na qual o infrator está integrado, é fundamental para a aplicação da lei penal ao caso concreto. Mediante essa análise, torna-se possível para o aplicador do Direito desenvolver premissas efetivas juntamente com os demais elementos de provas e indícios.

Nessa seara em que coexistem a Psiquiatria Forense e o Direito Penal, tem-se a psicopatia, uma chamativa personalidade. A psicopatia propiciou e despertou uma especial atração para o desenvolvimento deste trabalho, uma vez que, atualmente, são recorrentes os diversos meios informativos noticiando crimes bárbaros nos quais seus autores exprimem fortes indícios de psicopatia. Constatou-se que o poder judiciário e legislativo não atentou para a ausência de punição eficaz aos mesmos nem para a gravidade da coexistência de psicopatas e presos comuns.

Diante disso, a proposta do presente trabalho é trazer em debate a questão dos efeitos jurídico-penais aos portadores da psicopatia e, simultaneamente, investigar como podem – e como devem – ser solucionadas as controvérsias a respeito da política criminal aplicada aos psicopatas, qual seja, detenção ou medida de segurança; a dubiedade na caracterização do psicopata devendo ser considerado imputável ou semi-imputável e a possibilidade ou não da ressocialização do psicopata perante a probabilidade de reincidência.

Para submeter o problema proposto a debate, foi utilizada a pesquisa teórica, mediante levantamento da bibliografia relativa ao tema e valendo-se também da análise documental, por meio de consulta à jurisprudência. Assim sendo, acredita-se ser o tema passível de ampla discussão e possíveis soluções para as problemáticas geradas, que serão abarcadas perante o presente trabalho, sem, contudo, ter a intenção de esgotar o tema.

## ***2 Culpabilidade***

A culpabilidade está adstrita à reprovação da sociedade com relação ao fato ocorrido. Em síntese, consiste na desaprovação da conduta típica e antijurídica, entretanto, cumpre verificar se estão presentes os seus elementos. É preciso analisar se o autor da ação, consoante com seu estado psíquico, era capaz de compor sua consciência e vontade em conformidade com o direito (imputabilidade), se era passível de conhecimento da antijuricidade (ou da ilicitude) do fato e se era permissível exigir, na dada situação, conduta diversa da adotada pelo agente, visto que pode haver circunstâncias que impossibilitam exigir conduta diferente do indivíduo.

### ***2.1 Imputabilidade penal***

O termo imputar vem do latim “*imputare*”, que traduz conferir ao indivíduo responsabilidade de algum ato. Imputabilidade, portanto, são as condições pessoais atribuídas ao agente à prática de fato punível, com capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De acordo com Greco (2008, p. 396), “a imputabilidade é a regra e a inimputabilidade é a exceção”. Nesse sentido, explica Brodt (2009, *apud* GRECO, 2009,

p. 395):

a imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz que o agente deve poder prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social, deve ter, pois, a percepção do significado ético-social do próprio agir. O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal.

Em contrapartida, a inimputabilidade, sendo uma das hipóteses em que recai a exclusão da culpabilidade prevista no caput do artigo 26 do Código Penal, reside, conforme Nucci (2005, p. 271), na incapacidade do indivíduo que cometeu o fato típico e antijurídico de compreender a natureza ilícita do fato ou de conduzir-se de acordo com esse entendimento, perante a ausência de sanidade mental ou maturidade. O texto apresentado no caput do referido dispositivo traz o entendimento de que o legislador empregou, nessa hipótese, o critério biopsicológico para conferir a inimputabilidade do agente.

O parágrafo único do artigo 26 traz outra figura relevante: os semi-imputáveis. O indivíduo, diante dessa hipótese, detém de capacidade ou entendimento, entretanto de maneira reduzida, ou seja, ele não tem a plena e integral incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de agir em consonância com esse entendimento, mas também não atinge a capacidade plena. De acordo com Delmanto (2010, p. 181), tal diminuição advém da perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Depreende-se que perturbação da saúde mental não é semelhante à doença mental, podendo esta última ser sempre a primeira, entretanto a perturbação mental não é igual à doença mental. Mediante isso, entende-se que o agente tem uma responsabilidade minorada, uma imputabilidade diminuída, sendo relativamente imputável.

Com a análise do caput e do parágrafo único do artigo 26, é possível extrair quatro classes de transtorno mental. Primeiramente, o desenvolvimento mental retardado aduz deficiência mental que comporta níveis de distintas intensidades, passando pela inteligência fronteira ou subnormal até a chegada a casos mais complexos de encefalopatia crônica irreversível.

O desenvolvimento mental incompleto consiste em uma figura de casos singulares que, apesar de não ser precisamente um transtorno mental, o indivíduo detém também de incapacidades de entendimento ou de determinação.

Já a doença mental, que é mais complexa e grave, reporta-se a casos nos quais exista, em graus distintos que podem ser maiores ou menores, a alienação mental e uma integral incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. De acordo com Jesus (2005, p. 501), inclui as psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como paralisia geral progressiva, demência, senil, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, psicose traumática, causadas por

alcoolismo, psicose maníaco-depressiva etc.), esquizofrenia, loucura, histeria, paranoia etc.

Por fim, a perturbação da saúde mental refere-se aos casos em que o indivíduo está diante de uma desordem mental efêmera ou mais branda, ou seja, a debilidade mental com menor teor de gravidade. Jesus (2005, p. 501) exemplifica com os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epiléticos e histéricos, certos intervalos lúcidos ou períodos de remissão e certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpério etc.).

### ***3 Breve histórico da Psicopatologia Forense***

A Psicopatologia Forense tem sua trajetória pautada no progresso dos transtornos mentais ao longo dos tempos. Na Grécia antiga, conferia-se ao poder da possessão pelas divindades a causa dos transtornos mentais. Miranda Filho (2008) afirma que, mediante a postura adotada conjuntamente com os atos e as palavras emitidas pelos doentes, caracterizava-se a boa ou má divindade encarnada. Primitivamente, os Gregos foram os que iniciaram uma elaboração da tipologia dos transtornos mentais, designando-os, em consonância com os indicativos e sintomas expressados, com a seguinte tríade: Demoníacos, Energúmenos e Possuídos.

Na Roma antiga, o criminoso abalizado como louco e insano recebia um tratamento comedido e brando, pois, segundo Moraes Filho (2006), se reputava moralmente descabido adicionar nova punição ao sofrimento além da própria loucura a ele imposta. A alienação era considerada como um castigo dos deuses devido à falta cometida anteriormente ou por livre arbítrio destes, isso já seria então a própria pena.

Já na Idade Média, supunha-se que os transtornos mentais advinham da interseção de divindades ou da presença do sobrenatural. Tal suposição adveio das interpretações feitas pela Igreja do Novo Testamento. Nesse período, a alienação não carregava um caráter de castigo divino, sendo visualizada como possessão demoníaca e, conseqüentemente, recaiu no encargo dos religiosos o tratamento dessas questões. Os acometidos por esses transtornos eram corriqueiramente queimados nas fogueiras ou jogados ao mar, uma vez que tinham a convicção de que se estava castigando o demônio encarnado no corpo das suas vítimas.

Silva (2007) assevera que a análise do comportamento anormal só se fez indispensável na Renascença, sendo percebida agora como uma doença, e não como uma forma de exteriorização da possessão de demônios ou bruxas. Foi com os estudos de Paulo Zachias, médico e perito romano, que começaram a surgir os delineamentos da Psicopatologia Forense. Zachias propiciou o surgimento da percepção de que alguns criminosos eram, na verdade, portadores de patologia orgânico cerebral. Logo, o médico francês Phillips Pinel intervém pela primeira vez, demonstrando que os loucos eram, na verdade, doentes e, por isso, deveriam ser tratados pela Medicina. Segundo Filho (2006), tal médico recebe mérito por ser também o primeiro a colocar em debate o dilema da periculosidade dos loucos. A partir de Pinel e seus adeptos, a medicina assumiu a existência da loucura e, dessa forma, fundou uma nova disciplina médica: a Psiquiatria.

Caminhava-se então para o nascimento da Psicopatologia Forense, entretanto tal surgimento não foi livre de impasses. Muitos compreendiam não ser necessária a intervenção médica para determinar se o criminoso era ou não louco. Ao longo dos anos, assumiu-se que havia uma base doentia nos transtornos mentais. Mediante essa evolução científica, os juristas acataram a necessidade de intervenção médica diante de um criminoso que demonstrava transtorno mental.

Breve foi a inclusão no Brasil dos fundamentos surgidos na Europa. O código Penal de 1830, em seu art. 2º, referia: “são irresponsáveis os loucos que não tiverem intervalos lúcidos”. Já o código Penal de 1890 referia:

Art.27. Não são Criminosos:

3º - Os que imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação.

4º - Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime.

Huss (2011, p. 174-175), relata um dos primeiros notáveis e influentes casos de julgamento com base em transtorno mental, ocorrido em 1843. O julgamento de M’Naghten é considerado como o primeiro padrão moderno de inimputabilidade. M’Naghten tinha um sistema de crenças paranoicas direcionado para o partido político que estava em comando, no qual acreditava estar sendo perseguido por tal partido. Por se sentir intimidado, Daniel M’Naghten planeja matar o primeiro ministro, entretanto, mata o secretário dele por engano. Ao ser acusado, como argumento de defesa, dizia não ter no momento o controle de si mesmo, perante as ideias paranoicas que o predominou.

Daniel M’Naghten foi absolvido e internado. Mas, de acordo com Luiz Júnior (2005), sua absolvição gerou grandes controvérsias e, após anos, foi instituído pelos juízes da Câmara dos Lordes o “teste M’Naghten”, conjunto de princípios largamente usados pelos tribunais, tanto na Grã-Bretanha como nos EUA. A parte principal diz o seguinte:

para estabelecer uma defesa com base na loucura é preciso estar comprovado que no momento de cometer o ato o acusado agia sob tal falha da razão, resultante de doença mental, ignorando, portanto, a natureza e a qualidade do ato que praticava; ou, caso a conhecesse, ignorava ser errado o que fazia.

Os tribunais britânicos não acolheram o entendimento romano de que a loucura era punição o bastante. Ao contrário, o acusado era considerado responsável por seus atos, mas acometido pela loucura, sendo chamado de “culpado, mas louco”, expressão introduzida em 1883, e mantido em custódia sob severa vigilância.

#### **4 Psicopatia**

Indivíduos revestidos de aparente normalidade que, entretanto, adotam condutas temerárias com raciocínio vertiginoso. Detêm de uma alta capacidade de manipulação para além do habitual nos seres humanos em geral, colocando seus

anseios no ápice da prioridade. Quando o crime está coberto pela psicopatia, os atos são, por muitas vezes, marcados pela frieza, impetuosidade e violência.

A Psicopatia, entendida também como transtorno de personalidade antissocial, exhibe-se pelos seus traços psiquiátricos e neurológicos extremos e alarmantes. Segundo a Associação Americana de Psiquiatria (2008, p. 658), tal transtorno tem maior incidência nos homens do que em mulheres, em apertada síntese, presume-se que o predomínio geral seja em torno de 3% em homens e 1% em mulheres. Hare (2013, p. 98) ressalta que só na América do Norte existem cerca de, no mínimo, dois milhões de psicopatas.

Ressalta-se que a psicopatia não pode ser restringida apenas no contexto de mero transtorno de personalidade antissocial. Usualmente, os psicopatas também possuem as características que perfazem esse transtorno, entretanto isso não indica que quem detém desse transtorno de personalidade antissocial é, conseqüentemente, psicopata. Importante ressaltar também que, dentro do contexto da psicopatia, nem todos são criminosos e, entre os criminosos, nem todos são homicidas. Entretanto, os psicopatas que perfazem conduta ilícita são traçados pela frieza elevada e forte ausência de empatia. Muitas vezes, cometem crimes com uma violência gritante, sendo assim, tornam-se uma personalidade desafiadora para o sistema penal.

#### 4.1 Conceito de psicopatia

A palavra psicopatia origina-se do grego *psyche* (mente) e *pathos* (doença) e aduz doença da mente. Entretanto, tal designação não condiz com o atual quadro de doenças mentais, uma vez que, segundo Silva (2008, p. 37), o psicopata não carrega qualquer tipo de desorientação, delírios ou alucinações e, muito menos, sofrimento mental. Será analisado então que a psicopatia não é caracterizada como enfermidade mental.

Historicamente, a psicopatia era considerada uma doença da mente. Entretanto, ao longo dos anos, a doença mental foi sendo afastada da psicopatia. Cleckley (1941), que foi um dos grandes estudiosos dessa área, afirmou em seu livro "The mask of sanity" que o indivíduo considerado psicopata não tem alucinações, psicose ou neurose. O acometido por esse transtorno detém de plenas capacidades mentais, mas, por sua vez, possui específicos traços cerebrais que o afasta da normalidade. Insta salientar então, desde logo, a capacidade do psicopata de entendimento do caráter ilícito do fato e, majoritariamente, defende-se também a capacidade do mesmo de autodeterminação de acordo com esse entendimento, entretanto há divergência doutrinária que será elucidada posteriormente.

Atualmente, a psicopatia é considerada um transtorno de personalidade, o que afasta semelhanças com uma doença mental. Hare (2013, p. 38), psicólogo considerado um dos maiores especialistas na psicopatia, assevera que

os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que

agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente.

Segundo o parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ N. 05/1990),

os distúrbios de personalidade (personalidade psicopática) não se constituem em doenças mentais e sim, em transtorno imutável e incurável do caráter e que a CID cataloga quaisquer situações onde possa haver intervenção médica, ou de serviços de saúde, sem com isso rubricar todas as situações previstas na CID como doença, no sentido estrito do termo.

Os psicopatas não podem ser taxados de loucos, pois longe passam desse quadro. São espantosamente inteligentes e têm raciocínio rápido. Têm consciência de seus atos e sabem afastar o certo do errado. A psiquiatra Silva (2009) relata que o psicopata, ao ser colocado diante de imagens ruins (como morte, tortura, maus-tratos em crianças) exprime a mesma reação se colocado diante de imagens de belezas naturais e cenas alegres. A mesma relata que, se por um lado há reação neutra e fria diante de ambos os tipos de imagens, há também a mesma neutralidade interna no psicopata. Segundo a psiquiatra (s.p.), “o pôr do sol ou uma criança sendo espancada geram as mesmas reações. Da mesma forma, não há repercussão no corpo. Eles não têm taquicardia, não suam de nervoso”. Comparado a cérebros normais, o de psicopatas têm menor atividade nas estruturas ligadas às emoções e maior nas ligadas à razão.

#### 4.2 Características da psicopatia

A Psicopatia, como já aludido anteriormente, é um perfil traçado por características acentuadas, tais como a ausência de culpa, remorso e empatia com os outros. As emoções estão distantes dos psicopatas, esses indivíduos não se comovem com o sofrimento alheio. Além de tudo, podem ser aparentemente encantadores, camuflando o poder sobrelevado de manipulação. O egocentrismo e o juízo de grandiosidade também estão, por muitas vezes, acentuados nos psicopatas.

Cleckley (1941) recebeu mérito por ser um dos primeiros estudiosos a apresentar um conceito concludente e amplo da psicopatia, em seu livro “The mask of insanity”. O autor, por volta de 1941, apresentou 16 características distintas que traçam e aglomeram-se na personalidade do psicopata. Esse rol de características apresentado por Cleckley (s.p.) é, em suma:

- a) Charme superficial e boa inteligência;
- b) Ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional (apresenta-se aqui a justificativa da psicopatia ser considerada doença mental)
- c) Ausência de nervosismo;
- d) Não confiável;
- e) Falsidade e falta de sinceridade;
- f) Ausência de remorso ou vergonha;
- g) Comportamento antissocial inadequadamente motivado;

- h) Julgamento deficitário e falha em aprender com a experiência;
- i) Egocentrismo patológico e incapacidade de amar;
- j) Deficiência geral nas reações afetivas principais;
- k) Perda específica de insight;
- l) Falta de resposta nas relações interpessoais gerais;
- m) Comportamento fantástico e desagradável com, e às vezes sem, bebida;
- n) Suicídio raramente concretizado;
- o) Vida sexual e interpessoal trivial e deficitariamente integrada;
- p) Fracasso em seguir um plano de vida.

Tais características foram utilizadas como parâmetro pela Psicologia por muito tempo, para que fosse possível revelar a psicopatia em um indivíduo. Ao passar do tempo, percebeu-se a necessidade de aprimorar o já eficiente parâmetro, foi então que, em 1991, Robert Hare, um dos principais especialistas em psicopatia modernamente, deu a origem ao método de averiguação da psicopatia usada amplamente no atual momento, o denominando *Psychopathy Checklist* (PCL).

Mediante o método criado por Cleckley, Hare (2013, p. 94) especificou 20 características que recaiam sobre os psicopatas e, pontuando cada um dos sintomas assinalados, estabeleceu um escore mínimo que, se totalizado, apontava a psicopatia no sujeito. Tal medida recebeu aperfeiçoamento pelo próprio Hare, passando a ser denominada PCL-R (*psychopathy checklist-revised*) e sendo o instrumento aplicado mundialmente para diagnóstico de psicopatia. Os termos do PCL-R são:

Itens que se sobrepõem:

- a) Lábria/charme superficial – Fator 1
- b) Senso grandioso de autoestima – Fator 1
- c) Mentira patológica – Fator 1
- d) Ausência de remorso ou culpa – Fator 1
- e) Afeto superficial – Fator 1
- f) Crueldade/falta de empatia – Fator 1
- g) Falha em aceitar responsabilidade pelas próprias ações – Fator 1
- h) Comportamento sexual promíscuo – Fator 2
- i) Falta de objetivos realistas de longo prazo – Fator 2
- j) Impulsividade – Fator 2
- k) Irresponsabilidade – Fator 2
- l) Versatilidade criminal – Fator 2
- Itens que não se sobrepõem:
- m) Ludibriador/manipulador – Fator 1
- n) Necessidade de estimulação – Fator 2
- o) Estilo de vida parasita – Fator 2
- p) Controle deficiente do comportamento – Fator 2
- q) Problemas comportamentais precoces – Fator 2
- r) Muitas relações conjugais de curta duração – Fator 2
- s) Revogação da liberação condicional – Fator 2
- t) Delinquência juvenil – Fator 2

Para o efetivo diagnóstico manuseando-se do PCL-R, é necessária a deliberação de um clínico especialista para pontuar cada item. Cada característica é avaliada em

uma escala de 3 pontos, que varia de 0 a 2. Uma pontuação 0 revela a ausência de um sintoma, 1 revela a probabilidade de presença do item e 2 é pontuado se o sintoma for evidente no indivíduo. Um escore de 30 pontos ou acima já se tem a psicopatia afirmada.

Como é possível observar, Hare fragmentou os pressupostos em dois fatores: o “Fator 1” possui oito itens e é titulado como o fator interpessoal/afetivo, uma vez que mescla itens que, majoritariamente, ligam-se à conduta interpessoal e à expressão emocional. Já o “Fator 2” é o fator do estilo de vida socialmente desviante/antissocial, com itens relacionados ao comportamento externo.

Das várias peculiaridades dos psicopatas levantadas por Hare e Cleckley, destacam-se o charme superficial, a personalidade egocêntrica, a ausência de remorso ou culpa, a ausência de empatia, a frequente manipulação e mentira e também as emoções superficiais e banais.

Sobreleva destacar novamente que os psicopatas não sofrem delírios, psicoses, nem problemas na razão, por isso mesmo foi afastada a ideia de doença mental. O que se percebe pelas características anteriormente elencadas é que são exímios manipuladores, providos de boa articulação que os favorecem para obter o que querem. Não são doentes mentais e sabem o que fazem. De acordo com Oliveira (2012), a fala do psicopata, propositalmente, condiz como que determinada pessoa de seu interesse quer ouvir. Portanto, o que eles dizem nem sempre se harmoniza com suas ações, uma vez que são capazes de mascarar suas atitudes.

Assim, o indivíduo acometido pela psicopatia age revestido de contradição, pois, de certo modo, tem capacidade de dar respostas sociais moralmente apropriadas (superficialmente) para as situações do cotidiano; em contradição, quando deixados à própria sorte, suas ações desarmonizam com sua fala. Quanto às decisões morais, Oliveira (2012, p. 66) aduz que

o desvio do psicopata é que ele simplesmente não liga para o que entende como moralmente reprovável/permissivo e por não se ocupar com outros tipos de sistema motivacional que inspiram o comportamento moralmente adequado e inibem aquele inadequado. Assim, eles são plenamente capazes de fazer e acreditar nos julgamentos morais, mas lhes falta o mecanismo que traduz esta habilidade cognitiva em emoções normais ou motivações, a fim de evitar ações imorais.

Assim, a capacidade do psicopata de realizar tais julgamentos morais é uma análise que necessita de cautela, visto que a emoção tem função crucial nas decisões morais. Seria, portanto, condizente afirmar que a ausência delas gera impedimento na possibilidade de realização desses julgamentos.

### ***5 A conduta criminosa dos psicopatas***

Perante o anterior esboço das características do psicopata, depreende-se que os criminosos comuns e os criminosos psicopatas guardam diferenças significativas, uma vez que os criminosos comuns são marcados por serem antissociais, como também é marcado o psicopata, contudo, aqueles que não são psicopatas resguardam princípios,

ainda que deformados e, na maioria das vezes demonstram lealdade às pessoas que lhe interessam, como familiares, o que restringe seus atos ilícitos. Já o indivíduo psicopata se afasta bruscamente dessa linha, eles são desprovidos de princípios e não mostram vínculo afetivo.

Silva (2008, p. 69-70) assevera que a falta de medo e ansiedade do psicopata o torna imune à dor e sensibilização com o sofrimento alheio. Tais peculiaridades propiciam na sua impulsividade e no seu desapego emocional. O psicopata se encontra impedido de conseguir exercer a empatia e se colocar no lugar do outro. Com isso, ele não se preocupa com os atos tomados, nem mesmo com a dimensão catastrófica dos mesmos.

É de suma importância frisar que o indivíduo psicopata não comete o crime motivado pela raiva seguida da provocação, ao contrário, longe disso ele passa. O psicopata, com frieza, delimita meta a partir de sua afinidade e tendência a violência e da necessidade de saciar seus desejos que não são supridos com a naturalidade, como ocorre com aqueles que não são psicopatas. De acordo com Trindade, Beheregaray e Cuneo (2009, p. 76-77), tal necessidade está intimamente ligada com a maior probabilidade para o cometimento de crimes sexuais.

Perante a grande insensibilidade diante dos fatos e de sua vaidade, os psicopatas se encontram, por muitas vezes, preparados para cometer crimes. Essa predisposição é enriquecida pela falta de arrependimento desses indivíduos, o que gera a ineficácia também da tentativa de regeneração ou de reeducação, uma vez que o psicopata não segue um modelo ético, a não ser o que ele mesmo deu origem e que, provavelmente, está carregado de distorções.

Alarmante também, quando se trata de um criminoso psicopata, é a sua predominância com a reincidência. De acordo com Medeiros (2014, p. 18),

quando criminosos, os psicopatas são mais propensos a cometerem delitos mais cruéis e com emprego de violência, do que os demais criminosos por costumarem ser mais agressivos. Além disso, por serem predadores, permanecem cometendo crimes por mais tempo. Trata-se de uma personalidade transtornada que detém uma inclinação para práticas delitivas estabelecendo um padrão recorrente.

A definição e os efeitos da reincidência se encontram no artigo 63 do Código Penal da seguinte maneira: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. E contém os seguintes requisitos:

Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Já que não absorvem a finalidade da pena aplicada, de modo que a tríade funcional desta (prevenir, punir e ressocializar) não se efetiva, depreende-se que o

índice de reincidência de crimes cometidos pelos psicopatas é exorbitante e, segundo Morana (2004), estes reincidem até três vezes mais que os criminosos normais.

Perante todo o estudo acerca da personalidade de um psicopata, outra problemática foi evidenciada. Os psicopatas, perante sua inteligência para além do comum, em conjunto com a destreza e habilidade na persuasão, se comportam como verdadeiros mandantes dos presídios, uma vez que não deixariam de usar suas “habilidades” dentro do cárcere, o que, por consequência, influencia diretamente e negativamente na conduta dos presos comuns. Sadock (2007, p. 861), ao revelar o histórico de um detento, marcado por patologias na personalidade, que foi transferido para unidade psiquiátrica, atenta que,

[...] no início, parece relaxar e logo melhorar, cooperando com a equipe de tratamento e os pacientes. A seguir, contudo, começa a criar problemas na unidade, liderando outros pacientes em revoltas relativas a privilégios de fumar, licenças e necessidade de medicamentos. Uma vez, durante a hospitalização mais recente, foi pego tentando intercuro sexual com uma paciente de 60 anos de idade.

A psicopatia, então, afeta negativamente dois lados. O primeiro é o próprio acometido pela psicopatia, que carrega em si, como consequência de sua conduta inflexível, um prejuízo que limita sua vivência normal na sociedade. Tal prejuízo se externa e, por muitas vezes, o mesmo acaba por deter de conduta predisposta à realização de atos danosos.

## **6 Responsabilidade penal dos psicopatas**

Como abordado anteriormente, para que o agente possa ser responsabilizado penalmente pela conduta revestida pelo fato típico e ilícito, é necessário que seja imputável. De acordo com Greco (2009, p. 365), imputabilidade é, então, “a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra e a inimputabilidade é a exceção”. O Código Penal Brasileiro antevê, em seu artigo 26, a possibilidade modelar de inimputabilidade, trazendo que:

é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O texto do caput do citado artigo induz que o legislador aderiu, nessa hipótese, o critério biopsicológico para que recaia a inimputabilidade no agente.

Então, perante toda a análise da psicopatia já exposta, eis que sobrevém uma dubiedade significativa: qual o destino do psicopata que perfaz conduta delituosa? Sobre ele é possível e adequado recair plena imputação ou não?

É necessário, inicialmente, frisar novamente as diferenças entre os motivos que levam um psicopata a cometer crimes dos motivos que induzem um indivíduo não psicopata à prática de delitos. De acordo com Emílio (2013), um criminoso comum contém preceitos morais inerentes com normas e proibições próprias, ainda que em

inconsonância com os valores da sociedade em geral. O não psicopata criminoso exerce os delitos motivados por fatores sociais e pelo contexto social ao qual é submetido como, por exemplo, a pobreza, a violência familiar, o abuso infantil, a má criação, o estresse econômico, o abuso de álcool e drogas ou por pressão das regras existentes no grupo a que pertence. Em contrapartida, o acometido pela psicopatia age em harmonia com um arcabouço de caráter que funciona sem alusão às regras ou aos regulamentos da sociedade, não revelando vínculo a nenhum grupo, código ou princípio.

No Brasil, segundo Trindade, Beheregaray e Cuneo (2009, p. 23), também há índices significativos da existência de psicopatas no meio carcerário (cerca de 20% dos presos são acometidos por tal transtorno), sendo que, segundo Souza e Cardoso (2008, p. 264), só no Estado do Rio Grande do Sul, em uma amostra de 1000 apenados, a prevalência fica na faixa dos 22,3%. Portanto, a incidência de tal transtorno no quadro carcerário é alarmante e carece de atenção.

Doutrinamente, as posições acerca da imputabilidade do psicopata não são unânimes. Com pesquisas nas searas da Psicologia e do Direito, é importante destacar as diversas visões acerca da imputabilidade ou não dos psicopatas.

O entendimento sumário é o de que a psicopatia, por si só, não leva à inimputabilidade do agente, uma vez que o mesmo não sofre de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Aqueles que adotam a posição da semi-imputabilidade afirmam que esses indivíduos são incapazes de compreender, por completo, a antijuridicidade de uma ação e de se orientar sob tal entendimento, entretanto esse entendimento não está consoante com a já afirmada capacidade mental do psicopata. Mirabete (2005, p. 267), por exemplo, afirma que:

os psicopatas, as personalidades psicopáticas, os portadores de neuroses profundas, etc. em geral têm capacidade de entendimento e determinação, embora não plena. Estão na mesma categoria legal os que possuem o desenvolvimento mental incompleto, mas que atingiram certo grau de capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação de acordo com as regras sociais [silvícolas em acultuação, surdos-mudos em processo de instrução] etc. Por fim, incluem-se os agentes com desenvolvimento mental retardado, que nas faixas mais elevadas têm alguma capacidade de entendimento e autodeterminação. Em todas as hipóteses, comprovadas por exame pericial, o agente será condenado, mas, tendo em vista a menor reprovabilidade de sua conduta, terá sua pena reduzida entre um e dois terços, conforme o art.26, parágrafo único [...].

Dentro da semi-imputabilidade, destaca-se também o posicionamento de Nader (2010, [s.p.]) ao defender que a personalidade psicopática detém de incapacidade tanto no aspecto de compreensão do ilícito como também na sua capacidade de autodeterminação. Em consonância com essa compreensão, a mesma assim assevera:

defendemos que sejam eles considerados semi-imputáveis, ficando sujeitos à medida de segurança por tempo determinado e a tratamento médico-psíquico. A pena privativa de liberdade não deve ser aplicada nestes casos tendo em vista seu caráter inadequado à recuperação e ressocialização do semi-imputável portador de personalidade anormal. [...] Concluimos então pela efetiva necessidade de

acompanhamento psiquiátrico dos presos para que se possam identificar os psicopatas e tratá-los de acordo com esta situação.

Há também defensores da semi-imputabilidade do psicopata no aspecto da incapacidade de autodeterminação, ou seja, apesar da capacidade de compreender o caráter ilícito, defendem haver um impedimento na autodeterminação. Acolhe tal posicionamento, por exemplo, Pataro (1996, p. 258), afirmando que o psicopata, por estar posicionado entre a normalidade psíquica e a doença mental, resulta no impedimento desses indivíduos do integral senso de autodeterminação. Desse mesmo entendimento, tem Garcia (1958, *apud* TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEO, 2009, p. 131-132), entendendo que os transtornos de personalidade estão posicionados no intermédio da doença mental e da normalidade psíquica e possuem a compreensão da natureza delitiva de sua conduta, entretanto, não detêm da capacidade integral de determinar-se de acordo com essa compreensão, perante a ausência do controle de impulsos.

Como percebido, a psicopatia é considerada por alguns estudiosos como uma forma de semi-imputabilidade, estando então o psicopata resguardado pelo parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o qual estabelece que a pena, em caso de semi-imputabilidade, será reduzida de um a dois terços ou substituída por medida de segurança.

Todavia, entendimentos contrários perduram acerca da imputabilidade do psicopata. Cavalcante (2015, [s.p.]) afirma a plena consciência desse indivíduo perante suas condutas e, por isso, por meio de uma análise minuciosa da personalidade psicopática e das condicionantes anteriores e posteriores ao crime que foi praticado pelo psicopata, assim assevera: “o posicionamento que defende pela imputabilidade dos psicopatas parece ser mais razoável, já que eles possuem consciência de seus atos e das consequências que o ato de matar, por exemplo, provocaria”.

Entendimento semelhante se faz o de Abreu (2013, [s.p.]), afirmando que, ao atentar-se para os critérios expostos pelo artigo 26, caput, e parágrafo único, do Código Penal, e aos preceitos indicados pela Psiquiatria, Psicologia, Medicina Legal e Criminologia, “não verificamos qualquer relação da psicopatia com as hipóteses de afastamento da imputabilidade do agente”. Para ela, o psicopata é imputável por não estar submetido à qualquer distúrbio que acarrete alteração em sua saúde psíquica. Além disso, os psicopatas detêm de plena consciência da ilegalidade dos atos que pretendem praticar e autocontrole suficiente para repeli-los no momento que refutarem mais benéfico.

O mesmo entendimento tem Trindade, Beheregaray e Cuneo (2008, p. 133), asseverando que, muito embora a posição majoritária entenda que os psicopatas integram-se à classe dos semi-imputáveis, na ótica científica e psicológica, tende-se a considerá-los plenamente capazes, visto que não demonstram alucinações, conservando íntegras suas funções de percepção.

Por fim, cabe trazer o entendimento de Roberto (2012), defensor da internação como a melhor solução, conjuntamente com o acompanhamento médico para os psicopatas que praticaram crimes, uma vez que, diante da internação e observância contínua, ajudaria tal indivíduo a controlar esse problema, abrindo possibilidades de

ressocialização. Todavia, no Brasil, não é possível ser realizado tal procedimento, pois não há um sistema efetivo para tratar desse tipo de criminoso. Isso resulta na seguinte situação: criminoso fica em um ambiente esperando o tratamento que lhe deveria ser dado, mas como este não ocorre, ele permanece então na espera.

As atuais posições do Judiciário acerca da psicopatia também não são unânimes. Parte dos magistrados compreende o indivíduo psicopata como semi-imputável, adequando, então, a aplicação de alguma medida de segurança. Em contradição, alguns juízes entendem, também, serem os psicopatas plenamente imputáveis, estabelecendo rigorismo na pena perante sua personalidade temerosa. Todavia, menciona-se muito pouco acerca da psicopatia nos mais diversos tribunais de justiça. Perante uma análise nos tribunais de cada região brasileira, extrai-se o quão escasso é este debate, mesmo diante de seu impacto significativo no sistema penal.

Considerando, então, apenas essa capacidade de consciência do ilícito do psicopata, restaria conferir, por conseguinte, que o psicopata, aos olhos do direito penal, é um agente imputável, sendo necessária a imposição de pena como sanção pertinente. No entanto, a problemática não se resume apenas no contexto de entendimento do ilícito pelo psicopata e sua imputabilidade, visto que são insubmissos, não absorvem aprendizado algum com as experiências vividas, ou seja, a punição estatal, após a prática de delitos, não resulta em um empecilho de condutas delitivas. O período inserido no cárcere não impede o psicopata de cometer delitos após ser colocado em liberdade.

Haja vista a incapacidade de absorção de aprendizado dos psicopatas com a pena, uma vez que não são passíveis de ressocialização, sobrevém à problemática da frequente e crescente reincidência criminal. Como já dito, os psicopatas não aderem em si a finalidade da pena, portanto não constitui um artifício coativo e preventivo efetivo para eles. Nesse seguimento, lecionam Trindade, Beheregaray e Cuneo (2009, p. 150) que

os psicopatas iniciam a vida criminosa em idade precoce, são os mais indisciplinados no sistema prisional, apresentam resposta insuficiente nos programas de reabilitação, e possuem os mais elevados índices de reincidência criminal.

Serin e Amos (1995, *apud* TRINDADE, 2012) alegam que os psicopatas reincidiram aproximadamente cinco vezes mais do que não psicopatas dentro de cinco anos fora do cárcere, essa reincidência, em grande parte, se concentra em crimes violentos. Ainda sobre a reincidência criminal dos psicopatas, a psiquiatra forense Morana (2011) aduz que

o tipo de crime não prediz a periculosidade do agente. Não é possível basear-se no tipo de crime, por mais hediondo que seja para predizer a reincidência criminal. A questão volta-se para a identificação de sujeitos perigosos e portanto prováveis reincidentes criminais, cujo diagnóstico baseia-se no estudo de sua personalidade.

Outra problemática que necessita de grande atenção é que, ao serem apontados

como imputáveis, os psicopatas cumprem suas penas juntamente com os criminosos comuns. Como já amplamente elucidado, os psicopatas são exímios persuasores, detêm de elevada habilidade de manipulação, portanto, não deixariam de usufruir de tal habilidade dentro do cárcere, inserindo um ambiente altamente negativo e influenciador para os demais sentenciados. Os psicopatas são, então, por muitas vezes, como elucidado anteriormente por Trindade, o principal indivíduo com comportamento indisciplinado e manipulador dentro do cárcere, usando de tais habilidades para seu próprio benefício.

Ademais, suas capacidades vão além da manipulação. Segundo a psicanalista Carvalho (2011), esses indivíduos forjam afeto, têm extrema facilidade em fingir e mentir, dissimulando uma boa conduta. Dentro do cárcere, ao utilizar dessas capacidades, o psicopata recebe uma posição de destaque que, perante sua “boa” conduta, poderá ser liberto antes do previsto, uma vez que o artigo 112 da Lei de Execução Penal sofreu modificações com a Reforma Penal de 1984 que estabeleceu ser suficiente apenas o bom comportamento e o requisito temporal para a progressão do regime de cumprimento da pena ou de concessão de livramento condicional.

O problema, então, é evidente, quando há indícios de psicopatia é de extrema necessidade avaliar se o retorno do indivíduo à sociedade não acarretaria riscos à mesma. A progressão de regime prisional de forma alguma poderia ser realizada automaticamente, nem mesmo mediante exame pouco aprofundado, já que, atualmente, o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação não são mais obrigatórios para a concessão do benefício da progressão de regime. Deixar um psicopata criminoso inserido na sociedade, mesmo que de forma progressiva, é medida de extrema responsabilidade.

### ***5 Medida de segurança e sua aplicação***

A medida de segurança é aplicada como punição de crimes perpetrados por indivíduos que possuem enfermidades mentais como também para os que possuem distúrbios que os submetem a uma situação não condizente com a normalidade. Considera-se a periculosidade do indivíduo no momento de aplicação da medida, sendo submetido a uma perícia anual na qual verificará a atual situação do sentenciado. Segundo o entendimento de Nucci (2008, p. 459-460), pode ser denominada como “uma espécie de sanção penal destinada aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, autores de um fato típico e antijurídico [...], devendo ser submetidos a internação ou a tratamento ambulatorial”. As medidas de segurança estão elucidadas nos artigos 96 e 97 do Código Penal, sendo subdivida em internação ou tratamento ambulatorial. O período mínimo de internação é um a três anos.

Na internação, exposta no artigo 96, I do Código Penal, o sentenciado é privado de sua liberdade e submetido a tratamento em instituição. Recai sobre agente inimputável que praticou crime punido com pena de reclusão ou a quem exerceu ato criminoso punido com detenção. Já o tratamento ambulatorial, previsto no artigo 96, II, submete aos inimputáveis quando o crime perpetrado tem teor de menor gravidade, e também aos semi-imputáveis, como estabelecido no artigo 99, da Lei de Execuções

Penais. A medida de segurança se efetiva com o comparecimento do indivíduo ao instituto determinado onde será submetido ao tratamento adequado. A aplicabilidade dessa medida leva em conta a punibilidade do indivíduo, isto é, se numa das perícias anuais ficar evidenciado que a periculosidade do indivíduo cessou, a medida terá sua aplicabilidade interrompida, nos termos do parágrafo único do artigo 96 do Código Penal.

No contexto da psicopatia, a medida de segurança seria, aparentemente, o mais adequado para tal indivíduo, uma vez que o psicopata não é uma situação de normalidade de um indivíduo, mas também não é um doente mental. Há uma problemática na esfera dos afetos, há um transtorno na personalidade que, apesar de não afetar o entendimento do caráter ilícito, poderia, de acordo com as visões já elucidadas, afetar a autodeterminação do indivíduo psicopata. O psicopata estaria, então, entre a normalidade (imputabilidade) e a doença mental (inimputabilidade), caracterizando sua semi-imputabilidade. Entretanto, mediante uma análise aprofundada percebe-se que a medida de segurança não resulta em plena efetividade quando colocada sobre o psicopata.

Desde logo, a psicopatia, quando abrangida pela medida de segurança, não seria passível de tratamento ambulatorial ou internação, visto que não existe uma patologia a ser tratada, é um transtorno de personalidade, e não uma doença mental. Outra problemática quanto à aplicação de medida de segurança é que, até o dado momento, não há um tratamento que cure efetivamente a psicopatia. De acordo com a psiquiatra Silva (2008, p. 130), não há relatos de tratamentos a base de medicação e psicoterapias que mostraram resultados eficazes na cura da psicopatia, sendo, então, até o presente momento, um transtorno incurável.

Ademais, como já dito, os psicopatas possuem uma habilidade além do normal de ludibriar as pessoas, fácil então chegar à conclusão que enganar os profissionais da saúde não é dificuldade para eles, de forma que podem manipular as análises e seus resultados e serem colocados em liberdade precoce sem de fato estarem em condições para isso, fragilizando a segurança da sociedade. Além disso, dentro das instituições de tratamento, a conduta do psicopata é desestruturada e não condizente com as regras, o que acaba mais uma vez prejudicando o tratamento dos demais indivíduos presentes.

Sobreleva ressaltar que, *a priori*, a medida de segurança não corroborava prazo máximo, sendo aplicada enquanto durasse a periculosidade do indivíduo. Entretanto, perante a vedação da pena perpétua no Brasil, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a medida não pode durar por tempo superior àquele estabelecido para as penas de restrição de liberdade, conforme o seguinte precedente:

1. A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. (STF, RHC 100383 / AP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 18.10.2011).

É possível verificar, então, que a garantia constitucional à liberdade do psicopata está acima da também garantia constitucional de segurança da coletividade, violando um princípio geral do Direito, qual seja a prioridade do interesse coletivo sobre o individual.

### ***7 Princípio da individualização da pena***

Considerando então todas as peculiaridades do psicopata já elucidadas e a ineficácia da punição/tratamento dada atualmente ao mesmo, imprescindível a execução de sua pena, com fundamento no princípio da igualdade em seu ângulo material, ser distinta e separada dos presos comuns. Iminente também a necessidade de especialista tecnicamente hábil para atender esse grupo e suas peculiaridades. Trata-se da efetivação do princípio da individualização da pena na fase de execução criminal.

Exposto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da individualização da pena assegura aos sujeitos no ato da condenação em um processo penal que a sua pena seja individualizada, ou seja, considerando suas características aplicadas para cada caso concreto. Sobre tal princípio menciona Mirabete (2000, p. 293):

[...] Nos termos do dispositivo em estudo, o juiz deve levar em conta, de um lado, a “culpabilidade”, os “antecedentes”, a “conduta social” e a “personalidade do agente”, e, de outro, as circunstâncias referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os “motivos”, as “circunstâncias do crime”, bem como o “comportamento da vítima”. Diante desses elementos, que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o fato criminoso do outro, o juiz deve escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender os fins da pena.

A individualização da pena se dá em três fases. A primeira é no âmbito legislativo, no qual há tipificação dos atos, valorando-os. A segunda fase se dá no âmbito judicial, em que o juiz, com base na lei, individualiza a pena na sentença. Por fim, a terceira fase é a executória, em que os apenados são sentenciados e separados a partir da sua personalidade e de seus antecedentes.

A individualização da pena na fase da execução penal corrobora grande relevância, uma vez que tal individualização se justifica no fato de que cada criminoso reveste-se de uma determinada personalidade, o que o torna único e diferente dos outros criminosos. Abarcando então todas as peculiaridades repulsivas dos criminosos psicopatas, principalmente sua predisposição para a reincidência, é indispensável identificá-los e avaliá-los minuciosamente antes da concessão de benefícios na execução de suas penas, esquivando-se, assim, da reinserção social prematura dada por decisões judiciais fundamentadas tão somente no bom comportamento do sentenciado que, por muitas vezes, demonstra situação não equivalente à real.

A atual e disponível solução para a problemática de identificação do psicopata se daria por meio da implantação do *psychopathy checklist* ou PCL-R, teste verificativo

da psicopatia já minuciosamente detalhado, com a finalidade de se definir o diagnóstico do infrator, inclusive o grau da possível psicopatia. Tal teste já tem sua versão brasileira traduzida e parecer favorável do Conselho Federal de Psicologia quanto a sua viabilidade. Países como EUA, Austrália, Holanda, Noruega e China empregam o instrumento. Segundo Hare (2013), criador do PCL-R, países que o instituíram demonstraram redução significativa da reincidência criminal. Quanto à aplicação eficaz do PCL-R para a identificação do psicopata, aduz Trindade (2012, p. 174):

no momento, parece haver consenso de que o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de recidivismo, violência e intervenção terapêutica.

A problemática também abrange a inexistência de lei, decreto, portaria, regulamento que refere à psicopatia. No dado momento, há também ausência de previsão normativa que importe na utilização do método verificativo (PCL-R). Há um projeto de lei (PL 6858/2010) proposto pelo ex-secretário de segurança pública e ex-deputado federal Marcelo Itagiba (2010). O intuito da PL é a modificação no conteúdo da Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) para a formação de um grupo técnico, bem como a modificação da maneira de execução da pena do criminoso psicopata, impondo a aplicação de exame criminológico do condenado à pena privativa de liberdade.

A necessidade dos psicopatas cumprirem a pena a eles imposta afastados dos outros sentenciados comuns é uma das justificativas da PL apresentada pelo deputado. Ademais, o mesmo ressalta a importância de impor o exame criminológico aprofundado por especialista qualificado como pressuposto obrigatório para concessão de benefícios como, por exemplo, o livramento condicional e a progressão de regime.

O projeto está submetido à apreciação em plenário desde o ano de 2010, isso apenas ratifica a inércia do poder legislativo perante uma problemática tão alarmante, que merece tratamento prioritário, uma vez que a cada dia se tornam mais corriqueiros os crimes perpetrados por psicopatas. Além disso, ao receberem tratamento equivalente ao do preso comum, retornam à sociedade, mesmo inaptos para tanto, progredindo de regime ou por outro benefício concedido, e aumentam a taxa de reincidência criminal. Tal conduta tomada pelo poder judiciário confronta os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

## **8 Conclusão**

Quando analisada sob a ótica da justiça, a psicopatia se torna um tema árduo e desafiador. Sua problemática inicia logo na definição do termo e na necessidade de constatação do transtorno no delinquente. Sob outro vértice, há uma evidente inconsonância por parte do judiciário no ato de deferir se o mesmo é imputável ou semi-imputável, para então abalizar a que tipo de sanção é cabível ao psicopata.

O estudo, inicialmente, voltou-se para a demonstração de que a psicopatia se afasta da doença mental, considerada, atualmente, um transtorno de personalidade. Portanto, *a priori*, o psicopata criminoso poderia ser considerado agente imputável perante sua capacidade de entendimento do ilícito, sendo pertinente a imposição de penas em detrimento de medidas de segurança. Entretanto, em virtude das singulares características da personalidade psicopática, se o mesmo for considerado imputável e submetido ao cárcere, haveria ineficácia do objetivo da pena quando aplicada sobre tais indivíduos. O psicopata não absorve o caráter preventivo especial positivo da pena (ressocialização), o que se efetiva, nesses casos, é apenas a função preventiva negativa (segregação da liberdade).

Ademais, demonstrou-se também que, apesar do psicopata ter plena capacidade de entender o caráter ilícito, ainda não é pacífico quanto à capacidade do mesmo de autodeterminação de acordo com o entendimento, muito embora na ótica científica e psicológica tende-se a afirmar que há capacidade não só de compreensão do caráter ilícito, como também de autodeterminação do psicopata. Sendo assim, a semi-imputabilidade poderia ser adequada ao indivíduo portador da psicopatia, visto que o mesmo não é um doente mental, mas também não está no estado de normalidade. Todavia, se aplicada a semi-imputabilidade, conseqüentemente, a medida de segurança resultaria mais uma vez na ineficácia de tal critério, uma vez que a psicopatia, até o dado momento, não é passível de cura e não é doença mental, portanto, o objetivo da medida de segurança de cura e ressocialização não seria alcançado.

O tratamento equivalente dado aos psicopatas no sistema penal brasileiro é mais uma problemática apresentada que afeta diretamente a ressocialização dos demais detentos. Os psicopatas, por serem dissimulados e apresentarem seu externo destoante com o seu interior, mediante a verdadeira personalidade antissocial que possuem, são exímios persuasores e, com facilidade, manipulam os demais detentos, influenciando na má conduta generalizada dentro do cárcere, além de expressarem bom comportamento dissimulado, obtendo, assim, a liberdade indevida e precoce. O sistema carcerário brasileiro tem, então, se tornado um sistema “reprodutor” e difusor de violência e criminalidade, razão pela qual a separação de indivíduos psicopatas em prisões específicas ou, pelo menos, alas fechadas e isoladas nos estabelecimentos prisionais se mostram urgentes e imprescindíveis, evitando, assim, as manipulações perigosas que os psicopatas praticam na comunidade carcerária.

A problemática abarca também o cumprimento, por esses indivíduos psicopatas, da medida de segurança nos hospitais de custódia no país. Como asseverado, mesmo sendo disponibilizada uma estrutura que objetiva o tratamento de transtornos e doenças mentais, tal intuito não recai com eficácia nos criminosos psicopatas, uma vez que, além de não serem passíveis de cura, esses sujeitos também desestruturam o ambiente hospitalar e burlam as regras do mesmo, atrapalhando o tratamento dos demais internos.

Concluiu-se, então, que nenhuma das modalidades, seja a imputabilidade ou a semi-imputabilidade, têm plena eficácia quando colocadas sobre o psicopata. Em prol do princípio da individualização da pena na fase de execução e da igualdade em seu aspecto material, é imprescindível método específico e diferenciado para o portador da

psicopatia no sistema penal. Não é necessário identificar apenas os psicopatas que estão e serão introduzidos no cárcere, mas também uma política criminal específica para os mesmos.

A identificação da psicopatia é possível mediante o manuseio do teste verificativo denominado *psychopathy checklist* ou PCL-R, já aplicado em diversos países estrangeiros. Tal teste já conta com sua versão brasileira. Entretanto, a simples aplicação do teste não é satisfatória para sua plena efetividade dentro do sistema prisional. É imprescindível a edição de lei específica que imponha o teste como pressuposto de identificação desses infratores psicopatas e, ao mesmo tempo, é necessária a exigência da aplicação de uma avaliação interdisciplinar técnica anterior à concessão de benefícios na execução penal desses criminosos, impedindo, assim, a reinserção social precoce e, por corolário, a reincidência criminal.

Por fim, cabe ressaltar a importância da interação entre a Psiquiatria e o Direito Penal, inserindo profissionais qualificados da psiquiatria forense no poder judiciário. Essa necessidade baseia-se tanto pela preocupação com a prevenção de crimes, quanto pela busca de respostas penais eficazes e compatíveis com a condição de psicopatia, dando o adequado tratamento e assegurando a estabilidade e a segurança da sociedade.

### **Referências**

ABREU, Michele O. de. *Da imputabilidade do psicopata*. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<http://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-do-psicopata>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR*. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008, p. 268.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 7 de dez. de 1940.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 11 de jul. de 1984.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, RHC 100383 AP*, Min. LUIZ FUX, j. 18/10/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20759599/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-100383-ap-stf>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

CARVALHO, Soraya Hissa de. *Psicopatia não tem cura; é um modo de ser, diz psicanalista*. Zh, mai. 2011. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2011/05/psicopatia>>

nao-tem-cura-e-um-modo-de-ser-diz-psicanalista-3323647.html>. Acesso em: 13 set. 2016

CAVALCANTE, Camila Maria Santiago. *A punibilidade dos psicopatas sob a análise da ciência criminológica*. Revista âmbito jurídico. 2015. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15003](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15003)>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CLECKLEY, Hervey. *The mask of sanity* - 5 ed. - "scanned facsimile produced for non-profit educational use". Disponível em: <[http://cassiopaea.org/cass/sanity\\_1.PdF](http://cassiopaea.org/cass/sanity_1.PdF)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

CREMERJ n. 05 de 1990. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmrj/pareceres/1990/5\\_1990.htm](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmrj/pareceres/1990/5_1990.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p, 181.

EMILIO, Caroline Souza. *Psicopatas homicidas e as sanções penais a eles aplicadas na atual justiça brasileira*. 2013. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013\\_1/caroline\\_emilio.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/caroline_emilio.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 10. Ed. Niterói: Ímpetus, 2008, p. 396.

\_\_\_\_\_. Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. v. I. 11. ed. Niterói: Ímpetus, 2009, p. 365.

HARE, Robert D. *Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 39-98

HUSS, Matthew T. *Psicologia forense: Psiquiatria, práticas clínicas e aplicações*. 1. ed. artmed, 2011, p.174-175.

ITAGIBA, Marcelo. *Pl 6858/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/743970.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 501.

LUIZ JUNIOR, José. *Imputabilidade*. Direitonet, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2005/imputabilidade>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

MEDEIROS, Verônyca Muniz Veras. *A psicopatia como semi-imputabilidade no sistema penal*. Nome da revista, Brasília, 2014. Disponível em:

<<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42395.pdf>>.

Acesso em: 22 jul. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 293.

\_\_\_\_\_, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado* – 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2005, p. 267.

MIRANDA FILHO, Hamilton Raposo de. *A interface da psiquiatria com o direito: um manual pericial*. maio 2008. Disponível em:

<<http://hraposo.blogspot.com.br/2008/05/interface-da-psiquiatria-com-o-direito.html>>.

Acesso em: 10 ago. 2016.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. *Evolução histórica da inimputabilidade penal*. abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8234/evolucao-historica-da-inimputabilidade-penal>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

MORANA, Hilda. *Reincidência criminal: é possível prevenir?*. 2004. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/depeso/16,mi8114,71043>

reincidencia+criminal+e+possivel+prevenir>. Acesso em: 30 jul. 2016.

\_\_\_\_\_, Hilda. *Escala Hare PCL-R: critérios para pontuação de psicopatia revisados*. Versão brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo; 2004.

\_\_\_\_\_, Hilda. *Pcl-r - psychopathy checklist revised*. Revista de criminologia e ciências penitenciárias - conselho penitenciário do estado - copen, São Paulo, 2011.

NADER, Ana Carolina Marchetti. *A possibilidade da aplicação da medida de segurança ao psicopata*. 2010. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=1055.32981>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 271.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 459-460.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de. *A responsabilidade penal dos psicopatas*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21158/21158.pdf>>.

Acesso em: 13 ago. 2016.

PATARO, Oswaldo. *Medicina legal e prática forense*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 258.

ROBERTO, Paulo. *Serial Killer: Relação com o Direito*. 2012. Disponível em: <<http://artigojus.blogspot.com/2012/01/serial-killer-relacao-com-o-direito.html>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

SADOCK, Benjamin James. *Compêndio de Psiquiatria: Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica*. 9. ed. São Paulo: Artmed, 2007, p. 861.

SILVA, José Américo Seixas. *Imputabilidade penal*, jan. 2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12959-12960-1-pb.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o Psicopata Mora ao Lado*. 1. ed. Princípium Editorial, 2008. p. 37, 69,70, 130.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. “*Psicopatas não sentem compaixão*”. Revista época, out. 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI15657-15295,00-ANA+BEATRIZ+BARBOSA+SILVA+PSICOPATAS+NAO+SENTEM+COMPAIXAO.html>>. Acesso em: 25 set. 2016.

SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Göttert Cardoso (Orgs.). *Psiquiatria Forense: 80 anos de prática institucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 264.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia – a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 23, 76, 77, 133, 150.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 174.

## **Solipsismo judicial: a atual crise hermenêutica ilustrada pelo benefício assistencial de prestação continuada, tendo em vista os termos jurídicos indeterminados e a teoria da decisão judicial**

*Judicial solipsism: the current hermeneutic crisis illustrated by the continuing care benefit, in view of the undetermined legal terms and the theory of judicial decision*

**Nicolau José Caixeta de Andrade**

Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: [nicolau.caixeta@hotmail.com](mailto:nicolau.caixeta@hotmail.com)

**Resumo:** O solipsismo judicial, concebido na discricionariedade dos magistrados brasileiros quando da prestação da resposta jurisdicional, apresenta-se como um dos grandes problemas concernentes ao neoconstitucionalismo. Trata-se de uma característica ínsita ao positivismo, sendo necessário, portanto, o seu sobrepujamento. O problema do protagonismo judicial evidencia-se quando da concessão da LOAS, porquanto não há qualquer critério hermenêutico para que o intérprete outorgue ou denegue a benesse. A utilização de direitos cujo objeto é de difícil determinação, em especial o mínimo existencial, dá azo à atuação arbitrária dos juízes e tribunais, de modo que cada intérprete, por meio de suas íntimas convicções, pode fazer uso das chamadas katchangas argumentativas. Mais do que um problema inerente ao benefício assistencial, o subjetivismo está presente, em grande medida, na integralidade do ordenamento jurídico pátrio, notadamente porque o intérprete consubstancia suas decisões na dicotomia sujeito-objeto. É necessário, desse modo, trazer à baila uma teoria da decisão capaz de propiciar segurança e coerência jurisprudencial. Destarte, considerando-se o direito como plenitude, torna-se possível ao intérprete, a partir de uma compreensão calcada na tradição jurídica, alcançar uma solução adequada à Carta Republicana e ao caso concreto sob análise. Assim sendo, partindo-se, inicialmente, de uma situação específica materializada pela LOAS, o presente trabalho tem por escopo analisar as diversas facetas do solipsismo judicial, para, então, posteriormente, buscar respostas na própria integridade do direito.

**Palavras-chave:** Solipsismo judicial. Benefício assistencial de prestação continuada. Termos jurídicos indeterminados. Teoria da Decisão Judicial.

**Abstract:** The judicial solipsism, conceived as the discretion of Brazilian magistrates when providing the judicial response, is one of the major problems concerning the neoconstitutionalism. It's a characteristic of positivism, and therefore, it is necessary to overcome it. The problem of judicial protagonism is evident when granting LOAS, because there is no hermeneutic criterion for the interpreter to grant or deny the benesse. The use of rights whose object is difficult to determine, especially, the existential minimum, gives rise to the arbitrary action of judges and courts, so that each interpreter, through his/her intimate convictions, may make use of the so-called argumentative katchangas. More than a problem inherent to the social benefit, subjectivism is present, to a great extent, in the integrality of the Brazilian juridical order, especially because the interpreter constructs his/her decisions in the subject-object dichotomy. It's necessary, in this way, to bring up a theory of decision capable

of providing security and coherence jurisprudence. Thus, considering the law as fullness, it becomes possible for the interpreter, from an understanding based on legal tradition, to reach an adequate solution to the Republican Charter and to the concrete case under analysis. Thus, starting from a specific situation materialized by LOAS, the present work aims to analyze the various facets of judicial solipsism, and then to seek answers in the very integrity of law.

**Keywords:** Judicial solipsism. Assistance benefit of continuous provision. Undetermined juridical terms. Theory of Judicial Decision.

---

## *1 Considerações iniciais*

A Constituição “cidadã” de 1988 procurou instituir um verdadeiro Estado Democrático de Direito, calcado nos corolários do neoconstitucionalismo. Para tanto, a lei maior buscou, de maneira contumaz, assegurar a eficácia dos direitos sociais, entre os quais a assistência social. Destarte, quando o Poder Legislativo, por meio de sua atividade legiferante, e o Poder Executivo, por meio das políticas públicas, não logram êxito em proporcionar um Estado do Bem-Estar Social, o Poder Judiciário aparece como alternativa necessária à proteção do cidadão.

Nesse aporte, os magistrados são dotados da nobre responsabilidade de devolver à sociedade brasileira uma resposta jurisdicional coerente e íntegra ao próprio ordenamento jurídico e à Constituição da República. Desse modo, quando diferentes juízes proferem decisões distintas, pautadas em argumentações vagas, superficiais e subjetivas, estar-se diante de um dos maiores problemas enfrentados pelo direito contemporâneo, qual seja, o solipsismo judicial. A problemática em apreço materializa-se nos critérios utilizados para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada – LOAS – porquanto a garantia à assistência social remonta em grande medida a termos jurídicos de difícil determinação.

O presente estudo tem por escopo analisar o solipsismo judicial presente no sistema jurídico brasileiro, partindo-se, inicialmente, do problema concreto concernente à LOAS. Ademais, entender sua relação com os direitos de segunda dimensão, notadamente a assistência social, é mister para compreender em que medida ocorre o protagonismo judicial. A partir daí, analisar-se-á as peculiaridades em torno do decicionismo brasileiro, com o fito de identificar e compreender os principais aspectos que propiciam o tão rechaçado subjetivismo. Posteriormente, será preciso realizar uma análise hermenêutica da integridade do ordenamento jurídico, com o propósito de buscar alternativas condizentes com o Estado Democrático de Direito e capazes de enriquecer as discussões em torno da problemática.

Desse modo, embora o estudo parta, inicialmente, do problema concernente ao benefício assistencial de prestação continuada, a pesquisa fará uso do método dedutivo de análise, porquanto será necessária a extração de premissas gerais, para, então, melhor compreender a problemática ilustrada. Por consequência, partindo-se de proposições ínsitas ao próprio ordenamento jurídico, será possível tecer raciocínios críticos acerca da atuação dos magistrados, para, posteriormente, alcançar respostas adequadas à Carta Constitucional e ao direito.

Nesse diapasão, para que seja possível alcançar os objetivos almejados pelo presente trabalho, far-se-á necessário utilizar o tipo teórico-bibliográfico de pesquisa,

debruçando-se sobre os diversos materiais publicados, sobretudo doutrina, periódicos e artigos científicos. A revisão bibliográfica mostra-se fundamental para alcançar as finalidades delineadas na pesquisa proposta, de modo que será preciso uma análise crítica e minuciosa sobre a temática. Por fim, a pesquisa documental também é de grande importância, uma vez que permitirá vislumbrar a problemática na jurisprudência pátria, sobretudo nos tribunais superiores.

## *2 Assistência social e a falta de critério para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada*

A Constituição da República de 1988, visando propiciar um verdadeiro Estado do Bem-Estar Social, regulamentou, em seu art. 203, V, a garantia à assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social. Ademais, a assistência importa na concessão de um salário mínimo mensal ao idoso e à pessoa portadora de deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela família.

Nessa senda, a efetivação do direito à assistência social está condicionada à efetivação, pelo Estado, de políticas públicas, porquanto tal garantia ostenta uma natureza positiva, típica dos direitos de segunda dimensão. Trata-se, em verdade, da efetivação do objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza, bem como de reduzir as desigualdades sociais.

De outra sorte, visando regulamentar a norma constitucional em apreço, foi aprovada a Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social – que veio disciplinar a estrutura do benefício assistencial de prestação continuada e os requisitos para a sua concessão.

### *2.1 Constitucionalidade do critério de miserabilidade utilizado para a concessão da LOAS*

Um dos pontos mais controvertidos e polêmicos em torno das condições para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada diz respeito à necessidade, encontrada pela lei, de estabelecer um parâmetro econômico que denote um estado de miserabilidade pelo indivíduo. Desse modo, o art. 20, §3º da Lei 8.742/1993 estabelece que terá direito ao benefício assistencial a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

O legislador, ao regulamentar o benefício mínimo aos necessitados previsto na CF, elegeu um critério objetivo de miserabilidade: a renda mensal per capita familiar não pode ser igual ou superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo para que o idoso, com 65 anos ou mais, ou deficiente farão jus ao benefício de um salário-mínimo. Ou seja, caso o idoso ou deficiente componha uma família de quatro pessoas em que um membro ganhe um salário-mínimo (ou soma de remuneração de todos), ele já não possui direito ao benefício assistencial. (AMARAL; COSTA, 2016, p. 25)

Ocorre que o referido percentual econômico utilizado pela legislação supramencionada foi alvo de diversas análises de constitucionalidade, de modo que, em 1998, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF, impetrada pelo Procurador Geral da República. Na oportunidade, o Egrégio Tribunal julgou a improcedência dos pedidos, entendendo que o art. 20, §3º da Lei 8.742/1993, por estabelecer um critério objetivo de análise e por condizer com a realidade social, não estaria impregnado pelo vício de inconstitucionalidade. É o que se depreende da decisão assim ementada:

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reposta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente. (BRASIL, 1998)

Contudo, a decisão proferida pelo STF não apaziguou a polêmica envolvendo a questão, em especial, pelo fato de que a realidade social da população brasileira sofreu drásticas alterações. Desse modo, no ano de 2013, realizando o controle difuso de constitucionalidade – RCL. 4374/PE – e reconhecendo a repercussão geral da questão, o Supremo Tribunal Federal veio a se manifestar novamente sobre o assunto. Dessa vez, o Emérito Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade *incidenter tantum* do §3º do art. 20 da Lei 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade.

Dessa feita, o STF optou em declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma contida na Lei 8.742/93, porquanto entendeu ter o legislador agido de forma insuficiente. Desse modo, disciplinando a matéria, a doutrina pátria explana:

se se considera que, atendida a maioria das exigências constitucionais de legislar, não restarão senão os casos de omissão parcial, seja porque o legislador promulgou norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, seja porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas impõem-lhe um dever de adequação do complexo existente (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1183)

Entretanto, na situação em comento, apesar de a Excelsa Corte declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, o Senado Federal não se manifestou acerca da suspensão do instituto, nos termos do art. 52, X, da Constituição da República do Brasil. Desse modo, como não foi utilizado o mecanismo pelo qual se emprega efeito *erga omnes* à decisão do tribunal, nada impede que cada magistrado, individualmente, analise as diversas situações concretas existentes.

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1.109)

Desse modo, percebe-se a existência de um vácuo normativo na legislação, um “prato cheio” para o protagonismo judicial. Ademais, a decisão proferida pelo STF em nada serviu para sanar a problemática em torno do critério de miserabilidade trazido pela legislação; senão causou maior instabilidade jurídica e subjetivismo interpretativo.

## *2.2 Paradoxo judicial criado pelo STF a partir da análise de constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993*

Apesar de o STF tentar solucionar uma situação de grande repercussão jurídico-social, o tribunal acabou por criar um paradoxo judicial. Isso porque a referida Corte, após reconhecer a necessidade de o Poder Legislativo editar uma nova norma regulamentando a prestação à assistência social, não apontou um critério substitutivo de análise para a concessão da LOAS (MARQUES, 2013, p. 115).

Desse modo, tendo em vista o estado de proteção insuficiente do direito fundamental à assistência social, notadamente em decorrência da indeterminação do parâmetro de miserabilidade para a concessão da LOAS, o ordenamento jurídico brasileiro, no geral, encontra-se impregnado por considerável instabilidade jurídica. Ademais, haja vista as circunstâncias apresentadas, em especial, a influência das convicções pessoais do indivíduo no momento do julgamento, os precedentes judiciais enfrentam, atualmente, uma grave crise de coerência e uniformidade.

Nessa perspectiva, exemplificando o problema, uma vez que o presente estudo não visa realizar uma análise jurisprudencial pormenorizada, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em recente julgado, aproveitando-se da inexistência de um critério objetivo para a concessão da LOAS, utilizou o parâmetro legal trazido pelo art. 20, §3º, Lei 8.742/93, para afastar a pretensão autoral:

a família com renda mensal per capita inferior a ¼ do salário-mínimo não é capaz de prover de forma digna a manutenção do membro idoso ou portador de deficiência física (§ 3º, art. 20, Lei 8.742/93) [...]. O estudo social foi realizado fls. 93/96 e demonstrou que a parte autora reside com o companheiro, um filho e um enteado. A renda auferida pela família era de dois salários mínimos percebidos pelo companheiro a título de aposentadoria e de pensão por morte. Vulnerabilidade social afastada. (BRASIL, 2016)

De outra sorte, o mesmo tribunal também já proferiu inúmeras decisões deferindo a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, de modo a afastar o critério de miserabilidade trazido pela legislação previdenciária. Senão vejamos, por amostragem, o julgado a seguir colacionado:

o benefício assistencial funda-se no art. 20 da Lei 8.742/93, e garante a percepção de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família [...]. De seu turno, considera-se incapaz de prover a sua manutenção a pessoa cuja família possui renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, critério que pode ser mitigado em razão de prova que indique a existência da miserabilidade no caso concreto [...]. A miserabilidade é

confirmada pelas testemunhas ouvidas, que informam, inclusive, que a parte é beneficiária do programa bolsa família. (BRASIL, 2015)

Pelo exposto, evidencia-se um grave problema hermenêutico nas deliberações dos tribunais brasileiros. No ensejo, a problemática em apreço materializa-se justamente quando juízes, com concepções diversas, decidem um caso concreto. O que se percebe, por exemplo, é que um magistrado com ideários garantistas possivelmente proferirá decisão diversa daquela decretada por um juiz consequencialista, assim como este não decidirá de forma semelhante a um julgador positivista.

Assim sendo, a predominância das concepções pessoais do indivíduo, no momento de análise e solução de uma celeuma, é um dos maiores problemas enfrentados pelos operadores do direito na atualidade. Ademais, a discricionariedade judicial atrai o magistrado para premissas positivistas, não mais condizentes com o atual desenvolvimento jurídico-social do direito.

Insta consignar ainda, por oportuno, que no caso dos direitos sociais que demandam a adoção de políticas públicas, como é o caso da assistência social, o solipsismo judicial torna-se um problema ainda maior. É que características como a distributividade e a universalidade constituem parte integrante do núcleo dos direitos sociais, sendo certo que, em um estado de igualdade de condições, o benefício deve ser fornecido de maneira igualitária, respeitando o ideário de justiça distributiva.

Desse modo, como as políticas sociais visam atender uma generalidade de indivíduos, a análise, de forma individualizada, sem qualquer critério de determinação do estado de miserabilidade, fere os preceitos basilares dos direitos de segunda dimensão, notadamente seu caráter generalizante. É o que se depreende dos seguintes ensinamentos:

assim, ao afastar a regra legal sem supri-la com outro critério aditivo, o STF acabou por admitir que até que seja elaborado novo critério legal a fixação da miserabilidade será individual e judicial, pois será elaborada segundo critério subjetivos feitos por cada órgão jurisdicional diante do caso concreto [...]. Como isso, além de concretizar aquilo que repeliu (fixação pelo Poder Judiciário da aferição da pobreza), chancela a possibilidade de que critérios de fixação de políticas públicas sociais sejam definidos individualmente, sem atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos. (MARQUES, 2013, p. 102)

Destarte, o STF causou, a partir de seu posicionamento, um estado de incoerência e insegurança. Mais do que isso, a decisão do tribunal transferiu o ônus hermenêutico para os julgadores de primeira instância, que possuem a árdua tarefa de afastar a discricionariedade pessoal.

Isso porque, diversamente dos agentes dos Poderes Legislativo e Executivo, o magistrado adquire sua legitimidade a partir da fundamentação de suas decisões. Desse modo, o julgador deve afastar suas convicções pessoais, buscando, a partir de uma análise hermenêutica, uma resposta fundada no elemento instituidor do próprio estado democrático de direito, qual seja, a Constituição da República (LUIZ, 2013, p. 127).

### ***3 A utilização de termos jurídicos indeterminados como “coringas argumentativos”: um problema hermenêutico***

Voltando-se os olhos para a aplicação do direito brasileiro, percebe-se, inicialmente, uma grave crise argumentativa. O que ocorre, em verdade, é que não raras vezes os intérpretes e estudiosos fazem uso de termos jurídicos indeterminados, com o fito exclusivo de modular todo o trabalho argumentativo à própria convicção pessoal.

No caso da LOAS, o problema da minguada discursiva é amplamente agravado, notadamente porque os direitos sociais possuem um objeto de difícil determinação, sendo possível, portanto, arrazoamentos vagos e imprecisos. Insta consignar ainda, por oportuno, que não é um problema inerente apenas às decisões em torno da LOAS; longe disso, é uma questão afeta à própria forma de compreender o direito.

#### *3.1 Indeterminabilidade do objeto do direito fundamental implícito ao mínimo existencial*

O direito à assistência social, consagrado na Constituição da República como garantia fundamental, enquadra-se na categoria das prerrogativas sociais previstas na conjuntura jurídico-social brasileira. Consigna-se, nesse momento, que os direitos de segunda dimensão, assim concebidos os direitos sociais, mantêm íntima relação com as posturas afirmativas do Estado, quais sejam, as políticas sociais.

O que se concebe, em verdade, é que, para a implementação de direitos fundamentais sociais, as políticas públicas são voltadas para setores específicos da sociedade. Desse modo, para assegurar a garantia prevista no art. 203, V, da Constituição da República de 1988, é preciso adotar medidas que assegurem o mínimo de sobrevivência e dignidade, porquanto trata-se de benefício dirigido à população carente.

Nesse aspecto, conclui-se a intrínseca associação entre os direitos de segunda dimensão e o mínimo existencial. Assim sendo, o direito em comento não protesta apenas uma abstenção por parte do Estado; longe disso, o direito fundamental implícito ao mínimo existencial pugna por “um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada” (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 119).

Destarte, em que pese o direito fundamental à mínima dignidade não possuir qualquer previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, encontrando seu fundamento constitucional no vetor axiológico da dignidade da pessoa humana, o direito em apreço encontrou sua primeira previsão textual na Constituição da República de Weimar, na Alemanha, em 1919 (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 118). Nessa esteira, com a superação do positivismo e a consagração do estado de direito social, os princípios constitucionais assumiram um novo papel no organograma jurídico pátrio, precipuamente porque passaram a estar impregnados pelo aspecto da normatividade (ÁVILA, 2009, p. 35).

Consubstanciando o fato, a jurisprudência nacional é uníssona em admitir, notadamente em celeumas à volta de direitos sociais, a utilização de preceitos

indeterminados para a aplicação de políticas públicas. Nessa senda, ressalte-se que os tribunais e magistrados, frente à relativa indeterminação do objeto do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, vivem uma situação de penumbra conceitual, de modo que cada julgador pode, discricionariamente, definir a aplicabilidade dos institutos.

Nesse sentido, analisando a carência de conteúdo específico do direito ao mínimo existencial, bem como a sua difícil determinação, a doutrina brasileira preleciona com propriedade:

[...] embora o reconhecimento em si de um direito ao mínimo existencial tenha sido, salvo vozes isoladas, amplamente aplaudido no Brasil, não há consenso absoluto na doutrina brasileira sobre o conteúdo do mínimo existencial [...]. Assim como se dá com outros conceitos, mais ou menos indeterminados, o mínimo existencial é, em grande medida, aquilo que o Poder Judiciário afirma que é, seja ao chancelar atos dos demais órgãos estatais quando questionados a partir do paradigma do mínimo existencial, seja para rechaçar leis e atos administrativos, mas também decisões judiciais e atos de particulares que porventura violem o direito ao mínimo existencial. (SARLET; ROSA, 2015, p. 224-228)

Essa situação de incerteza e instabilidade aplicacional causada pelos institutos de relativa indeterminação deve-se, sobretudo, ao enquadramento do mínimo existencial em uma ideia de direito subjetivo absoluto. Nessa acepção, a análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tendo em vista seus limites e restrições, torna-se mister para melhor compreender a discussão.

Dessa maneira, o direito fundamental implícito ao mínimo existencial defende a existência, em relação aos direitos fundamentais, de um núcleo essencial, segundo o qual não é admissível transigir. Trata-se de um conteúdo intrínseco ao próprio direito fundamental, de modo que não é possível atingi-lo.

O problema que surge é justamente a determinação, de forma prévia, de um mínimo insuperável dos direitos constitucionais. Ora, na prática, não raras as vezes, o direito a uma essência mínima pré-estabelecida – e aqui encontra-se o problema – condicionará o trabalho hermenêutico efetuado pelo intérprete.

[...] a segurança da proteção é tão grande que, em condições normais, é possível falar em proteção absoluta. Mas não se pode perder de vista o fundamento relativo dessa proteção. A extensão da proteção 'absoluta' depende de relações entre princípios [...]. A convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas – e apenas esses direitos são genuinamente absolutos – pode ser defendida como vinculante pelo indivíduo que tenha a liberdade de se sacrificar em nome de determinadas máximas, mas não pode ser validada a partir da perspectiva do direito constitucional. (ALEXY, 2008, p. 300-301)

Ademais, a determinação de forma prévia de premissas condicionantes da interpretação representa um grave problema hermenêutico, na medida em que não permite a aproximação entre o intérprete e as especificidades do caso concreto. Nesse

caminhar, o emprego de concepções pré-concebidas e imutáveis pelo intérprete o afasta da faticidade do mundo vivido, sendo possível, desse modo, que o sujeito teça argumentações genéricas e adequadas à própria convicção.

O que ocorre, além do mais, é um esgotamento interpretativo dos direitos fundamentais, porquanto a percepção de um cerne inconvertível deixa azo ao subjetivismo do julgador. Isso se deve, principalmente, ao fato de que resta ao intérprete a função de delimitar qual seria o núcleo essencial do direito, bem como estabelecer os parâmetros para analisá-lo. “Ao estipular um parâmetro *ex ante* incontrastável é duvidoso que haja algum critério racional subjacente que justifique um mínimo existencial que não um voluntarismo arbitrário ou uma construção conceitual deslocada da realidade” (VIEIRA, 2013, p. 87).

Outrossim, adotando-se a tese, por muitos patrocinada, de que há um conteúdo essencial e absolutamente intransigível em todos os direitos fundamentais, acarretaria o seu esvaziamento, porquanto àquela parte não alocada dentro da essência normativa do direito poderia sofrer restrições por iminente subjetivismo do intérprete. É nesse momento que o indivíduo, partindo de um “grau zero” de compreensão, logra êxito em tecer uma lógica discursiva consubstanciada em sua convicção pessoal, uma vez que consegue modular toda a estrutura da argumentação.

O que se presencia na atualidade é a utilização de preceitos hermenêuticos vagos, tal qual a dignidade da pessoa humana, como vetor axiológico do estado democrático de direito, e o mínimo existencial, como direito fundamental implícito. Na prática, o embasamento utilizado pelos julgadores, embora amparado na Constituição da República, muitas vezes mostra-se afastado da faticidade e consubstanciado no seu protagonismo judicial.

### *3.2 A teoria da katchanga e o problema paradigmático em se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*

O termo *katchanga*, surgiu com uma estória criada por Luis Alberto Warat, com o fito de representar uma metáfora da interpretação, consubstanciada em uma visão além do exegetismo (STRECK, 2012, s.p.). Ademais, visava abordar a “maleabilidade utilizada pelos juristas para salvar as aparências teóricas quanto a natureza decisionista da própria dogmática” (LIMA, 2012, s.p.).

Destarte, faz-se necessário explana-la, ainda que de maneira sucinta, para melhor compreender seu contexto. Um senhor rico, ao chegar em um cassino, foi indagado se desejaria participar de algum jogo. Como declarou jogar apenas a *katchanga*, mesmo sem conhecer a modalidade, o proprietário do estabelecimento decidiu competir, vez que poderia aprender as regras da disputa e então ganhar algum dinheiro. Assim, por seguidas vezes, o senhor abastado, após a entrega das cartas, declarava ter uma *katchanga*, ganhando, portanto, todo o montante. Atentando-se para o fato, o proprietário do cassino finalmente entendeu o que estava acontecendo e gritou, logo após a entrega das cartas, ter uma *katchanga*. Foi então que o homem, utilizando de suas próprias regras, declarou possuir uma *katchanga* real, ganhando novamente o prêmio (LIMA, 2008, s.p.).

Tendo em vista a feliz narrativa, evidencia-se um grave problema intrínseco no decisismo praticado pelos magistrados brasileiros. Isso porque, no julgamento de um caso concreto, em que o decisor já possui, de antemão, uma concepção subjetiva acerca de determinada matéria, não importa o que as partes produzam ou construam hermeneuticamente, pois o juiz, utilizando-se de preceitos vagos, poderá decidir conforme seu convencimento motivado.

Assim, em um primeiro momento a *Katchanga Real* era, efetivamente, o salto para além do exegetismo (ou do paleojuspositivismo, para homenagear Ferrajoli [...]) Em um segundo momento, a *Katchanga* poderia ser um perigoso elemento de, sob pretexto de superar o exegetismo, transformar-se em um álibi para poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”... Algo que o voluntarismo interpretativo de *terrae brasiliis* fez e faz. Basta ver a pan-principiologia...essa bolha especulativa de princípios que assola a pátria. (STRECK, 2012, s.p.)

Nesse diapasão, o uso de termos indeterminados, tais como o direito ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, bem como o emprego de camaleões normativos (COSTA, 2015, p. 11), representa a crise dos precedentes judiciais e da fundamentação jurídica.

[...] assim como ocorre com a dignidade humana, também o mínimo existencial tem sido não raras vezes transformado em uma espécie de “coringa argumentativo” ou, ainda que de modo distinto da proporcionalidade, numa modalidade de ‘katchanga real’, como há tanto tempo tem alertado autores da nomeada de um Lenio Streck. (SARLET, 2015, s.p.)

Trata-se, em verdade, de uma deturpação dos preceitos trazidos pelo neoconstitucionalismo, porquanto materializa-se no uso indistinto de princípios fundamentais, para chegar-se em uma solução arbitrária, sem qualquer assertividade fundamentativa. A Teoria da *Katchanga* materializa-se justamente em uma crítica à possibilidade encontrada por cada intérprete de, abstendo-se de uma interpretação hermenêutica consubstanciada na faticidade do caso concreto, decidir de forma discricionária as diversas situações que se apresentem.

As premissas delineadas são de fácil constatação quando da análise do direito à assistência social, porquanto trata-se de um direito muitas vezes negligenciado pelos poderes Executivo e Legislativo. Desse modo, os diversos magistrados e tribunais, no momento de decidir acerca do benefício assistencial de prestação continuada, deparam-se, muitas vezes, com uma colisão entre normas, agravada por um estado de inconstitucionalidade por omissão.

É nesse momento que o decisor, pautando-se em termos indefiníveis, tais como o mínimo existencial ou mesmo a proporcionalidade, julga conforme suas prévias convicções. O dilema pode ser facilmente vislumbrado quando da atuação de magistrados com ideologias distintas. Desse modo, um juiz garantista, forte adepto às premissas constitucionais, possivelmente fará um esforço hermenêutico para conceder a LOAS, enquanto um julgador consequencialista, examinando as consequências econômicas de sua decisão, poderá ter um critério interpretativo mais severo. A

situação de instabilidade jurídica causa, por conseguinte, uma crise de precedentes, fazendo-se necessária a construção de uma teoria da decisão judicial capaz de desvencilhar os operadores do direito da discricionariedade judicial, típica do positivismo.

#### *4 Teoria da decisão judicial: da discricionariedade velada à coerência do direito*

A busca por uma forma correta de decidir tem mobilizado grande parte dos operadores do direito, porquanto a estabilidade jurisprudencial e a segurança jurídica mostram-se como corolários do próprio Estado Democrático de Direito. Ocorre que grande parte dos juristas, até por uma tradição histórica calcada na metafísica clássica e na filosofia da consciência, preocuparam-se em estabelecer mecanismos pré-determinados para se chegar à decisão, de modo que não conseguem apresentar uma resposta adequada ao próprio ordenamento (STRECK, 2013, p. 345).

Nesse sentido, estabelecer critérios hermenêuticos adequados à Constituição da República e capazes de trazer o mínimo de uniformidade jurisprudencial tem-se mostrado uma tarefa árdua, ainda mais em um ordenamento jurídico impregnado pelo ranço positivista. Tendo em vista a relevância do impasse jurídico, não são poucas as teses que buscam tecer uma forma democrática de interpretação e julgamento.

Todavia, para se alcançar uma integridade do direito, faz-se necessário, inicialmente, apontar as diversas imperfeições do decisionismo brasileiro, notadamente àquelas ínsitas a própria teoria da argumentação. Nesse momento, é necessário (re) pensar a problemática não apenas relacionando-a ao benefício assistencial de prestação continuada; senão considerando que se trata de um distúrbio incutido em todo o ordenamento jurídico.

##### *4.1 A desordem jurisprudencial calcada na dicotomia sujeito-objeto*

Inicialmente, cumpre salientar que inúmeras premissas utilizadas pelos julgadores brasileiros, no momento de interpretar e decidir uma celeuma, estão consubstanciadas em um sistema sujeito-objeto de análise (STRECK, 2009, p. 11). Explanado, o sujeito seria o intérprete e o texto legal seria o objeto, sendo certo que àquele busca estabelecer uma técnica para extrair o sentido essencial da norma (LUIZ, 2013, p. 141). Trata-se, portanto, de um modelo eminentemente teórico de análise, podendo ser exemplificado pelo método dedutivo de solução de conflitos, muito utilizado pelos juristas brasileiros.

Nesse aspecto, fazem-se necessárias algumas considerações. O método dedutivo pressupõe a aplicação de uma norma jurídica em uma situação fática, por meio da subsunção. Trata-se de uma técnica extremamente objetiva, de sorte que não seria necessário realizar qualquer trabalho argumentativo. Contudo, é necessário consignar que as regras, no momento em que são pensadas e criadas pelo Poder Legislativo, são dotadas de generalidade, ou seja, não visam uma situação concreta em específico. É em decorrência desse seu caráter aberto, o que não afasta sua determinabilidade, que a regra permite/necessita de certo grau interpretativo (ÁVILA, 2009, p. 65), incompatível com o método dedutivo de análise.

De outro norte, o direito está pautado justamente no interpretar, no compreender, que jamais é realizado em abstrato. Trata-se, em verdade, de algo inerente ao próprio ser, que ocorrerá, conforme a hermenêutica, na aplicação do direito ao caso concreto (LUIZ, 2013, p. 143). É por esse motivo que o uso de um método chegará sempre tarde, porquanto a utilização de um prévio sistema para decidir não consegue desvencilhar-se de um processo precipuamente teórico e baseado na cisão entre o interpretar e o aplicar.

O conhecimento não deriva de uma relação entre sujeito-objeto, que necessitaria de um método próprio para ser descrito. A compreensão, [...] é uma forma de existir. Não há premissas maiores (essências pré-dadas), que serão acopladas a premissas menores (fatos), como se ainda o indivíduo fosse capaz de conhecer por etapas. O texto não existe se não aplicado e seu sentido ocorre em um momento uno, a applicatio. (LUIZ, 2013, p. 140)

Contudo, o problema não se encerra por aqui. Há situações em que o método dedutivo não é suficiente, uma vez que a situação concreta apresenta alguma especificidade. Lorenzetti (2010, p. 163) preleciona que isso ocorrerá quando houver dificuldade em se determinar qual a lei aplicável ao caso concreto ou quando a lei for inconstitucional. Nessas situações, assim como ocorre rotineiramente na jurisprudência brasileira, Lorenzetti (2010, p. 163) defende que a solução deverá ser buscada a partir da ponderação de princípios.

A Teoria da Decisão Judicial de Ricardo Luiz Lorenzetti, que em momento algum é tratada aqui com desdém, válida, nesse momento, a utilização da ponderação para que seja possível resolver o caso concreto. Não há dúvidas de que a técnica do sopesamento é demasiadamente difundida pelos juristas brasileiros. É realmente tentador analisar um determinado caso concreto, constatar os princípios em conflito e, posteriormente, por meio de um trabalho argumentativo, determinar aquele que deve prevalecer. Todavia, fazem-se necessárias algumas indagações: quem irá selecionar os princípios em conflito? Quais critérios serão utilizados para que tal escolha seja realizada? Com quais critérios a ponderação será realizada? O sopesamento será realizado a partir de um “grau zero” (íntima convicção do juiz)?

Ora, não restam dúvidas de que a ponderação de princípios, em que pese ser uma técnica sofisticada e capaz de trazer certa uniformidade à jurisprudência, não conseguiu romper com o subjetivismo do intérprete (STRECK, 2013, p. 348). É no momento da ponderação que o sujeito solipsista é prestigiado – retornando, portanto, à dicotomia sujeito-objeto – facilmente identificável com relação ao benefício assistencial de prestação continuada. Ressalte-se aqui que o sopesamento, na maioria esmagadora das vezes, é realizado de maneira incorreta pelos intérpretes brasileiros, porquanto, quando do balanceamento, não há qualquer esgotamento argumentativo. Contudo, como já explanado, não é na fundamentação da escolha principiológica que está localizado o problema, senão na própria utilização de um método teórico que, ao fim e ao cabo, não logra êxito em afastar o solipsismo judicial.

Percebe-se, portanto, um caos hermenêutico presente em todo o ordenamento brasileiro, sendo necessário calcar alternativas capazes de afastar, de fato, a

discricionariedade judicial. Para tanto, nada mais sensato do que buscar respostas na própria hermenêutica jurídica.

#### 4.2 A integridade do direito

O estudo de uma teoria da decisão judicial não deve ocupar-se apenas com os meios para se chegar à resposta jurisdicional; mais do que isso, é necessário que haja uma interpretação do ordenamento jurídico capaz de propiciar uma resposta adequada à própria Carta Republicana. Nesse sentido, faz-se necessário notar, inicialmente, que o direito encontra sua legitimação justamente quando aplicado e fundamentado na faticidade.

Porque a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [...] o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [...]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [...]. Interpretação e aplicação se superpõem (GRAU, 2008, p. 208)

É por esse motivo que não é possível conceber uma cisão entre o compreender/interpretar e o aplicar, porquanto o direito só será tomado por sentido quando empregado ao caso concreto. Desse modo, é preciso buscar uma alternativa capaz de trazer coerência às respostas jurisdicionais, sem utilizar uma “fórmula matemática” que afaste o intérprete do caso concreto e o aproxime da subjetividade.

Para tanto, é necessário conceber o ordenamento como algo íntegro e coerente; um “todo” calcado na história institucional do próprio direito, de modo que o julgador não possa, a partir de sua discricionariedade, partir de um “grau zero” de interpretação (LUIZ, 2013, p. 119). Trata-se de prestigiar a própria história e evolução da construção judicial, de modo que o aplicador do direito fique adstrito à integridade do sistema e não possa, portanto, decidir a partir de sua íntima convicção.

Para que isso seja possível, é preciso assimilar que o intérprete está concebido dentro de uma determinada historicidade, de modo que não é possível realizar qualquer trabalho interpretativo afastado da temporalidade. Ora, como bem assevera Streck (2011, p. 100), trata-se de algo inerente ao ser, sendo que, para o indivíduo alcançar qualquer compreensão acerca de um caso concreto específico, estará condicionado a uma pré-compreensão do desenvolvimento da própria comunidade.

O que se concebe, em verdade, é que o intérprete já possui, de antemão, uma autocompreensão da própria tradição histórica, que não pode, em nenhuma circunstância, ser entendida como mera visão de mundo. A pré-compreensão é autêntica, pois é calcada no próprio desenvolvimento da comunidade, sendo condição de possibilidade para a própria interpretação; já a visão de mundo é o subjetivismo, aquilo que o indivíduo entende, por meio de suas convicções pessoais, como sendo certo ou errado.

Dessa maneira, a prévia compreensão, consubstanciada na história institucional da sociedade, remetendo, portanto, à integridade e coerência do direito, restringe a atuação do intérprete, não dando azo à discricionariedade. Outrossim, ainda que o intérprete esteja diante de termos jurídicos de difícil determinação, tais como o mínimo existencial, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, ao conceber o ordenamento como algo coerente e uniforme, não chegará a uma variedade de respostas possíveis; pelo contrário, chegará à única resposta adequada para a situação específica sob análise.

Os conceitos indeterminados — que compreendem conceitos de experiência ou de valor — não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação [...]. Assim, quando se fala, em boa-fé, v.g., o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa-fé: *tertium non datur*. Em razão disso, a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. (GRAU, 2008, p. 203)

Nesse caminhar, entendendo o direito como uma prática interpretativa vinculada a uma corrente de precedentes, Ronald Dworkin (1999, p. 276) constrói um exemplo simples, porém esclarecedor, acerca da necessária integridade jurídica. Para tanto, o estudioso norte-americano compara o ordenamento jurídico a um romance em cadeia. Desse modo, pense-se em uma obra literária redigida por diversos escritores, de modo que o próximo a continuar a narrativa não pode desconsiderar o que já está construído pelos anteriores, sob pena de produzir uma obra sem qualquer qualidade e nexos.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes. (DWORKIN, 1999, p. 276)

A feliz associação realizada pelo jusfilósofo norte-americano ressalta o caráter íntegro do direito, relacionado com a própria tradição da compreensão, possuindo sua essência justamente quando aplicado ao caso concreto. Nesse diapasão, a Constituição, como representação do desenvolvimento dos direitos e garantias do cidadão, exerce um papel crucial no organograma jurídico, ainda mais quando estar-se diante da discussão acerca de uma Teoria da Decisão.

Em vista disso, o aplicador do direito, além de estar atento à evolução jurídico-social da sociedade, deve buscar, sempre de maneira crítica, uma compreensão legítima do ordenamento jurídico. Para tanto, a Constituição da República, como vetor axiológico de direitos constitucionais, deve servir como “guia interpretativo”, sob pena de violação das normas fundamentais.

Desse modo, os princípios exercem uma função importante, porquanto possuem o condão de estreitar a interpretação. Não há dúvidas de que os princípios possuem certo caráter generalizante que, muitas vezes, é visto como uma forma de abrir a interpretação. Contudo, a norma em comento não pode ser vista apenas como um mandado de otimização, realizável na maior medida possível, sob pena de possibilitar a tão rechaçada discricionariedade; mais do que isso, os princípios, dentro de uma integridade estrutural do direito devem justamente restringir a interpretação.

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação [...]. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”), pois dá a ideia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o “Código do juiz”. (STRECK, 2011, p. 221)

Nesse aspecto, os princípios, dentro de um ordenamento concebido como um todo, devem ser utilizados como uma forma de introduzir o mundo concreto no direito, uma vez que, ressalte-se, a interpretação não deve ser vista cindida da aplicação. Desse modo, os princípios, inserindo a faticidade à aplicação do direito, causarão certa dependência entre o caso particular que está sendo julgado e a integridade do ordenamento, porquanto eles próprios estarão expressando uma herança jurídica.

É nesse momento que o intérprete deve manter-se atento às normas aplicáveis, de modo a sempre avaliar de maneira crítica sua própria atuação e forma de compreender o direito. Não deve, pois, agir levemente em busca de respostas presentes na própria visão de mundo, o que afastaria o jurista da integridade do sistema e da própria Carta Republicana. Mais do que isso, desconsiderar a evolução social, traçada nos ensinamentos da Carta Maior, não se apresenta como o caminho mais democrático para a construção de uma Teoria da Decisão.

## *5 Considerações finais*

Uma das maiores dificuldades encontradas pelo direito contemporâneo tem sido desvencilhar o ordenamento jurídico brasileiro das fortes influências positivistas, em especial o protagonismo judicial. A princípio, a problemática não parece cativar os aplicadores do direito, notadamente porque possuem a falsa percepção de que estão desvencilhados de qualquer subjetivismo. Não se trata de algo eminentemente

voluntário, uma vez que, na maioria das vezes, o intérprete tenta desprender-se de suas íntimas convicções; todavia, não são raras as ocasiões em que o sujeito acaba cedendo a visões solipsistas, ainda que de maneira inconsciente e despercebida.

Destarte, os direitos de segunda dimensão, em decorrência do caráter generalizante e abstrato, propiciam um cenário abundante de possibilidades para um decisionismo discricionário. Nessa acepção, o direito fundamental à assistência social materializa-se como um exemplo claro da celeuma, pois o benefício assistencial de prestação continuada, após a declaração de inconstitucionalidade do art. 20, §3, da Lei 8.742/1993, pode ser concedido ou denegado a depender do íntimo entendimento do julgador. Isso porque não há qualquer critério interpretativo, senão aquele considerado inconstitucional, para declarar o estado de miserabilidade do indivíduo.

Ora, tendo em vista a situação de penumbra conceitual, a utilização dos chamados “coringas argumentativos” torna-se rotina no ordenamento brasileiro. A possibilidade de cada julgador ater-se a termos jurídicos de relativa indeterminação, tais como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, partindo de um “grau zero” de compreensão, apresenta-se como uma grave ameaça à segurança jurídica e à homogeneidade jurisprudencial. Ademais, ao adotar tais premissas, não raras vezes o intérprete tece fundamentações rasas e nebulosas acerca do direito, muitas vezes afastando-se da integridade do ordenamento e aproximando-se de métodos teóricos de análise.

Nesse caminhar, a utilização de técnicas de exame pautadas na dicotomia sujeito-objeto aproxima o intérprete de concepções ligadas à metafísica clássica e à filosofia da consciência, não mais condizentes com o desenvolvimento jurídico-social da comunidade, na medida em que afasta o sujeito da faticidade. O direito deve materializar-se justamente quando aplicado ao caso concreto, de modo que não se deve conceber o interpretar desmembrado da *applicatio*, sob pena de produzir uma “apneia” do mundo concreto.

Nesse momento, a construção de argumentações superficiais ou, ainda, a utilização de princípios com o fito de realizar ponderações que, ao fim e ao cabo, estão impregnadas pelo subjetivismo, não são mais condizentes com o organograma do direito contemporâneo. Faz-se necessário, pois, que o intérprete esteja atento à própria integridade do ordenamento, pautado na tradição das construções e desenvolvimento do próprio direito. Desse modo, não é nem um pouco razoável que o intérprete, a partir de seu íntimo entendimento, desconsidere tudo que a sociedade construiu jurídico-socialmente. Trata-se de dar seguimento, de maneira crítica e atenta, à maneira decidir, a uma “tradição” do direito.

À vista de todo o explanado, o intuito não é fixar verdades etéreas, porquanto nem de longe tal fato seria compatível com a hermenêutica e com o direito. Trata-se, em verdade, de trazer à baila a possibilidade, por parte dos intérpretes e julgadores, não de proferir uma decisão “perfeita”, mas sim de articular uma única resposta adequada ao caso concreto sob análise e à integridade do ordenamento jurídico. Ademais, um mínimo de segurança jurídica e homogeneidade jurisprudencial deve ser algo buscado pelos operadores do direito, notadamente os magistrados, porquanto adquirem sua legitimidade justamente prestando a resposta jurisdicional.

Solipsismo judicial: a atual crise hermenêutica ilustrada pelo benefício assistencial de prestação continuada, tendo em vista os termos jurídicos indeterminados e a teoria da decisão judicial

## Referências

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais e suas restrições. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. cap. 06, p. 276-332.

AMARAL, Fernando; COSTA, José Ricardo Caetano. A cidadania social existencial e a evolução do benefício assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenêutica reflexiva. *Direito Público*. Porto alegre, v. 12, n. 67, p. 09-30, jan/fev. 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 195 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. *Lei Orgânica da Assistência Social*. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e outro. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 de agosto de 1998. *Diário da Justiça*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28a%E7%E3o+direta+de+inconstitucionalidade+1232%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hs3k4ap>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.374. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de abril de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Processual Civil e Previdenciário. Decisão nº AC 2009.01.99.004357-1. Apelante: Manoel Ribas. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Desembargador Federal Valter Leonel Coelho Seixas. Brasília, DF, 06 de abril de 2015. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região*. Brasília, 18 nov. 2015. Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/257503575/andamento-do-processo-n-42062820094019199-apelacao-civel-18-11-2015-do-trf-1?ref=topic\\_feed](http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/257503575/andamento-do-processo-n-42062820094019199-apelacao-civel-18-11-2015-do-trf-1?ref=topic_feed)>. Acesso em: 01 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Processual Civil e Previdenciário. Decisão nº AC 0046410-77.2015.4.01.9199. Apelante: Marivone Almeida Soares. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Desembargador

Federal Francisco de Assis Betti. Brasília, DF, 16 de janeiro de 2016. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da Primeira Região*. Brasília, 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339875033/apelacao-civel-ac-464107720154019199-0046410-7720154019199/ementa-339875056>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

COSTA, David Davidsson Furtado da. Tensões no diálogo entre a prestação jurisdicional intervencionista e a reserva do possível. *Parahyba Judiciária*, Paraíba, v. 9, n. 9, 01-15, 2015.

DWORKIN, Ronald. Integridade no Direito. In: \_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999. Cap. 7, p. 271-332.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: \_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 9, p. 191-224.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *Jus Navegandi*, [S.l.], set. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21646/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. A genese da katchanga: uma resposta a Lenio Streck. *Direitos fundamentais*, [S.l.], fev. 2012. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2012/02/13/a-genese-da-katchanga-uma-resposta-a-lenio-streck/>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 395 p.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 195 p.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Reflexões sobre a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do critério de miserabilidade estabelecido pela lei orgânica da assistência social (LOAS – LEI Nº 8.742/1993). *Ajuris*, Porto Alegre, v.40, n. 132, p.89-116, dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência. *Consultor Jurídico*, [S.L.], 08 maio 2015. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial#\\_ftnref10](http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial#_ftnref10)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

Solipsismo judicial: a atual crise hermenêutica ilustrada pelo benefício assistencial de prestação continuada, tendo em vista os termos jurídicos indeterminados e a teoria da decisão judicial

SARLET, Ingo Wolfgang; ROSA, Taís Hermann da. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n.1, p.217-248, jan. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Arolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p.115-141, maio 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 14, n. 2, p.03-26, ago. 2009.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639 p.

\_\_\_\_\_. A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p.343-367, dez. 2013.

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. As fronteiras dogmáticas dos direitos fundamentais: anotações acerca do conceito de conteúdo essencial. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 5, n.1, p.78-93, jan./jun. 2013.

## As penas cominadas aos crimes sexuais sob a ótica do princípio da proporcionalidade das penas

*The penalties for sexual offenses from the point of view of the principle of proportionality of sentences*

---

### **Amanda de Queiróz Borges**

Aluna do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: amandaqborges@yahoo.com.br

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo central analisar as penas cominadas aos crimes sexuais à luz do Princípio da Proporcionalidade das Penas, notadamente aquelas previstas nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro após o advento da Lei nº 12.015/09, que inovou ao unir em tais artigos a conduta consistente na prática da conjunção carnal e as condutas que antes eram previstas no crime denominado “atentado violento ao pudor”. O Princípio da Proporcionalidade das Penas disciplina que os excessos devem ser proibidos, uma vez que as punições devem ser proporcionais, adequadas e necessárias. Nesse cenário, surgiram divergências quanto à proporcionalidade da pena mínima cominada aos citados crimes, principalmente quando da ocorrência de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, objeto deste estudo.

**Palavras-chave:** Estupro. Estupro de Vulnerável. Princípio da Proporcionalidade das Penas. Dignidade sexual. Atos Libidinosos.

**Abstract:** The main objective of this study is to analyze the penalties for sexual crimes related to the Principle of Proportionality of Penalties, especially those provided for in articles 213 and 217-A of the Brazilian Penal Code after the advent of Law 12,015 / 09, which innovated by joining in these articles, the consistent conduct in the practice of the carnal conjunction and the conduct that was previously foreseen in the crime called "Indecent assault.". The Principle of Proportionality of Penalties informs that excesses should be prohibited, since punishments must be proportional, appropriate and necessary. In this scenario, disagreements arose as to proportionality of the minimum sentence related to the aforementioned crimes, especially when the occurrence of libidinous acts other than the carnal conjunction, object of this study.

**Keywords:** Rape. Rape of Vulnerable. Principle of Proportionality of Penalties. Sexual Dignity. Libidinous Acts.

---

### **1 Considerações iniciais**

Tendo como plano de fundo as modificações trazidas pela Lei nº 12.015/09, no decorrer do presente trabalho, serão analisadas as condutas e penas previstas aos crimes sexuais sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade das Penas, limitando-se aos tipos penais previstos nos artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal Brasileiro, devido a estes trazerem em seu preceito primário duas condutas diversas que são punidas com o mesmo rigor. A análise consistirá em tais tipos em virtude da infinidade de condutas que podem ser enquadradas como outros atos libidinosos e por existir no

cenário jurídico discussões no tocante à punição dessas condutas, antes previstas em tipo penal autônomo, qual seja, 214 do Código Penal Brasileiro, denominado outrora “atentado violento ao pudor”.

No que tange a doutrina e a jurisprudência, há intensa divergência quanto à proporcionalidade da pena quando da ocorrência de atos libidinosos de menor gravidade, alvo da investigação.

Cumprido ressaltar que, a fim de delimitar a abrangência do trabalho, não serão analisados os demais tipos penais que versam sobre crimes contra a dignidade sexual, nem mesmo a retroatividade da lei mais benéfica e a ação penal adequada nesses casos, uma vez que a proposta é analisar a proporcionalidade das penas e as divergências existentes após a continuidade típico-normativa trazida pela Lei nº 12.015/09, o que ocorreu nos artigos 213 e 217-A, do Código Penal Brasileiro.

Destaque-se que o tipo de pesquisa adotado para a realização do presente trabalho será o teórico, tendo como principais métodos de pesquisa a revisão bibliográfica por meio de levantamento em doutrinas e monografias nacionais, com a finalidade de encontrar os diferentes posicionamentos sobre o tema nessas produções literárias, bem como a análise documental, por meio de consulta à jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, como forma de perquirir qual é o posicionamento dos Tribunais sobre o tema.

## 2 Contexto histórico

Desde 1940, o atual Código Penal Brasileiro, editado pelo Decreto Lei nº 2.848, sofreu alterações significativas em seu texto original. A parte geral do citado Código foi totalmente revogada pela Lei nº 7.209/84, porém a parte especial está em vigor até os dias atuais, tendo sido alvo de inúmeras modificações.

A necessidade de reformas ocorreu na medida em que a sociedade evoluía e mudava seus conceitos sobre o lícito e o ilícito, uma vez que o que antes era considerado crime passou a ser aceito pela sociedade ou tratado em outras áreas distintas do Direito Penal.

No que tange aos crimes sexuais, as mudanças no modo de pensar e agir da sociedade eram evidentes e as reformas na legislação foram reflexos dessa evolução. A sociedade do século XXI, moderna e tecnológica, tinha novos anseios e preocupações – como a luta contra a exploração infantil e o crime organizado; diferentes daqueles da sociedade conservadora que vivia na época da edição do citado código. Em 1940, buscava-se a tutela da moral, costumes e pudor, protegia-se a mulher virgem (ou “mulher honesta”, como era chamada na época), havia distinção no tratamento entre homens e mulheres e pretendiam tipificar condutas que levassem as pessoas a terem um comportamento sexual de acordo com os padrões daquele contexto histórico.

Em março de 2005, a Lei nº 11.106, revogou os tipos penais que disciplinavam o adultério, o rapto e a sedução, condutas estas que não poderiam mais ser disciplinadas na seara penal, tendo em vista os princípios da *Ultima Ratio* e da Adequação Social. As condutas antes disciplinadas no revogado tipo penal denominado “tráfico de mulheres” foram tipificadas como “tráfico interno de pessoas” e “tráfico internacional de pessoas”,

evidenciando a mudança do foco da proteção da mulher para o indivíduo, independente do sexo, bem como a necessidade de coibir o crime organizado.

Embora as novidades legislativas trazidas pela Lei nº 11.106/05 tenham sido oportunas e essenciais, havia a necessidade de uma reforma ainda maior. Dessa forma, por meio de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, foi criado o projeto de lei nº 253/2004, que resultou na edição da Lei nº 12.015/09.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, os “Crimes Contra os Costumes” sofreram profundas modificações, tanto na denominação – intitulados agora como “Crimes Contra a Dignidade Sexual” – quanto nos tipos penais.

Há muito, a nomenclatura “Crimes Contra os Costumes” era inadequada e a doutrina era unânime em entender que seria necessário alterá-la, uma vez que os costumes não poderiam ser o foco da tutela penal. Nesse aspecto, Mirabete e Fabbrini (2012, p. 388) dissertam que “a nova denominação dada ao título VI – ‘Dos crimes contra a dignidade sexual’ –, embora não seja isenta de críticas, tem o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para a do indivíduo”.

A dignidade sexual é espécie do gênero dignidade da pessoa humana e, de acordo com Nucci (2012), diz respeito à íntima e privada vida sexual do indivíduo, e, por isso, só caberá ingerência do Estado para coibir atuações violentas contra adultos ou agressivas à formação de crianças e jovens.

Quanto às alterações nos tipos penais, pode-se destacar a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que, a partir de uma continuidade típico-normativa, hoje são disciplinados sob o *nomen juris* “estupro”, quando ocorre mediante violência ou grave ameaça, ou “estupro de vulnerável”, nos casos em que a lei reconhece a vulnerabilidade da vítima por estarem presentes determinados requisitos. Por conseguinte, o artigo 224 do Código Penal, que tratava sobre a presunção de vulnerabilidade, foi revogado.

Ademais, a citada lei trouxe novas causas de aumento de pena, disciplinou a natureza da ação penal, revogou tipos penais e tipificou novas condutas, trazendo uma verdadeira revolução no que tange aos crimes sexuais.

### ***3 A punição dos crimes de estupro e estupro de vulnerável no contexto atual***

O crime de estupro está tipificado no artigo 213, do Código Penal Brasileiro, e possui como bem jurídico tutelado a liberdade sexual. Tal tipo penal visa coibir a prática de relações sexuais não consentidas, uma vez que, para ser caracterizado o delito, a conjunção carnal ou os outros atos libidinosos devem ocorrer mediante violência ou grave ameaça. A reprimenda prevista no preceito secundário deste artigo é a de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Confira-se o dispositivo legal:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

Embora o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, também tipifique a prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos, estes não precisam ocorrer necessariamente mediante violência ou grave ameaça para que o crime reste caracterizado, sendo imprescindível, entretanto, que a vítima seja vulnerável.

De acordo com a redação do artigo de lei, vulnerável é todo aquele menor de 14 (quatorze) anos bem como aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência – como nos casos de embriaguez completa, sono, hipnose, efeito de anestesia, entre outros.

Quanto aos menores de 14 (quatorze) anos, havia divergências se o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro restaria configurado nos casos em que a vítima consentia com a relação sexual, possuía experiências sexuais anteriores ou mantinha relacionamento com o acusado. Ante tais discussões, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, no julgamento de recursos repetitivos, firmou o entendimento de que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos não pode ser relativizada, uma vez que o consentimento da vítima ou as experiências sexuais anteriores não tem o condão de afastar a ocorrência do crime.

Além da dignidade sexual, esse tipo penal também tutela o desenvolvimento sexual. Quem pratica qualquer das condutas descritas no preceito primário do artigo 217-A do CPB poderá receber uma pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Confira-se:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Ressalta-se que a redação dos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro é resultado da junção do crime de atentado violento ao pudor e do crime de estupro – em sua antiga redação – o que ocorreu após a edição da Lei nº 12.015/09.

Anteriormente, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal era tipificada sob o *nomen juris* de “atentado violento ao pudor” – no revogado artigo 214 do Código Penal – e hoje, a partir de uma continuidade típico-normativa, as condutas de praticar conjunção carnal e atos libidinosos diversos daquela estão previstas em tipos penais únicos, quais sejam, 213 e 217-A do CPB, sendo que quem pratica apenas os atos libidinosos recebe a mesma reprimenda em abstrato de quem pratica conjunção carnal. Dessa forma, não houve *abolitio criminis* quanto ao crime denominado “atentado violento ao pudor”, uma vez que a conduta de praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal continua tipificada.

Cumprir destacar que a expressão “conjunção carnal”, nas lições de Mirabete e Fabbrini (2012), refere-se à prática do coito vaginal, ou seja, a relação sexual entre homem e mulher, na qual ocorre a penetração do membro viril no órgão sexual feminino, ainda que não haja intuito de procriação.

Por outro lado, de acordo com Greco (2011, p. 615), “na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”. Dessa forma, são exemplos de “atos libidinosos diverso da conjunção carnal”: o coito anal, o sexo oral, a introdução de objetos e os contatos voluptuosos. Tais atos poderão ocorrer entre pessoas do mesmo sexo.

Para a maioria da doutrina, os artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro são tipos mistos alternativos, ou seja, ainda que o agente pratique conjunção carnal e outros atos libidinosos no mesmo contexto, responderá por crime único. Em contrapartida, existe outra corrente doutrinária, que defende que são tipos mistos cumulativos, sendo aplicadas as regras do concurso ou continuidade de crimes, ainda que as condutas sejam praticadas em um mesmo contexto.

O crime de estupro será qualificado, sendo punido com maior rigor, nos casos em que da prática das condutas descritas no *caput* desse tipo penal resultar lesão corporal de natureza grave ou morte ou, ainda, quando a vítima for menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. O resultado “lesão corporal grave” ou “morte” também qualificará o crime denominado “estupro de vulnerável”.

Por fim, serão aplicáveis aos tipos penais em comento as disposições do artigo 226 do Código Penal Brasileiro, que prevê causas de aumento de pena quando o crime ocorrer mediante concurso de agentes ou quando o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. As causas de aumento previstas no artigo 234-A do CPB e as agravantes e atenuantes genéricas previstas na parte geral desse *Codex* também poderão ser aplicadas em tais crimes.

#### ***4 Princípio da proporcionalidade das penas***

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas podem ser classificadas em regras ou princípios, sendo que regras são normas imperativas e concretas e princípios, normas genéricas – permitindo maior abstração e se amoldando melhor diante de um caso concreto e da diversidade fática. Ademais, os princípios servem como orientadores no ordenamento jurídico e como flexibilizadores do sistema de regras.

O Direito Penal pátrio é regido por inúmeros princípios, essenciais para que tal área do Direito encontre harmonia com as demais e, principalmente, esteja em consonância com a Constituição Federal. Os princípios da Insignificância, da *Ultima ratio*, da Adequação Social, da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade das Penas, da Culpabilidade e da Pessoalidade da Pena são exemplos de princípios aplicáveis quando da criação e da aplicação da legislação penal.

O Princípio da Proporcionalidade das Penas, oriundo do direito germânico, está consagrado na Carta Magna, ainda que de forma implícita. Da análise desse Princípio, depreende-se que as punições devem ser compatíveis, adequadas e proporcionais à

conduta praticada, analisando, sobretudo, se a punição será necessária ou se existem outros meios menos gravosos para punir o indivíduo que pratica um ilícito, uma vez que sua precípua função é defender a proibição de excessos.

O Princípio da Proporcionalidade das Penas comporta três subprincípios, sendo eles o da Adequação, que disciplina que as medidas devem ser adequadas e aptas a alcançar o fim pretendido, qual seja a proteção do bem jurídico; o da Necessidade, que orienta que o meio utilizado deve ser o menos gravoso, aquele que menos restrinja direitos fundamentais, e o subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito, que busca uma ponderação entre a medida adotada e suas consequências, como uma forma de avaliar se tal medida trará mais vantagens do que desvantagens.

Há muito, a proporcionalidade entre as reprimendas e os delitos era almejada, uma vez que penas desproporcionais extrapolavam a sua precípua função, sendo consideradas desnecessárias, violentas e abomináveis. É o que se depreende das lições de Gomes (2014, p. 20) ao citar Beccaria:

sonhava-se (no século XVIII) com a reconstrução da sociedade, onde imperassem outros fundamentos jurídicos e filosóficos, que se orientaram para a autonomia do indivíduo assim como para a lógica do pacto social. Beccaria, na última página do seu livro, disse (capítulo XLVII): *“Para que toda pena não seja violência de um ou de muitos contra um particular cidadão, deve essencialmente ser pública, pronta, necessária, a mais branda das possíveis nas circunstâncias atuais, proporcionais aos delitos e ditadas pelas leis”*.

Cumprе ressaltar que o Princípio da Proporcionalidade das Penas serve não só ao aplicador do direito, no momento da dosimetria da pena – principalmente quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, mas também ao legislador quando da criação do tipo penal – momento em que deverá obedecer a proporcionalidade em abstrato. Dessa forma, constitui uma obrigação dos citados personagens a observância desse princípio como forma de evitar punições desarrazoáveis, atentatórias contra a dignidade humana e, principalmente, não condizentes com a finalidade das penas. Nesse sentido,

o campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na verdade, a evolução dos tempos, tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo “do poder de fazer leis *ad hocs*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade. (BITENCOURT, 2015, s.p.)

Ademais, o legislador deve buscar a proporcionalidade entre os diversos tipos penais, de acordo com a organização sistêmica do ordenamento jurídico.

Destarte, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade das Penas no Direito Penal é essencial para que exista a proteção tanto dos interesses do ofendido e do bem jurídico tutelado, quanto dos direitos do ofensor. Buscando, assim, a proibição de excesso na punição, de forma que a pena guarde proporção com a gravidade da conduta ilícita e com a lesão ao bem jurídico tutelado, evitando que condutas diversas sejam punidas com o mesmo rigor.

### *5 Divergências doutrinárias*

Com o advento da Lei 12.015/09, surgiram questionamentos quanto à punição dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal, previstos nos artigos 213 e 217-A ambos do Código Penal Brasileiro.

Ao analisar os citados artigos sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade das Penas, a doutrina diverge quanto à aplicação prática, bem como quanto à delimitação das condutas que podem ser consideradas “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”.

A dúvida quanto à proporcionalidade da pena mínima cominada ocorre quando da prática de atos libidinosos considerados de menor gravidade, se comparados com a conjunção carnal, que, em tese, receberão a mesma reprimenda em abstrato.

Diante desse cenário, é necessário trazer à baila os principais entendimentos adotados pelos estudiosos do Direito.

Uma primeira corrente doutrinária, adepta da legalidade estrita, entende ser proporcional, constitucional e aplicável a pena mínima cominada ao crime de estupro, bem como ao crime de estupro de vulnerável, ainda quando os atos libidinosos tratem-se apenas de beijos lascivos ou contatos voluptuosos, considerando, principalmente, que os crimes que atentam contra a dignidade sexual devem ser punidos com maior rigor, não havendo que se falar em atipicidade por ofensa ao Princípio da Proporcionalidade das Penas. Nesse sentido,

de acordo com nosso entendimento, ainda que o delito comporte grande variedade em seu meio executório, podendo variar de um beijo lascivo até o coito anal, configura a hipótese prevista atualmente no art. 213 do CP, não há falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política criminal de reprimir com maior intensidade delitos sexuais violentos. Não se manifesta aqui, em nosso entender, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana; ao contrário, é precisamente esse princípio que se defende ao punir-se com maior severidade tais modalidades de manifestações ou taras. (CAPEZ, 2015, p. 29)

Dessa forma, os estudiosos que defendem tal posicionamento consideram como atos libidinosos não só aqueles de gravidade semelhante à conjunção carnal, mas qualquer ato capaz de satisfazer a lascívia do agente, uma vez que o legislador não tratou tais condutas de modo desigual, o que é uma discricionariedade do mesmo.

Tal posicionamento é adotado também por Damásio de Jesus (2013), que considera o beijo lascivo e os contatos voluptuosos como suficientes para caracterizar o crime de estupro, ainda que o ofendido não esteja despido.

Embora alguns adeptos dessa vertente reconheçam a menor gravidade de determinados atos libidinosos – como um beliscão – os quais, em alguns casos, não caracterizariam o crime de estupro ou de estupro de vulnerável, tal entendimento trata-se de uma exceção, uma vez que, de maneira geral, os mesmos defendem que os beijos, abraços e toques em partes pudicas configuram o crime. Confira-se:

nem todos os atos atentatórios ao pudor caracterizam a prática do crime em estudo. Não o configuram, certamente, um beliscão, um ato obsceno em que a vítima não é tocada, as meras expressões verbais etc., caracterizando essas condutas a importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP). Embora já se tenha decidido pela contravenção na conduta daquele que, no interior de um cinema, passa as mãos na perna da vítima, ou tenta beijar e apalpar os seios e o órgão genital da ofendida durante alguns segundos, esses fatos já foram considerados atos libidinosos, configurando-se o crime. Inegavelmente, também são criminosos o tateio das nádegas, o ato de quem, com as mãos procura alcançar as partes pudicas das vítimas, conseguindo tocar em seus seios e nas coxas, os beijos e abraços. (MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 401)

Destaque-se que a menor gravidade de um beijo lascivo em comparação ao coito anal é reconhecida por Prado (2010), em sua obra, entretanto esse mesmo autor defende que ainda assim restará configurado o crime de estupro, sendo a distinção aferida no momento da dosimetria da pena.

Destarte, para essa corrente os atos libidinosos, ainda que de menor gravidade, devem ser punidos de acordo com o disciplinado pelo legislador, uma vez que o maior rigor da punição se justifica pelo bem jurídico tutelado.

Contrários ao entendimento alhures e não se contentando com a literalidade da lei, outra corrente doutrinária argumenta que a punição de determinados atos libidinosos como “estupro” ou “estupro de vulnerável” é desproporcional e, por isso, tais atos não poderão ser equiparados à prática de conjunção carnal para fins de penalização.

Os estudiosos dessa corrente, a exemplo de Greco (2011), defendem que os atos devem possuir alguma relevância, sob pena de punir-se o agente de forma desproporcional, aplicando-lhe a mesma pena de um homicida.

Ademais, conforme exposto alhures, a desproporção entre as penas previstas para tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos dentro de um mesmo ordenamento jurídico vai de encontro ao estipulado pelo Princípio da Proporcionalidade das Penas, o qual deverá ser observado também pelo legislador.

Como uma forma de buscar soluções para o cotidiano, a doutrina que defende a desproporcionalidade da sanção mínima cominada aos citados crimes tem apresentado diversos posicionamentos.

Para alguns, o aplicador do direito deverá valer-se da interpretação restritiva quando da análise dos tipos penais previstos no artigo 213 e 217-A, do Código Penal Brasileiro, uma vez que o legislador, ao descrever “outros atos libidinosos”, empregou

a técnica da interpretação analógica de forma que os “outros atos libidinosos” devem ter gravidade semelhante à conjunção carnal, restando os demais afastados dessa tipificação. É o que se depreende do seguinte trecho:

como argumento de reforço à interpretação restritiva da expressão “ato libidinoso” para fins de configuração do estupro, acrescentamos outro argumento: partindo da premissa que a lei não usa palavras inúteis, é necessário esforço interpretativo para entender por que a lei utiliza a expressão “conjunção carnal” “ou outro ato libidinoso”, já que a conjunção carnal é, em si, ato libidinoso, e a redundância seria desnecessária. A melhor justificativa é que se trata de interpretação analógica, ou seja, após a enumeração casuística “conjunção carnal” segue-se a cláusula genérica “ato libidinoso”, cuja interpretação deve ser restritivamente, para abranger apenas atos com intensidade semelhante à conjunção carnal, quedando afastadas importunações menores. (JUNQUEIRA, 2010, p. 308-309)

Tendo em vista a diferença no desvalor da ação, outros doutrinadores entendem que o ideal seria a desclassificação da conduta para uma contravenção penal ou para o crime de ato obsceno. *In verbis*:

com efeito, a diferença do desvalor da ação que há no sexo anal e oral (e suas variáveis), praticados com violência, e nos demais atos libidinosos, menos graves, é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais atos, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram às raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorrem em lugar público ou acessível ao público, devem ser desclassificados para a contravenção penal do art. 61 (Lei das Contravenções Penais), ou então a prática de ato obsceno (art. 233 do CP). Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico (BITENCOURT, 2015, s.p.).

Quanto à desclassificação para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65 da Lei das Contravenções Penais, cumpre destacar que as elementares de tais tipos devem ser preenchidas para que tal fato ocorra.

A contravenção de importunação ofensiva ao pudor está prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, o qual traz em seu preceito primário o seguinte texto: “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”. Depreende-se da redação do citado artigo de lei que, para que a contravenção penal reste caracterizada, é necessário que os atos ofensivos ao pudor ocorram em local público ou acessível ao público, sendo que quem pratica tal ilícito receberá uma pena de multa.

Disciplinada no mesmo diploma legal, a contravenção de perturbação da tranquilidade prevê punição para o agente que molesta alguém ou perturba-lhe a tranquilidade. A principal diferença com relação à contravenção prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais é que, na contravenção em comento, não há a exigência de que os fatos ocorram em local público ou acessível ao público. Confira-se:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Ainda nesse sentido, os adeptos desse posicionamento argumentam que, quando a prática do ato libidinoso não contemplar nenhuma hipótese prevista em outro tipo penal ou nas contravenções correlacionadas alhures, a inconstitucionalidade seria patente ante a desobediência ao Princípio da Proporcionalidade das Penas e a outros princípios do Direito Penal.

Por outro lado, Nucci (2012) defende que, embora em determinados casos a prática do ato libidinoso comporte tipificação no cenário das contravenções, em outras situações o ideal seria a existência de uma figura intermediária entre o crime e a contravenção, como um estupro privilegiado, com punição menor e não previsão no rol dos crimes hediondos.

Portanto, para essa corrente doutrinária, ainda que os adeptos tenham fundamentos e soluções diferentes, a desproporcionalidade da pena mínima cominada aos crimes de estupro e estupro de vulnerável é evidente e a punição como prevista na lei não deve ser adotada.

## *6 Divergências jurisprudenciais*

Embora os entendimentos doutrinários sejam de suma importância para a formação do Direito, é no campo das jurisprudências que se pode vislumbrar a aplicação prática do mesmo, bem como os entendimentos adotados pelos operadores de tal ciência.

Ante o exposto, é de rigor a exposição dos entendimentos sustentados no bojo das decisões judiciais.

### *6.1 Tribunais de Justiça*

Os Tribunais de Justiça julgam suas causas originárias e os recursos interpostos contra as decisões de Juízes de Primeira Instância por força do Duplo Grau de Jurisdição. Nesses Tribunais, as decisões, em regra, são colegiadas, sendo denominadas de acórdãos.

Da análise dos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais desses órgãos colegiados nas ações penais que versam sobre os crimes de estupro e estupro de vulnerável, percebe-se que há divergências quanto ao entendimento acerca da proporcionalidade das penas, assim como na doutrina.

Tendo em vista a previsão legal, alguns Tribunais, a exemplo do Tribunal de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal nº 2014.061049-5, entendem que, havendo a subsunção ao tipo legal, não há que se falar em atipicidade, desclassificação ou aplicação do Princípio da Proporcionalidade. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também adota tal posicionamento.

Ainda nesse sentido, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi proferida decisão no julgamento da Apelação Criminal nº 2012.062174-6, na qual o Ministro Relator afirma não ser admitida a tese de inconstitucionalidade da pena mínima cominada ao crime de estupro de vulnerável ante a ofensa ao Princípio da Proporcionalidade, uma vez que tal pena decorre do estabelecimento de regras pelo Poder Legislativo, não cabendo à Câmara Criminal realizar o controle de constitucionalidade.

Em sentido contrário e acompanhando parte da doutrina, outros Tribunais de Justiça, como o do Mato Grosso do Sul e de Goiás, diante de atos libidinosos de menor gravidade, têm aplicado a interpretação restritiva e considerado o Princípio da Proporcionalidade das Penas para desclassificar tais condutas para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65, ambos da Lei das Contravenções Penais.

Por fim, alguns Tribunais de Justiça, como o do Rio de Janeiro e o do Rio Grande do Sul, não têm admitido, em alguns casos, a desclassificação para as citadas contravenções, entretanto inovam ao reconhecer a forma tentada do delito, ainda que o crime reste consumado, em observância ao Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Nesse sentido, é a ementa do seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TENTATIVA CONFIGURADA. HIPÓTESE DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. PENA ADEQUADAMENTE FIXADA. DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. [...] Situação em que o acusado, valendo-se do fato de a pequena vítima, sua filha, dormir na mesma cama que ele, enquanto a genitora exercia trabalho noturno, deu início à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, manipulando a genitália da menina, na época com 06 anos de idade. Comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, impunha-se a condenação. DA TENTATIVA. Em que pese reprováveis, os atos praticados pelo réu não caracterizaram condutas invasivas englobadas pelo art. 217-A do Código Penal (conjunção carnal, cópula anal, sexo oral, etc.), limitando-se a contatos manuais e por cima da roupa que a criança vestia, impondo o reconhecimento da tentativa, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes desta Corte [...].

(TJRS, Apelação Crime Nº 70064900285, Quinta Câmara Criminal, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgado em 19/08/2015, DJe 02/09/2015)

Ante o exposto, é possível vislumbrar, nesses órgãos colegiados, os posicionamentos e argumentos diversos no que tange a proporcionalidade das penas previstas para os crimes em comento.

## 6.2 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça julga suas causas originárias bem como os recursos ordinários e especiais, sendo a última instância quando se trata de normas infraconstitucionais.

Quanto à prática dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal e à análise da proporcionalidade da punição destes, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são reiteradas no sentido de considerar qualquer ato com cunho sexual passível de ser punido nas iras dos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, tendo o posicionamento de que beijos lascivos e contatos voluptuosos configuram o crime de estupro. Nesse aspecto:

PENAL. CRIME DE ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO.

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 unificou em um único tipo penal as condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, “inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima” (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

3. No caso, não há que se falar em tentativa, porquanto o contato físico do acusado com a vítima, consistente em beijá-la na boca, passar as mãos nas nádegas e seios a fim de satisfazer a sua lascívia, é suficiente para caracterizar o delito descrito no art. 213 do CP.

4. Recurso especial provido para, reconhecida a consumação do delito previsto no art. 213 do Código Penal, fixar a pena do recorrido em 7 anos, 4 meses e 20 dias, mantido o regime fechado.

(STJ, REsp 1470165/MG, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta turma, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

Também é considerada inconcebível para essa Corte a possibilidade de aplicação da tentativa, como forma de amenizar e adequar à punição, o que pode ser vislumbrado no julgamento do Recurso Especial nº 1313369/RS, no qual o citado órgão colegiado entendeu ser inadmissível que o julgador, utilizando-se dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, reconheça a forma tentada do delito, alegando a menor gravidade da conduta, pois estaria agindo de forma manifestamente contrária à lei.

Destarte, o STJ não admite também as teses que entendem que atos libidinosos de menor gravidade serão atípicos em face da desproporcionalidade ou desclassificados para contravenções penais, uma vez que defende ser aplicável o regramento previsto nos artigos 213 e 217-A do CPB ao agente que pratica qualquer ato libidinoso, ainda que de menor gravidade.

## **7 Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**

Atualmente, está em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, no qual se discute a criação de um Novo Código Penal, tendo como principais objetivos a alteração e a inclusão de diversos tipos penais, bem como a unificação de todas as leis esparsas que versam sobre crimes.

O PLS nº 236/2012 tramita no Senado Federal desde junho de 2012, quando foi finalizado pela Comissão de Juristas selecionada para sua elaboração. Destaque-se que a redação original do PLS nº 236/2012 foi alterada na citada Casa Legislativa por meio de um Substitutivo e, atualmente, está na respectiva Comissão de Constituição e Justiça.

Quanto aos crimes contra a dignidade sexual, o Projeto de Lei inova ao dispor que será considerado estupro o constrangimento à prática de sexo vaginal, anal ou oral, propondo a inclusão de um tipo específico para a manipulação ou a introdução sexual de objetos, o qual receberá a mesma reprimenda do crime de estupro, qual seja seis a dez anos.

No que tange à prática de atos libidinosos, há previsão de um tipo penal denominado molestamento sexual, que prevê punição para a prática de atos libidinosos diversos da prática sexual vaginal, anal e oral, sendo que as penas serão de três a seis anos no caso de ocorrer mediante violência ou grave ameaça e de dois a três anos, na ausência destas.

Quanto aos vulneráveis, também há previsão de um tipo penal específico, denominado molestamento sexual de vulnerável, sendo que quem pratica as condutas descritas no tipo penal poderá receber uma pena de quatro a oito anos.

As penas citadas eram mais brandas na redação original do Projeto de Lei, entretanto foram redimensionadas por ocasião do Substitutivo.

Destaque-se que a tramitação do Projeto de Lei não tem sido célere e muitos doutrinadores entendem que sua redação não é apropriada e tem natureza punitivista, o que caracterizaria um retrocesso para o Direito Penal Pátrio. Entretanto, tal projeto ainda passará pelo crivo da Câmara dos Deputados e poderá sofrer diversas alterações até que seja sancionado.

## **8 Considerações finais**

Ao término do presente trabalho de conclusão de curso e diante da análise das penas mínimas cominadas aos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, vislumbra-se a existência de posicionamentos divergentes no que tange à proporcionalidade da reprimenda prevista para os citados tipos penais, principalmente quanto aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Sem embargo dos valorosos argumentos expedidos pelos estudiosos que defendem a proporcionalidade e aplicabilidade da pena mínima, ainda quando os atos libidinosos diversos da conjunção carnal forem considerados de menor gravidade, não se pode olvidar do disciplinado pelo Princípio da Proporcionalidade das Penas e dos direitos constitucionalmente garantidos ao Acusado.

A necessidade da observância do citado princípio e de seus subprincípios no momento da criação e aplicação do tipo penal é patente, vez que a punição deverá ser adequada e a pena aplicada não poderá trazer restrições além das necessárias, de forma a evitar que a reprimenda atinja brutalmente a dignidade humana do ofensor.

Dessa forma, a pena mínima prevista para os crimes em comento não está em consonância com o Princípio da Proporcionalidade das Penas, uma vez que, quando da prática de alguns atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como beijos lascivos e contatos voluptuosos, não haveria necessidade de uma pena tão elevada, que se iguala àquela prevista para o agente que pratica conjunção carnal ou assassinato.

Nesse cenário, a criação de um tipo penal específico para atos libidinosos de menor gravidade, com previsão de uma pena que permita maior abstração ao magistrado no caso concreto e diante da diversidade fática é o ideal. Destaque-se que, no Projeto de Lei que pretende dar ensejo a um Novo Código Penal, há a proposta da criação de um tipo penal diverso, com pena mínima menor, quando ocorrerem atos libidinosos diversos do sexo vaginal, anal ou oral. Entretanto, por tratar-se de uma grande reforma, o lapso temporal que transcorrerá até a possível sanção e vigência de tal legislação será considerável e, durante esse período, os magistrados ficariam adstritos às penas previstas atualmente.

Destarte, enquanto não houver uma reforma com reprimendas adequadas para os atos libidinosos de menor gravidade, caberá ao magistrado, no caso concreto, identificar a melhor forma de se aplicar o Direito, de forma que sejam tutelados os direitos do ofendido e que sejam atendidas as diretrizes estabelecidas pelo Princípio da Proporcionalidade das Penas e pela Constituição Federal.

### *Referências*

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 4 v. Disponível em: <<http://161724.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161724>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1 v. Disponível em: <<http://161723.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161723>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3688.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Sobre o Projeto de Lei do Senado nº. 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. *Parecer nº. 1.576 de 2013*. Relator: Pedro Taques. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de lei nº. 236, de 09 de julho de 2012*. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 20 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1313369/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. M A R. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 05 ago. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1470165/MG. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. J A S. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 04 ago. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 05 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2014.061049-5. J A de S. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, SC, 23 de outubro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Florianópolis, 05 nov. 2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/consultadje/consulta.action> >. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.062174-6. C R G. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Desembargador Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, SC, 29 de novembro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*. Florianópolis, 06 dez. 2012. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/consultadje/consulta.action> >. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70064900285. G S M. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, RS, 19 de agosto de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Porto Alegre, 02 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=dj>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*: arts. 213 a 359-H. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 3 v. Disponível em: <<http://161732.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161732>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos): E o drama do castigo penal: Civilização ou barbárie?* São Paulo: Saraiva, 2014. 352 p.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. 1098 p.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Especial. Dos crimes contra a propriedade intelectual a dos crimes contra a paz pública*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 371 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 2 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 222 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2 v.

# Marco legal do turismo: análise crítica da Lei nº. 12.591 de 2012

*Legal framework of tourism: critical analysis of Law n. 12.591 of 2012*

---

## **Edmar Luiz Xavier Neto**

Turismólogo. Acadêmico do 8º período da faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: [gxconsultoria.projetos@gmail.com](mailto:gxconsultoria.projetos@gmail.com)

**Resumo:** Este artigo apresenta o estudo detalhado do direito do turismo voltado para a consolidação da regulamentação profissional e do exercício profissional do setor. A base deste estudo se dá com a análise crítica da Lei nº. 12.591 de 18 de janeiro de 2012, que trouxe, ao mesmo tempo, esperança e incredulidade aos profissionais de turismo e aos brasileiros que sonham com dias melhores. Estão abordados temas relacionados às diretrizes da sustentabilidade previstas pela Organização das Nações Unidas, por meio da Organização Mundial do Turismo.

**Palavras-chave:** Turismo. Direito do Turismo. Lei nº. 12.591/2012. ONU. OMT. Sustentabilidade.

**Abstract:** This paper presents a detailed study of tourism law aimed at consolidating professional regulation and professional practice of the sector. The basis of this study is the critical analysis of Law no. 12,591 of January 18, 2012, which at the same time brought hope and disbelief to tourism professionals and Brazilians who dream of better days. Issues related to the sustainability guidelines envisaged by the United Nations are addressed through the World Tourism Organization.

**Keywords:** Tourism. Tourism Law. Law no. 12,591/2012. United Nations. UNWTO. Sustainability.

---

## **1 Introdução**

A epistemologia do turismo vem ganhando vida desde o século XIII no mundo e junto com esse desenvolvimento, de forma transcendental, o direito do turismo se consolida a partir da baliza historiográfica. Navegando pela linha do tempo, a ciência se transforma em indústria verde, sem chaminés, e o turismo passa a ser visto com interesse pecuniário dentro de diretrizes que garantam a proteção social, ambiental, histórica, patrimonial e econômica.

É possível observar essa preocupação ao analisar criteriosamente os valores expostos pelo Código Mundial de Ética para o Turismo, de 1999, que procura atender princípios orientados ao desenvolvimento sustentável, formulados pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida também por Rio 92. O código supracitado, que será analisado no capítulo 4 deste artigo, cita ainda “presente o rápido e contínuo crescimento, tanto passado como previsível, da atividade turística” como pressuposto para a profissionalização do setor. É embasado

nessa linha de raciocínio o conteúdo do presente artigo que tem como objetivo principal propor premissas para a criação da legislação que garanta o desenvolvimento sustentável da indústria do Turismo no Brasil, iniciando pela regulamentação profissional, servindo de espelho para aplicações legislativas futuras.

Transitar pelo direito do turismo é viver experiências oriundas da Europa medieval, traduzidas em letras legislativas que superam o peso dos séculos. Entretanto, analisar o direito do turismo no Brasil é um desafio. A gestão pública deixa de lado o pensamento em sustentabilidade para atender aspectos que colocam o país em situação de risco.

O dia 18 de janeiro de 2012 foi um dia festivo para o turismo brasileiro, porém a sensação de progresso foi temporária e logo surgiram dúvidas sobre o rumo que o setor teria. A data marca a vigência da Lei nº. 12.591, que trouxe vida à profissão do turismólogo, porém, ao regulamentar a profissão, deixou de lado a regulamentação do profissional, com um texto que pecou em diversos aspectos, trazendo vetos incongruentes com as razões apresentadas.

Assim, realiza-se, nessas presentes palavras, a análise crítica da lei supracitada, observando conceitos inerentes ao setor de turismo e diretrizes de procedimentos legislativos de vinculação internacional. A lei foi gestada de forma precária e nasceu defeituosa por não ter atendido critérios específicos, apresentando falhas de análise constitucional, e aqui serão destrinchados os vetos, apresentando então a solução para um novo destino à regulamentação legislativa do profissional responsável pelo desenvolvimento sustentável do turismo.

A meta deste texto é estimular o debate sobre a importância do desenvolvimento legislativo ao setor, refletir sobre as diretrizes da segurança jurídica do Turismo e analisar a eficácia de seu marco legal. A metodologia utilizada é pautada no modelo empírico-dedutivo, por meio de pesquisa teórica e revisão bibliográfica, sendo justificada sua produção pela inegável necessidade da ampla pesquisa, para que, no médio e longo prazo, não surjam riscos que impossibilitem o contingenciamento eficiente aos danos e prejuízos que porventura possam ser originários dos impactos da exploração do turismo aos povos, à economia e ao meio ambiente.

## *2 Afinal, o que é o Turismo?*

Para introduzir uma definição sensata, tem-se o entendimento que o turismo se trata de um fenômeno social, político, cultural e econômico, pontuando como características primordiais a emissão e a recepção de indivíduos. Badaró (2005, p. 97), analisando a amplitude de atuação dessa ciência, que vem se firmando como novo ramo de desenvolvimento sustentável da economia ao longo dos três últimos séculos, afirma que “o turismo atual movimentava 52 setores diferentes da economia”.

Essa afirmação permite que o turismo, em sua percepção de abrangência, seja estratégico para Estados soberanos que utilizam de suas premissas para desenvolver sua sociedade e promover o crescimento econômico, além de garantir a proteção do patrimônio histórico, cultural e ambiental. Badaró (2005) ainda afirma que há um debate sobre os custos e os benefícios fictos do turismo para a população, a gestão pública, o meio ambiente, a cultura e a sociedade, afirmando ainda que não são

discutidas apenas premissas econômicas da atividade do setor, o que permite inovações nas atitudes relacionadas ao turismo em âmbito mundial.

De acordo com Lohmann e Netto (2012, p. 92), “turismo significa muito mais do que a simples palavra pode expressar e pode ser visto como o reflexo de práticas sociais e que envolve também representações sociais”. Para a sociedade em geral, ao se falar de turismo, o primeiro impacto com a opinião formada na percepção de seus interlocutores se dá em torno das relações pragmáticas do lazer e da recreação. Viagens, diversão, descanso e tantos outros posicionamentos intrínsecos ao psicológico humano quando se relacionam sentimentos com períodos de ausência laboral, pensamentos decorrentes do desenvolvimento setorial no século XVIII devido ao início do pensamento jurídico e da criação legislativa do turismo no direito francês.

As visões mais comuns do turismo são de férias, viagens, descanso, lazer e prazer, fuga da realidade, gerador de emprego e renda, difusor de cultura entre os povos, soma dos fenômenos resultantes das viagens, deslocamento para fora do lugar habitual de residência, atividade econômica, mas elas também não expressam, por sim mesmas, a complexidade do fenômeno. (LOHMANN; PANOSSO NETTO, 2012, p. 92)

Porém, o turismo vai além do que a sociedade percebe. É um sistema e aborda áreas multidisciplinares para sua perfeita sincronia com o desenvolvimento social, econômico e ambiental. É uma indústria verde, sem chaminés, e detém incrível potencial de mudanças históricas com a regionalização estrutural planejada sem prejuízo de seu contexto.

O turismo é uma atividade transcendental, extremamente ágil, em constante transformação, acompanhando as últimas tendências do mundo [...] Essa disciplina surgiu na Europa, na segunda metade do século XX, e hoje encontra-se consolidada graças a diversas medidas e políticas da União Europeia (UE). A Organização das Nações Unidas (ONU), percebendo a importância do turismo, não hesitou em atribuir, em 1975, amplas competências nessa matéria à Organização Mundial do Turismo (OMT), para que houvesse amparo em âmbito internacional a suas deliberações. (BADARÓ, 2005, p. 15-16)

A setorialização do turismo transformou a disciplina em ciência, que tem tematizado estudos ao longo de todo o século XX, sofrendo transformações relevantes no início do século XXI devido à era da informação. De acordo com Badaró (2005, p. 19), “diferentes escolas europeias buscaram conceitos para o turismo, de acordo com as circunstâncias vividas no momento, calcando-os ora em aspectos econômicos, ora em aspectos sociais”.

Aprofundando na sua história, o primeiro conceito do que é o turismo surge nos estudos de economia iniciados pela Universidade de Berlim, em 1911, que considerava, primitivamente, o turismo como “o conceito que compreende todos os processos, especialmente os econômicos, que se manifestam na chegada, na permanência e na saída do turista de um determinado município, estado ou país” (BADARÓ, 2005, p. 19).

A Alemanha foi a grande precursora do desenvolvimento conceitual do turismo no início do século XX, porém todos seus estudos fixam exclusivamente no âmbito econômico, abrindo espaço para as hermenêuticas inclusivas dos aspectos sociais, políticos, culturais e legais à ciência. O conceito mais amplo de turismo, que pode ser apresentado neste momento é o abordado pelo autor mexicano e importante referência do turismo internacional, Oscar de la Torre Padilla (1994, p. 19):

el turismo es un fenómeno social que consiste en el desplazamiento voluntario y temporal de individuos o grupos de personas que, fundamentalmente por motivos de recreación, descanso, cultura o salud, se trasladan de su lugar de residencia habitual a otro, en el que no ejercen ninguna actividad lucrativa ni remunerada, generando múltiples interrelaciones de importancia social, económica y cultural.<sup>1</sup>

Nesse ponto, é interessante observar as mudanças conceituais do setor, pois a definição mundialmente aceita é a formulada pela Organização Mundial do Turismo, que tem o turismo como “a soma de relações e de serviços resultantes de um câmbio de residência temporário e voluntário motivado por razões alheias a negócios ou profissões” (UNWTO, 2005, s.p.). Esse conceito apresenta que o exercício de atividade lucrativa e remunerada, atualmente, vincula ao setor, principalmente observando o turismo de negócios, o agroturismo, entre outras áreas dessa indústria, ativa e viva dentro do Brasil.

O turismo no século XXI deixa de ser visto apenas como um fenômeno e passa a desempenhar um importante papel na vida dos brasileiros, consolidando atividades em diversos ramos do conhecimento humano, como ressalta a influente obra Teoria Geral do Turismo, de Guilherme Lohmann e Alexandre Panosso Netto.

Então, afinal, o que é o Turismo? O turismo é o presente e o futuro do desenvolvimento sustentável na economia brasileira, sustentando a bandeira da preservação da população (em toda sua variedade cultural devido à miscigenação étnica) e da biodiversidade. O turismo é a cara do Brasil e dos brasileiros.

### **3 A Lei 12.591 de 2012 e a Incongruência dos Vetos**

A Lei 12.591 de 18 de janeiro de 2012 inaugura oficialmente a profissão relacionada ao setor do turismo, recebendo o título de Turismólogo os profissionais que lutaram por décadas pela sua regulamentação. É um marco na história do desenvolvimento sustentável do turismo no Brasil, apesar da legislação nascer totalmente ineficaz por não ter funcionalidade prática.

Para entender melhor sobre a legislação que regulamenta a profissão do setor no país, é importante observar de modo geral o desenvolvimento do direito do turismo no mundo. Historicamente, a legislação do turismo se apresenta pela primeira vez na

---

<sup>1</sup> Tradução livre: O turismo é um fenômeno social que consiste no deslocamento voluntário e temporário de indivíduos ou grupos de pessoas que, fundamentalmente por motivos de recreação, descanso, cultura, ou saúde, saem de seu local de residência habitual para outro, no qual não exercem nenhuma atividade lucrativa nem remunerada, gerando múltiplas inter-relações de importância social, cultural e econômica.

Itália em 1282, com o primeiro grêmio dos proprietários de pousadas em Florença, onde suas atividades crescentes, influenciando o sistema de hospedagem, levam ao decreto que instituiu regras para padronização e classificação do que pode ser chamado de primeiro ramo da hotelaria. Badaró (2005, p. 64) salienta que “nessa época deu-se início ao intercâmbio de professores e alunos entre as universidades europeias, o que contribuiu para a expansão dos serviços de hospedagem por todo o continente”. Porém, o turismo tem sua expansão e expressivo desenvolvimento dentro do âmbito do direito na França, que preocupa em estabelecer o direito do setor não só para a proteção eficiente do turista, mas como forma de assegurar o profissional e a programação estratégica do Estado.

Ao lado da proteção eficiente do turista, é preciso atentar para os aspectos trabalhistas e empresariais, assegurando, desse modo, a correta regulamentação profissional, a fim de evitar a proliferação de falsos profissionais do setor turístico, protegendo o setor comercial da concorrência desleal e garantindo, assim, a competência, a honestidade e a solvência dos prestadores de serviços e empresa. [...] Assim, a França criou, em 1909, por intermédio de A. Millerand, a primeira lei orgânica do turismo do mundo, instituindo, em seguida, o Office National du Tourisme por meio da lei de 8 de abril de 1910. [...] É claro que o objetivo principal desse órgão foi proporcionar à França uma posição favorável na competição turística nascente. (BADARÓ, 2005, p. 108-109)

A França é o primeiro país a desenvolver uma legislação preocupada com a questão do trabalhador especializado e relaciona essa visão à expansão do turismo em seu território. No Código Napoleônico (elaborado por diversos juristas franceses), aparece em dois artigos a responsabilidade civil do agente hoteleiro, ressaltando a afirmação da preocupação da atuação profissional. Seguindo a trajetória histórica do direito do turismo francês, tem-se, em 1835, a criação de normas para a proteção, conservação e restauração de todo patrimônio francês que tivesse importância histórica ou turística, indicada pelo jurista Pierre Mérimé.

O mundo contempla hoje esse ramo do direito consolidado em toda a Europa graças ao pioneirismo francês, que instituiu a legislação que serviu como propulsora do desenvolvimento do turismo em todo continente no início do século XX.

Em 1909, a França criou, por meio de A. Millerand, então ministro de Obras Públicas, a primeira Lei Orgânica do turismo no mundo, e, em 1910, instituiu o Office National du Tourisme, pela lei de 8 de abril. Esse organismo visava: centralizar e colocar à disposição do público toda informação concernente ao turismo em suas várias formas e setores; pesquisar todos os meios próprios para o desenvolvimento do turismo; provocar e, se necessário, tomar todas as medidas tendentes a melhorar as condições de transporte, circulação e estadia. Em 1917 foi dado mais um importante passo no desenvolvimento do turismo. Pioneira nesse campo, a França criou a primeira estrutura nacional de turismo, a Chambre d'Hôtellerie. (BADARÓ, 2005, p. 73)

O século XX foi importante para o turismo. Apesar dos nefastos resultados do totalitarismo na Europa, o setor trouxe inovações legislativas de relevante importância

à sua estabilização no mundo pós-guerra. O fascismo europeu exerceu grande influência no desenvolvimento do setor, principalmente por abordar o turismo junto ao direito do trabalho. Para nutrir a força mantenedora do status dado aos regimes totalitários, o amplo acesso ao turismo e ao esporte foi tido pela sociedade como feitos dados ao modelo de gestão a que estavam submetidos. Tanto que, em 1925, Mussolini acrescenta o “dopolavoro”<sup>2</sup> à Carta do Trabalho italiana e, em 1933, Hitler cria o Kraft durch Freude, com a mobilização cultural dos trabalhadores alemães, destacando a importância do lazer e da diversão para a dignidade do trabalho.

A consolidação do setor na Europa se dá com o tratamento do turismo de forma profissional, regulamentando as atividades por ele proporcionadas e relacionando esse ramo do direito com o direito administrativo e o direito do trabalho. É perceptível que a França é o palco principal do direito do turismo e junto de outros países da União Europeia tem contínua contribuição à evolução científica contínua desse novo ramo do direito.

Entrando na seara do direito brasileiro, são observadas orientações legislativas no direito do turismo anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, para compactar a presente análise crítica, temos como base as diretrizes normativas constitucionais. Os notáveis autores Mendes e Branco (2016, p. 56) apresentam um pensamento que serve de crítica e base exordial para explorar a hermenêutica dos vetos dados à Lei n. 12.591 de 2012, ao discriminar que “a integração política a que visa a Constituição não pode prescindir da verificação de que a sociedade em que atua é plural e que o atendimento das necessidades vitais de todos os seus membros configura objetivo indeclinável para a subsistência da comunidade política”.

A Lei 12.591 de 2012 foi um marco na história do turismo, pois regulamentou a profissão que está estabelecida no Brasil desde a década de 1970. Entretanto, a legislação supracitada foi desenvolvida atendendo interesses políticos e não sociais. Nos seus cinco artigos, três foram vetados, trazendo ao país uma legislação que aborda apenas as considerações das atividades do Turismólogo e a entrada em vigor da lei. Uma lei pífia, que teria a obrigação de ser tratada com mais zelo pelos resultados econômicos, de desenvolvimento social e preservação ambiental, apresentados pela exploração do turismo no país<sup>3</sup>.

A referida legislação é resultado do Projeto de Lei n. 290 de 2001, originário do Senado, que, na Câmara dos Deputados, é consagrado como Projeto de Lei n. 6.906 de 2002. Os vetos da legislação se deram nos artigos 1º, 3º e 4º, que explanavam sobre o exercício profissional e seu registro em órgão federal. Regulamentaram a profissão sem regulamentar o profissional e seu exercício. Utilizando as diretrizes constitucionais estabelecidas no artigo 66, parágrafo primeiro, a Câmara dos Deputados vetou por inconstitucionalidade os referidos artigos, tendo como razão dos vetos: “a Constituição, em seu art. 5º, inciso XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, cabendo a imposição de restrições apenas quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade” (BRASIL, 2012).

---

<sup>2</sup> Programa de lazer e turismo, viabilizado pelas férias pagas, instituídas pelo governo italiano.

<sup>3</sup> Vide Anuário Estatístico do Turismo 2016.

A razão dos vetos interpretou o artigo 5º em seu inciso XIII parcialmente, deixando de analisar a parte final do inciso que diz “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Além da hermenêutica falha, por assim dizer, o veto explana que o exercício das atividades do Turismólogo não oferece risco de dano à sociedade, quando não é isso que preceitua o dispositivo constitucional invocado.

Vale dizer, o que o veto afirma, na verdade, é que o exercício das atividades de Turismólogo não oferece risco de dano à sociedade e, por isto, não devem sofrer qualquer restrição legal, como seriam os pré-requisitos aprovados pelo Legislativo. Logo, a razão dos vetos foi política, e não jurídica, sem embargo de terem sido propostos, também, por órgãos jurídicos do Executivo, como o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União, tornando incorreta, até, a própria ementa da lei, pois, como sancionada, apenas reconhece, mas não disciplina o exercício da profissão de Turismólogo (FERRAZ, 2012, s.p.).

O veto apresentado na legislação em tela poderia ser registrado de forma análoga ao disposto no artigo 170 da Constituição, que assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Porém, esse dispositivo isomorfo ao referenciado nos vetos, apresenta com clareza a facilidade da hermenêutica extensiva quando se torna necessária nova matéria legislativa para cercear possíveis danos ou prejuízos à sociedade em seu todo.

Ao analisar os números dispostos pelo Ministério do Turismo, a crítica social em relação à economia já basta para a observância da incongruência na razão dos vetos apresentada pelos parlamentares. Em 2014, o turismo movimentou R\$492 bilhões, os desembarques internacionais aumentaram, em 10 anos, 35% e os nacionais, 55% (BRAGA, 2015). A movimentação internacional de passageiros em aeroportos do Brasil mostram 10.658.185 embarques de passageiros estrangeiros e 95.251.860 embarques de passageiros nacionais. Atualmente, o turismo brasileiro representa 9,6% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, empregando diretamente no país mais de 10 milhões de pessoas (EURYCO, 2015).

É falso o posicionamento apresentado nos vetos, uma vez que a regulamentação do exercício profissional do turismólogo é de extrema necessidade e importância para a manutenção das diretrizes sustentáveis geradas e almejadas internacionalmente pelo setor. Expor que a regulamentação do profissional não trará impactos para a sociedade é deixar o país fadado aos danos e prejuízos causados por essa ausência legislativa. O artigo 180 da Constituição é considerado norma pragmática e trata exatamente do assunto, ao relatar que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”. O setor tem a necessidade de regulamentação infraconstitucional para atender as necessidades expostas pela própria Carta Magna nacional.

Essas normas impõem uma tarefa para os poderes públicos, dirigem-lhes uma dada atividade, prescrevem uma ação futura. Jorge Miranda ressalta-lhes a característica da “aplicação diferida”, realçando que “não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada

em vigor da Constituição) [...] As normas programáticas, como informa Canotilho, não são “simples programas, exortações morais, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição”. As normas programáticas impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando, condicionam a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito. Impedem comportamentos contrários a elas mesmas, podendo gerar pretensões e abstenção. Revogam normas anteriores incompatíveis com o programa que promovem e, se atritam com normas infraconstitucionais posteriores, levam à caracterização de inconstitucionalidade. O dever de agir decorrente dessas normas marca-se, caracteristicamente, pela margem de discricionariedade dilatada, reconhecida aos poderes públicos para satisfazê-las em concreto, estando a sua eficácia dependente não apenas de fatores jurídicos mas também de fatores econômicos e sociais. Algumas normas programáticas obrigam ou se desenvolvem por meio de edição de leis. [...] Muitas vezes serão necessários esforços materiais e produção legislativa (MENDES; BRANCO, 2016, p. 70-71).

Como se nota, os vetos não têm fundamentação constitucional para confirmar a interpretação realizada. A hermenêutica utilizada pelos parlamentares salientou apenas a confirmação do cunho político aos vetos, bloqueando o progresso do país, que ainda não encontra perspectivas para desenvolver profissionalmente o setor de turismo. Há quase meia década de desenvolvimento profissional com a primeira graduação de turismo em território nacional, a luta pela regulamentação legislativa do turismólogo e do setor de turismo no Brasil retrata a falta de estrutura do Estado em garantir a ordem e o progresso do país. Os vetos são incongruentes e não possuem estrutura constitucional para garantir a razão apresentada.

#### *4 O Código Mundial de Ética para o Turismo*

O Código Mundial de Ética para o Turismo consolida o reconhecimento desse novo ramo do direito, fornecendo as diretrizes sustentáveis para o pleno desenvolvimento do turismo no século XXI. Aprovado o conceito intrínseco ao código, em abril de 1999, na cidade de Nova York, teve seu processo completo em outubro do respectivo ano na cidade de Santiago do Chile, aprovando por unanimidade seus dez artigos na Assembleia Geral da OMT.

O objetivo desse código é gerar desenvolvimento responsável e sustentável para o turismo, minimizando “os efeitos negativos do turismo sobre o meio ambiente e sobre o patrimônio cultural, aumentando, simultaneamente, os benefícios para os residentes nos destinos turísticos” (BADARÓ, 2005, p. 129). Encontra-se no normativo internacional princípios de direito internacional de numerosas declarações e códigos profissionais, ressaltando a importância do desenvolvimento profissional do setor para a estruturação e exploração consciente do turismo, evitando gerar danos e prejuízos às sociedades subordinadas ao setor.

O notável jurista brasileiro, especialista em direito do turismo, com impecável currículo acadêmico internacional voltado ao setor, Ruy Aurélio de Lacerda Badaró, indica os diversos instrumentos legais de cunho internacional ao qual o Código Mundial de Ética para o Turismo embasou ao compor seus dez princípios. Esses mesmos instrumentos estão dispostos no próprio código e, para ampliar o entendimento, são estes:

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948;
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966;
- Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966;
- Convenção de Varsóvia, sobre o transporte aéreo, de 1929;
- Convenção Internacional da Aviação Civil de Chicago, de 1944, bem como as Convenções de Tóquio, Haia e Montreal, a ela relacionadas;
- Convenção sobre as facilidades alfandegárias para o turismo, de 1954, e protocolo associado;
- Convenção sobre a proteção do patrimônio mundial cultural e natural, de 1972;
- Declaração de Manila sobre o Turismo Mundial, de 1980; Resolução da 6ª Assembleia Geral da OMT, em Sófia, que adotou a Carta do Turismo e o Código do Turista, de 1985;
- Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990;
- Resolução da 9ª Assembleia Geral da OMT, em Buenos Aires, relativa às matérias de facilidades para viagens e segurança dos turistas, de 1991;
- Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de junho de 1992;
- Resolução da 11ª Assembleia Geral da OMT, no Cairo, sobre a prevenção do turismo sexual organizado, de 1995;
- Declaração de Estocolmo contra a Exploração Sexual de Crianças com Fins Comerciais, de 1996;
- Declaração de Manila sobre os Efeitos Sociais do Turismo, de 1997; convenções e recomendações adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em matéria de convenções coletivas, de proibição do trabalho forçado e do trabalho infantil, de defesa dos direitos dos povos autóctones, de igualdade de tratamento e não-discriminação no trabalho.

O código aqui em referência ressalta a importância do turismo para o desenvolvimento sustentável no mundo, bem como a importância da atuação legislativa e da regulamentação plena do profissional atuante no setor. A atuação do Estado para o desenvolvimento do turismo é imprescindível para a eficácia do planejamento internacional, sendo o reconhecimento dos valores e premissas da regulamentação do exercício profissional as principais motivações legislativas.

Os princípios expostos no código incluem indicações de direito penal, civil e trabalhista, bem como ressalta a importância da consolidação de sistemas de saneamento básico, endemias e saúde para a estruturação eficaz do setor. Com o foco no desenvolvimento sustentável, a regulamentação da profissão e do exercício profissional está ligada de forma direta à eficácia da gestão pública, uma vez que os requisitos para ser exercida a profissão se transformam em ferramentas estratégicas para o desenvolvimento sustentável promovido pelo Estado. A regulamentação

legislativa proporcionará um campo de atuação mais abrangente, possibilitando a valorização e a remuneração dos turismólogos.

Observa-se, no Artigo 3 do Código Mundial de Ética para o Turismo, os principais motivos para a organização eficaz da legislação regulamentadora do exercício profissional do turismólogo. O parágrafo quatro, do supracitado artigo, mostra que a infraestrutura e o planejamento estão ligados à regulamentação legislativa.

A infraestrutura e as atividades turísticas serão planejadas de modo a proteger o patrimônio natural que constituem os ecossistemas e a diversidade biológica, e a preservar as espécies da fauna e da flora silvestre em perigo. Os agentes do desenvolvimento turístico, e em particular os profissionais do setor, devem admitir que se imponham limites a suas atividades quando exercidas em espaços particularmente vulneráveis: regiões desérticas, polares ou de montanha, litorâneas, florestas tropicais ou zonas úmidas, que sejam idôneos para a criação de parques ou reservas protegidas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO, 1999).

Não há possibilidade de estruturar e trabalhar o desenvolvimento pleno do turismo sem diretrizes técnicas e fiscalização do exercício profissional. A importância do desenvolvimento técnico e científico para a produção e a propagação do conhecimento do turismo para o aprimoramento geral das sociedades a ele submetido se ligam à prioridade da contratação de mão-de-obra local, ingressando as populações e as comunidades locais às atividades turísticas.

Há destaque no código, no Artigo 9, parágrafo 3, o principal motivo para a regulamentação do turismólogo no Brasil, anulando por completo a razão dos vetos apresentados na Lei 12.591/2012, ao expor que

sempre que demonstre possuir as disposições e qualificações necessárias, será reconhecido a toda pessoa física e jurídica o direito a exercer uma atividade profissional no âmbito do turismo, em acordo com a legislação nacional vigente. Será reconhecido aos empresários e investidores, especialmente das pequenas e médias empresas, o livre acesso ao setor turístico com o mínimo de restrições legais e administrativas (CÓDIGO MUNDIAL DE ÉTICA PARA O TURISMO, 1999).

O Código Mundial de Ética para o Turismo apresenta o turismo como fator de aproveitamento e enriquecimento do patrimônio cultural da humanidade, um princípio fundamental para os povos que não têm eficácia sem a aplicação de conhecimentos específicos, ressaltando a importância da atuação do turismólogo ao setor.

As políticas e atividades turísticas serão desenvolvidas respeitando o patrimônio artístico, arqueológico e cultural, que devem ser preservados e transmitidos às gerações futuras. Uma atenção especial deve ser concedida à preservação e à restauração dos monumentos, santuários e museus, bem como de locais históricos e arqueológicos, que devem estar abertos à frequência turística. Deve ser encorajado o acesso do público aos bens e monumentos culturais privados,

resguardando-se os direitos de seus proprietários, bem como aos templos religiosos, sem prejudicar as necessidades de culto (BADARÓ, 2005, p. 139).

A regulamentação da profissão e do exercício profissional é o mínimo para restringir legalmente e administrativamente atividades que causarão danos e prejuízos à sociedade. A Lei 12.591/2012 deveria ter seguido as diretrizes legislativas internacionais para a criação e implantação da legislação regulamentadora do turismólogo, principalmente pela participação brasileira na Organização Mundial do Turismo. O Brasil é um país inserido na sociedade internacional, com relevante participação, porém detém uma visão arcaica de desenvolvimento sustentado num discurso de país periférico.

### ***5 Pontos chave para a Regulamentação Legislativa do Turismólogo***

O turismo é um setor totalmente incluso nas diretrizes sustentáveis e serve de apoio para o crescimento econômico, para o desenvolvimento social e, também, para a proteção ao patrimônio histórico, cultural e ambiental, sendo válido ressaltar que o âmbito de atuação é internacional. A Organização das Nações Unidas tem o turismo como uma ferramenta essencial para a manutenção da ordem e do progresso em seus estados membros, apresentando como ramificação a Organização Mundial do Turismo, com vistas a garantir e efetivar seu posicionamento e suas ações dentro do setor.

O Brasil é membro efetivo da Organização Mundial do Turismo e tem a possibilidade de se tornar um Estado estratégico pelo seu potencial de expansão relacionado ao setor. O fortalecimento que o turismo tem gerado à economia nacional é relevante dentro do setor terciário, expressando potencialidades na seara do sistema internacional. Salientando que o Brasil é um país de extensão continental, desenvolver novos setores econômicos e novos nichos de mercado é de suma importância, pois cria espaços para a melhoria contínua da qualidade de vida da população e para o planejamento de técnicas utilizadoras de diretrizes sustentáveis para a manutenção ambiental do planeta.

Regulamentar a profissão e o exercício profissional do turismólogo em uma nova estrutura legislativa é garantir que os danos e prejuízos causados pela não profissionalização nesse curto prazo deixe de se estender ao médio e longo prazo. A regulamentação é necessária para garantir a aplicabilidade do direito internacional inerente ao setor e acompanhar o alargamento do direito do turismo já registrado na Europa, garantindo a aplicação dos princípios do código ético mundial para o turismo, previsto em seu artigo 10.

### ***6 Conclusão***

A Lei nº 12.591 de 18 de janeiro de 2012 é falha por criar a profissão de turismólogo e deixar de regulamentar o exercício profissional e de instituir o conselho responsável pelo setor e seus profissionais. Os vetos apresentados são de cunho político e não expressam o verdadeiro teor de inconstitucionalidade apresentado em suas razões. O artigo mencionado em parte deixa de ter validade para consolidar o

argumento e se põe a favor da regulamentação do exercício profissional. A opinião parlamentar de que o exercício profissional do turismólogo não causará dano ou prejuízo à sociedade é incongruente com o desenvolvimento sustentável do setor, pois não é contrário ao entendimento do direito do turismo europeu, das diretrizes da Organização Mundial do Turismo e do Código Mundial de Ética para o Turismo, indo na contramão do exposto pela Organização das Nações Unidas.

A incongruência dos vetos distorce até mesmo o exposto no Plano Nacional do Turismo 2013-2016, nas ações previstas no item 6.3, que visa fomentar, regular e qualificar os serviços turísticos. O ilustre Dr. Sérgio Massaru Takoi (*apud* MARTINEZ *et al.*, 2014) informa que “cabe ao Ministério do Turismo estabelecer a Política Nacional de Turismo, planejar, fomentar, regulamentar, coordenar e fiscalizar a atividade turística, bem como promover e divulgar institucionalmente o turismo em âmbito nacional e internacional”.

Para consolidar a regulamentação legislativa dos profissionais de turismo, é necessário verificar a criação de uma nova lei, contendo, primeiramente, o acréscimo da categoria profissional de Turismólogo no Grupo da Confederação Nacional das Profissões Liberais, constante no Quadro de Atividades e Profissões, em anexo com a Consolidação das Leis do Trabalho. É importante estabelecer nesse contexto a inclusão dos direitos e prerrogativas dos diplomados em curso superior, com a revalidação dos diplomas no Ministério da Educação para profissionais que tiverem completado seus cursos superiores no exterior. Não há como criar a legislação sem acrescentar os profissionais não diplomados ou diplomados em cursos diversos do Turismo que atuem a mais de cinco anos em atividades relacionadas ao campo profissional do Turismólogo.

O aproveitamento do artigo 2º da Lei 12.591/2012 é imprescindível, pois é regulamentador das atividades do Turismólogo. Dar cunho privativo ao profissional mencionado é essencial, pois garante a eficiência legislativa e regulamenta o exercício da profissão. Tanto o bacharel quanto o tecnólogo devem entrar nesse contexto do exercício privativo da profissão. A inclusão dessas prerrogativas não pode prejudicar quem já ocupa cargos relacionados, esses devem usufruir de todos os direitos e das prerrogativas inerentes à nova letra legislativa, garantindo a constitucionalidade do novo procedimento normativo.

É importante garantir a apresentação do diploma em turismo para o cuidado e o exercício de cargos técnicos inerentes à profissão, sejam eles públicos ou privados. Essa apresentação do diploma não deve dispensar o profissional na submissão de concurso, quando houver a exigência do mesmo para ocupar o cargo.

Um ponto imprescindível, que se fez ausente na vigência da Lei 12.591/2012, é a criação do conselho federal e dos conselhos regionais para estabelecer as diretrizes profissionais. A ABBTUR – Associação Brasileira dos Turismólogos e Profissionais de Turismo – há 38 anos, atua de forma direta nos direitos dos profissionais de turismo, a instituição tem que ser considerada para se transformar em autarquia atribuída de personalidade jurídica de direito público, com emancipação técnica, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho. Tanto o conselho federal quanto os regionais devem apresentar sede fixa, conteúdos de finalidade e outros detalhes importantes, a fim de garantir os direitos e deveres inerentes a elas. A gestão da

autarquia deve ser disposta também no planejamento da legislação que regulamente a profissão e o exercício profissional do Turismólogo, garantindo a aplicabilidade e eficácia legislativa. A criação da autarquia veda o exercício da profissão caso os profissionais não estejam devidamente registrados, o que garante o desenvolvimento sustentável do setor previsto nos estatutos da Organização Mundial do Turismo e no Código Mundial de Ética para o Turismo. É importante que todos os profissionais e entidades dotadas de direito que explorem de forma técnica o setor devem ser registrados no conselho profissional obrigatoriamente, estabelecendo um caráter de atuação nacional a todos os cadastrados.

A legislação em análise vigente terá aproveitamento dos dois artigos que não sofreram vetos, o que descreve as atividades do turismólogo e o que dá a vigência da lei. É necessário criar novo procedimento legislativo para regulamentar a profissão e o exercício profissional do turismólogo no Brasil, garantindo a implantação e o desenvolvimento sadio e sustentável do turismo no país, dentro dos parâmetros traçados pela Organização das Nações Unidas.

O Brasil precisa tratar o turismo de forma séria e responsável e observar que o seu pleno estabelecimento trará benefícios e contingenciará possíveis riscos intrínsecos ao setor. Não há premissas para a gestão pública nacional continuar negando os danos e prejuízos sociais, ambientais e econômicos gerados ao setor pela não regulamentação legislativa profissional. O país encontra-se equipado com infraestrutura básica para atender às necessidades do turismo devido aos dois megaeventos internacionais que ocorreram nesta segunda década do século XXI em seu território. Agora é hora de aprimorar os serviços e difundir o Brasil como o território do turismo, resgatando o prestígio internacional, incluindo o brasileiro no mercado de trabalho, movimentando a economia e protegendo todo o patrimônio cultural, histórico e ambiental do país. O turismo brasileiro precisa entrar de vez nas perspectivas do século XXI, regulamentando legislativamente o profissional sedento por um ambiente propício à ordem e ao progresso.

### *Referências*

BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda. *Direito do Turismo: História e Legislação no Brasil e no Exterior*. 2. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2005. 342 p.

BRAGA, Gustavo Henrique. *Turismo movimenta R\$ 492 bilhões no Brasil: Estudo do Conselho Mundial de Viagens e Turismo (WTTC) considera contribuição direta e indireta do s. 2015*. Ministério do Turismo. Disponível em: <<http://www.turismo.gov.br/ultimas-noticias/957-turismo-movimenta-r-492-bilhoes-no-brasil.html>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. Dilma Rousseff. Subchefia de Assuntos Jurídicos. *MENSAGEM Nº 10, DE 18 DE JANEIRO DE 2012*. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-010.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL. Ministério do Turismo. Ministério do Turismo. *Dados e Fatos: Estudos, pesquisas e dados sobre o setor de turismo*. 2016. Disponível em: <<http://www.dadosefatos.turismo.gov.br/dadosefatos/home.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Secretaria Executiva. Ministério do Turismo (Org.). *Anuário Estatístico Turismo*. 2015. Disponível em: <<http://www.dadosefatos.turismo.gov.br/dadosefatos/anuario>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Vinicius Lages. Ministério do Turismo (Org.). *Diretrizes Nacionais para Qualificação em Turismo*. Brasília: Ministério do Turismo, 2015. 40 p. Disponível em: <[http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/noticias/todas\\_noticias/Noticias\\_do\\_wnload/mtur\\_book\\_](http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/noticias/todas_noticias/Noticias_do_wnload/mtur_book_)>. Acesso em: 31 maio 2016.

ESPANHA. Unewto. Onu (Org.). *Sustainable Development of Tourism*. 2005. Disponível em: <<http://sdt.unwto.org/content/about-us-5>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

EURYCO, Antônio. *NO BRASIL, TURISMO VALE R\$ 492 BI, 9,6% DO PIB*. 2015. Disponível em: <<http://www.travel3.com.br/noticia.php?quanto-o-turismo-movimentano-brasil---4794>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

FERRAZ, Joandre. *Turismólogo - Reconhecimento da Profissão e Disciplina do Exercício: Lei nº 12.591, de 18/01/2012. Vetos e Breves Considerações*. 2012. Disponível em: <<http://www.joandreferraz.com.br/publicacoes/artigos/>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

LOHMANN, Guilherme; PANOSSO NETTO, Alexandre. *Teoria do Turismo: Conceitos, Modelos e Sistemas*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2012. 492 p.

MARTINEZ, Regina Célia *et al.* *Direito e Turismo*. São Paulo: Saraiva, 2014. 387 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Idp - Instituto Brasiliense de Direito Público | Saraiva, 2016. 1504 p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO. Organização das Nações Unidas (Org.). *Código de Ética Mundial para o Turismo*. 1999. Disponível em: <<http://www.turismo.gov.br/publicacoes/item/651-código-de-ética-mundial-para-o-turismo.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

PADILLA, Oscar de La Torre. *El Turismo: Fenómeno social*. 8. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1994. 136 p.

# A pejotização como fraude ao contrato de emprego

*“Pejotização” as a fraud to employment contract*

**Isabella Luiza De Oliveira**

Acadêmica do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: [isabella\\_luiza@ymail.com](mailto:isabella_luiza@ymail.com)

**Resumo:** O presente estudo tem por objeto o Direito do Trabalho e visa elucidar se a “Pejotização”, mutação da típica relação de emprego, consiste ou não em uma fraude trabalhista. Para tanto, além de uma análise acerca do surgimento do Direito do Trabalho e dos princípios específicos desse ramo do Direito, faz-se necessário discutir cada requisito do contrato de trabalho. Ante a inexistência de previsão legislativa, cabe um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto a fim de construir seu conceito e de definir seus limites, estabelecendo posicionamento sobre sua licitude.

**Palavras-chave:** Contrato de Trabalho. Flexibilização. Pejotização. Fraude trabalhista.

**Abstract:** The purpose of this study is the Labor Law and aims at elucidating whether “Pejotização”, a typical mutation in employment relationship in Brazil, is or is not a labor fraud. Therefore, in addition to an analysis of the emergence of labor law and the specific principles of this branch of law, it is necessary to discuss each requirement of the labor contract. Given the lack of legislative forecast, it is up to a doctrinal and jurisprudential study on the subject in order to build its concept and define its limits, establishing a position on its lawfulness.

**Keywords:** Labor agreement. Flexibilization. “Pejotização”. Labor Fraud.

## 1 Introdução

Esta pesquisa tem como objeto o Direito do Trabalho e visa investigar se a forma de flexibilização conhecida como Pejotização constitui uma fraude ao contrato de emprego. Pela evolução do Direito do Trabalho, constata-se tratar de ramo que regula as relações de trabalho em todas suas periculosidades e que tem natureza fundamentalmente protetiva dos trabalhadores.

Antes de adentrar na legislação pertinente, é imperioso o estudo dos princípios gerais e específicos que circundam o tema. Posteriormente, em uma análise da Legislação Trabalhista contida na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – é mister o estudo dos requisitos do contrato de emprego – onerosidade, pessoalidade, subordinação e não eventualidade.

Tratando-se de um novo fenômeno, impõe-se, também, a análise de sua origem e, nesse sentido, tem-se como ponto de partida a Globalização, que na seara trabalhista exige da sociedade a busca da flexibilização dos contratos de trabalho, podendo ser expressa pela Terceirização e pela Pejotização.

Por fim, cabe o exame dos posicionamentos jurisprudenciais sobre o assunto, vez que não existem previsões legislativas. Tal estudo trará um indicativo de como a

matéria eventualmente poderá ser positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Para enfrentar o tema proposto, optou-se pela pesquisa teórica como forma principal de abordagem, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, já que a definição dos contornos da Pejotização se dará com a análise da doutrina, dos artigos científicos e das demais fontes pertinentes.

## 2 Contextualização do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho, nos moldes atuais, é produto de uma série de lutas e reivindicações sociais travadas ao longo da história e encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro tanto no texto constitucional, quanto na legislação ordinária.

### O Direito do Trabalho

é o conjunto de princípios e regras que regulam a prestação do trabalho subordinado, e excepcionalmente do trabalho autônomo, no âmbito das relações laborais individuais ou coletivas, bem como as consequências jurídicas delas emergentes (MARTINEZ, 2015, p. 67).

A proteção das relações trabalhista se justifica pela importância que o trabalho tem para a sociedade.

Assim, para se compreender a vertente protetiva do Direito do Trabalho, é necessário o estudo, ainda que superficial, da sua evolução histórica.

Segundo Leite (2016), a primeira fase do Direito do Trabalho, a pré-histórica, foi marcada por três períodos claramente distintos: a) escravidão – vinculação do homem ao homem; b) servidão – vinculação do homem à terra; e c) corporação – vinculação do homem à profissão. Nesse período, como as relações trabalhistas eram precárias, não existia um Direito do Trabalho propriamente dito. Logo após o corporativismo, surgiu a *locatio operarum*, modalidade de contrato considerada por muitos a base da relação moderna de emprego.

Posteriormente, na fase histórica, ganham destaque três fatores de ordem política, econômica e social: a Revolução Francesa (transformação do Estado Liberal em Estado Social), a Revolução Industrial (surgimento das primeiras fábricas) e as reivindicações dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, respectivamente. Nesse diapasão,

a revolução industrial determinou profundas mudanças nas condições de trabalho. A utilização de máquinas que faziam, como o tear, o serviço de vários trabalhadores causou o desemprego em massa. O aumento da oferta de mão-de-obra, diante da pequena procura por trabalhadores, acarretou o aviltamento dos salários. O grande lucro propiciado pelas máquinas trouxe como consequência a concentração de riquezas nas mãos de poucos empresários e o empobrecimento generalizado da população. (GIGLIO; CORRÊA, 2007, p. 1)

Como a condição de trabalho era cada vez mais precária, os conflitos começaram a eclodir e o Estado teve que intervir nas relações trabalhistas a fim de

conferir proteção à parte hipossuficiente. As lutas sociais travadas na Revolução Industrial foram o germen do Direito do Trabalho e o caráter protetivo da matéria que surgiu nesse momento perdura até nos dias atuais.

Nesse sentido, as duas primeiras Constituições a preverem institutos do Direito do Trabalho foram a Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919. A primeira inovou ao elevar os direitos trabalhistas ao patamar de normas constitucionais, ao passo que a segunda designou como responsabilidade do Estado a proteção do trabalhador.

Ainda em 1919, foi assinado o Tratado de Versalhes que, entre outras medidas, concebeu a criação da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil faz parte desde sua criação, que tem como objetivo regular normas universais de proteção ao trabalho humano.

Por fim, merece destaque também a *Carta Del Lavoro* produzida em 1927 na Itália, que tinha bases notadamente corporativistas, influenciando diversos países, entre eles o Brasil, principalmente no tocante ao Direito Coletivo ou Sindicalismo.

Nacionalmente, Leite (2016) divide a história do Direito do Trabalho em três momentos distintos: (i) do descobrimento do país à abolição da escravatura; (ii) da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; (iii) da Revolução de trinta aos dias atuais.

Em uma análise do plano Constitucional interno, as duas primeiras Constituições, a de 1824 e a de 1891, não traziam previsões sobre o direito do trabalho, limitando-se a dizer que nenhum trabalho poderia ser proibido (Constituição de 1824 – art. 179, § 24 e Constituição de 1891 – art. 72, § 24).

A promulgação do Código Civil em 1916 significou um grande avanço no universo das Relações Trabalhistas ao disciplinar a locação de serviços e a empreitada nos seus artigos 1.216 a 1.247.

O início da Era Vargas, em 1930, trouxe evolução na regulamentação da matéria com a instituição do Ministério do Trabalho.

A Constituição de 1934 foi o marco inicial do Direito do Trabalho Brasileiro, trazendo como inovações a previsão do salário mínimo para todos os trabalhadores; a fixação da jornada de trabalho em 8h; a garantia de férias anuais e o descanso semanal remunerado; e a criação da Justiça do Trabalho que, inicialmente, não integrava o Poder Judiciário.

Com a instalação do chamado regime do Estado Novo, a Constituição de 1937 outorgada por Getúlio Vargas não trouxe nenhum avanço na disciplina, mas manteve as garantias já consagradas.

Nesse momento, pressionado pelas lutas sociais que começavam a eclodir, com o intuito de homogeneizar a matéria, em 1943, Vargas edita a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, que consiste na consolidação de leis esparsas, promulgadas com o intuito de preencher lacunas em determinados setores produtivos. Até hoje em vigor, é na CLT que se encontra disciplinado tanto o direito material quanto o direito processual do trabalho.

Em 1946, com o fim da Era Vargas, ocorre a publicação de uma nova Constituição, que determinou a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, previsão já constante na CLT (artigos 867 e 868).

O Golpe dos Militares de 1964, com a conseqüente instituição da Ditadura Militar, teve grande impacto em todos os ramos do direito e assim não poderia ter sido diferente com o Direito do Trabalho.

Assim, na Constituição de 1967 promulgada pelos militares, em que pese os direitos trabalhistas terem sido mantidos, o caráter autoritário do regime inibia o desenvolvimento das proteções trabalhistas.

Com o fim da ditadura militar e a abertura para a redemocratização do país, promulgou-se a Constituição de 1988, ainda vigente no país. Marcada pelo seu forte caráter republicano, ela representa a vitória de muitas lutas, sendo rotulada como “Constituição Cidadã”. Notadamente, o legislador constituinte buscou positivar o maior número de direitos e garantias aos cidadãos, nas esferas individual, coletiva, social e política.

A Carta Magna reservou um título exclusivo para tratar dos Direitos Sociais, disciplinando nos seus artigos 6º ao 11 os direitos fundamentais. Passaram a ser direitos dos trabalhadores, entre outros: o salário mínimo nacional, garantida sua irredutibilidade; o 13º salário; a fixação de jornada de trabalho de no máximo 44h semanais e 8h diárias e de 6h nos turnos ininterruptos de revezamentos; a licença gestante remunerada de 120 dias.

O novo diploma também vedou a intervenção do Estado dentro dos Sindicatos, bem como buscou garantir a igualdade de direitos entre trabalhadores rurais e urbanos. A partir desse momento, os direitos sociais ganharam outra dimensão, sendo vistos sob outra perspectiva. A preocupação crescente em atendê-los, aliada à busca constante de mecanismos capazes de implementá-los, proporcionou um enriquecimento das relações trabalhistas.

Ressalte-se que o cumprimento das normas trabalhistas traz benefícios a ambas as partes, proporcionando uma relação equilibrada, garantindo aos envolvidos direitos e deveres que, quando cumpridos, constituem-se fatores de paz social.

### ***3 Principiologia do Direito do Trabalho***

Existem no ordenamento jurídico duas espécies de normas: normas regras e normas princípios. Essa dicotomia é de extrema importância visto que uma completa a outra, constituindo-se as decisões judiciais pela aplicação dos princípios quando da interpretação das normas.

As regras compõem o conjunto de premissas positivadas na lei e compreendem toda autorização ou vedação que a lei impõe, e está representada pela máxima que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei (art. 5º, II, CF).

De outro norte, os princípios são vetores axiológicos das normas. Apesar de muitos já estarem positivados, os princípios são utilizados pela jurisprudência para solucionar pontos controvertidos ou preencher lacunas na Lei.

Sobre a importância dos princípios, há que se destacar que

o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é

ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições. (MIRANDA, 1990 *apud* LEITE, 2016, p. 72-73).

É por isso que não se pode falar em Direito sem falar dos seus princípios norteadores, tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais. Dessa forma, concebe-se que os princípios constitucionais são tidos como gerais, pois estão acima de qualquer matéria e se aplicam a todo o Direito; da mesma forma, os princípios infraconstitucionais são específicos, pois estão positivados na legislação pertinente a cada disciplina.

No plano constitucional, merece destaque o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB/88), que constitui a maior garantia existente no ordenamento e, em síntese, traduz a ideia de que em todos os segmentos da sociedade deverá ser protegida a pessoa humana em sua essência, sendo, por isso, a base de qualquer estudo jurídico.

É relevante para o Direito do Trabalho, pois antes de trabalhador, tem-se que o sujeito é uma pessoa humana, cuja dignidade deve ser protegida também nas relações de trabalho. Isso implica na vedação de trabalhos escravos e degradantes, bem como na garantia de direitos mínimos aos trabalhadores.

Sobre o assunto, é válido ressaltar que

sob o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais. (DELGADO, 2006 *apud* LEITE, 2016, p. 77).

É por essa razão que é imputado ao empregador o dever de garantir aos seus empregados condição digna dentro do ambiente de trabalho.

De outro norte, o Direito do Trabalho também apresenta princípios específicos, entre os quais serão destacados: Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, da Imperatividade das Normas Trabalhistas e da Primazia pela Realidade.

Também conhecido como Princípio da Irrenunciabilidade, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas é direcionada especificamente ao empregado. Por ele, não é permitido ao trabalhador renunciar a certos direitos básicos.

Encontra respaldo legal no art. 9º da CLT e na Súmula 272 do TST. Tem-se que “esta atuação legal impede que o vulnerável, sob a miragem do Ihe seria supostamente vantajoso, disponha de direitos mínimos que à custa de muitas lutas históricas Ihe

foram assegurados nos termos da lei” (MARTINEZ, 2015, p. 114).

Lado outro, por princípio da imperatividade das normas trabalhistas ou das garantias mínimas ao trabalhador, entende-se como a faculdade que as partes têm, no momento de celebração do contrato, de estipularem condições de trabalho que melhor lhes aprouverem, contando que não contrariem os dispositivos imperativos da lei. Tais disposições possuem validade porque o contrato é lei entre as partes e deve ser respeitado.

Por fim, o princípio da primazia da realidade, que também é extraído do art. 9º da CLT, prevê que a situação fática da relação de emprego prevalecerá sobre as disposições contratuais. Nesse sentido,

o significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidade ou aparências. Isso significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle. (RODRIGUEZ, 2000, *apud* PEREIRA, 2013, p. 95-96).

Dessa forma, ainda que a execução da atividade se dê de forma distinta da previsão contratual, será considerada válida, perante a Justiça do Trabalho, a realidade do contrato de trabalho. Entretanto, cabe ressaltar que esse princípio se aplica tanto ao empregado quanto ao empregador: serão consideradas as condições fáticas do contrato de emprego, independente de quem elas beneficiam.

Percebe-se que um princípio está concatenado ao outro e que todos convergem no sentido de que o contrato de trabalho deve ser protegido e deve ter artifícios que privilegiem a aplicação dos princípios de proteção integral ao trabalhador.

#### ***4 Requisitos do contrato de trabalho***

A doutrina faz a distinção entre contrato de trabalho e contrato de emprego. Enquanto o primeiro seria o gênero, o segundo seria espécie.

Assevera Martinez (2015) que o trabalho é gênero do qual decorrem tipicamente duas espécies: o trabalho autônomo e o trabalho subordinado. Enquanto o trabalho autônomo é aquele em que quem presta o serviço não está adstrito à coordenação do tomador de serviços, no trabalho subordinado, o prestador de serviços deve atender às especificidades determinadas pelo tomador de mão-de-obra. Nesse sentido, o contrato de emprego decorre do trabalho subordinado.

Há, ainda, autores que ditam ser a relação de trabalho o acordo por livre manifestação de vontade entre as partes, e a relação de emprego, o conjunto de obrigações e direitos que circundam tal acordo. Entretanto, não se pode olvidar que um guarda para com o outro certa dependência: não se pode falar em relação de emprego sem relação de trabalho. Igualmente não se pode falar em relação, seja de emprego ou de trabalho, sem se lembrar de que se trata de uma interação entre dois seres humanos.

Por isso, predomina o entendimento de que o contrato de emprego possui natureza jurídica contratual. Tanto o é que, para a sua caracterização, é necessário o

preenchimento dos mesmos requisitos para a validade do negócio jurídico, previstos no art. 104 do Código Civil, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Além dos requisitos gerais, preleciona o art. 3º da CLT que é empregado a pessoa física que presta serviços de maneira eventual, sob a dependência do empregador e recebendo salário deste. A doutrina os resume em quatro elementos: onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e subordinação, que devem, necessariamente, coexistir.

#### 4.1 Onerosidade

A Onerosidade diz respeito à necessidade de existir uma contraprestação ao trabalho. Vale ressaltar que

o empregado aceita trabalhar em favor de outrem, na medida em que é compensado com um salário. Ele não se descaracteriza se a obrigação de dar (pagar salário) assumida pelo empregador em relação a determinados empregados verificar-se por meio de fornecimento *in natura*, como alimentação ao rurícola, de cachê ao artista ou, no tocante ao atleta, por exemplo, a título de luvas ou bichos, pois estas são formas especiais de retribuição dos empregados sujeitos de uma relação especial de trabalho. (BARROS, 2016, p. 159).

O requisito se justifica pelo fato de que o trabalho é fonte de subsistência do indivíduo e de sua família. Lado outro, as atividades exercidas a título gratuito, como estágios e serviços voluntários, servem para atender diferentes perspectivas humanas, não se submetendo às disposições constantes da CLT.

Ressalte-se que a remuneração pode ser constituída tanto pelo pagamento em espécie (mensal, semanal ou diário) quanto pelo pagamento *in natura*, quando parte do salário é paga por meio de insumos.

Há, inclusive, disposições constitucionais a respeito do salário. Dispõe a CRFB/88, em seu art. 7º, inciso IV que é garantido a todos os trabalhadores o salário mínimo, unificado nacionalmente, capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, como moradia, educação, saúde, entre outros, sendo defesa sua vinculação para qualquer fim.

Martinez (2015) lembra que a hipótese do salário não ser pago não descaracteriza automaticamente a relação de emprego, pois há situações fáticas em que o empregador apenas incorre em mora salarial, devendo-se analisar o caso antes de se concluir pela descaracterização do vínculo trabalhista.

#### 4.2 Não Eventualidade

A Não Eventualidade, ou a Ineventualidade, traz o sentido de que, para a relação ser considerada empregatícia, o trabalho não pode ser prestado de maneira eventual, devendo haver continuidade no tempo e no espaço. Nessa perspectiva,

constata-se, pois, que a eventualidade baseia-se numa ideia de imprevisibilidade de repetição. Assim, se alguém contrata um lavador de carros quando estaciona nas proximidades da praia e, depois de completado o serviço, não há qualquer previsão acerca de sua repetição, pode-se dizer que esse trabalhador revelou-se como um eventual. (MARTINEZ, 2015, p. 157)

Nesse sentido, surgem muitas dúvidas do que seja a eventualidade numa relação de trabalho. A legislação é omissa e a definição ficou a cargo da doutrina.

Preleciona Leite (2016) que o critério de eventualidade é extraído de acordo com a tipificação do trabalho prestado pelo empregado e com a atividade econômica da empresa. Como se percebe, é tênue a linha divisória entre a eventualidade e a não eventualidade, dependendo da situação fática.

Entretanto, segundo aduz Nascimento (2012), a eventualidade pode estar presente tanto no trabalho subordinado quanto no trabalho autônomo, pois é perfeitamente cabível que um autônomo preste, habitualmente, trabalho a outrem.

#### 4.3 *Pessoalidade*

Por *pessoalidade*, entende-se “a prestação dos serviços pelo próprio trabalhador, sem que seja substituído constantemente por terceiros, aspecto este relevante ao empregador, que o contratou tendo em vista a sua pessoa” (GARCIA, 2014, p. 143).

Desse conceito, advêm dois requisitos: a *pessoalidade* do empregado e a necessidade deste ser pessoa física.

O caráter *intuitu personae* em relação ao trabalhador exige que o mesmo indivíduo se apresente sempre para cumprir sua função, não podendo se fazer substituir ao seu bel-prazer.

A substituição do empregado, quando ocorre, tem que partir de uma decisão do empregador, com base em um motivo relevante, como nos casos de férias e licenças autorizadas por Lei.

Isso porque, quando se celebra um contrato, o tomador certamente o faz em razão de alguma habilidade ou conhecimento específico de que aquela pessoa é detentora. Assim, a substituição indevida do obreiro pode acarretar prejuízos à empresa e sua possibilidade de ocorrência gera insegurança ao empregador.

Lado outro, o empregado deve ser, necessariamente, pessoa física tendo em vista que o ato de trabalhar pertence ao ser humano, não pode ser exercido por uma pessoa jurídica.

#### 4.4 *Subordinação*

Sobre aludido requisito, insta mencionar que

subordinar (sub + ordinar) significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito. A subordinação é, então, evidenciada na medida em que o tomador de serviços (e não o prestador, como acontece no trabalho autônomo) define o tempo e o modo de execução daquilo que

foi contrato. (MARTINEZ, 2015, p. 159).

Portanto, o último requisito caracterizador do contrato de trabalho dita que o empregado deve seguir as normas apresentadas pelo tomador de serviços no tocante à prestação de serviços.

É o empregado que ditará como deve ser executado o serviço, em quanto tempo, com quais ferramentas, entre outras diretrizes. Leite (2016) lembra que é errônea a interpretação de que o trabalhador é dependente do empregador, o correto seria entender que a atividade laboral do empregado se sujeita ao poder diretivo do empregador.

Nesse sentido, a subordinação, que é jurídica, não tem o alcance de submissão, por isso não são, em hipótese alguma, permitidas condições de trabalho que afrontem a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Posto isso, cabe mencionar a parassubordinação, forma de flexibilização do contrato de emprego oriunda do direito italiano, resultante do processo de modernização dos meios de produção.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado. (NASCIMENTO, 2012, p. 575).

A parassubordinação, normalmente, se aplica aos trabalhos intelectuais, em que o indivíduo guarda certa autonomia na prestação de seus serviços em razão da mão de obra empregada, mas o faz com a coordenação do contratante.

As três modalidades de trabalho (autônomo, subordinado e parassubordinado) estão juntas na redefinição do Direito do Trabalho, conduzindo o ramo para uma nova perspectiva.

O fenômeno em apreço, como se verá adiante, surgiu com a regulamentação previdenciária para a contratação de serviços intelectuais e guarda íntima relação com o fenômeno da parassubordinação.

### ***5 A precarização do contrato de trabalho***

O Direito do Trabalho foi construído com base na típica relação de emprego, subordinada e duradoura e “tem por escopo a instituição de um tratamento isonômico entre empregado e empregador, na medida em que estabelece uma superioridade jurídica àquele em face da sua manifesta inferioridade socioeconômica diante deste” (LEITE, 2016, p. 318).

Ocorre que o setor produtivo, tanto nacional quanto internacional, promove constantes modificações na demanda de mão de obra. Da elaboração das normas trabalhista até os dias atuais, as relações laborais se reinventaram e definiram novos contornos que a legislação não conseguiu acompanhar.

### 5.1 Globalização

A globalização é “um fenômeno econômico recente, reconhecido praticamente em todas as partes do mundo, decorrente de uma crise generalizada, que aponta no sentido da união de esforços para a supressão das deficiências locais” (LEITE, 2016, p. 309).

A ideia do mundo sem fronteiras foi facilmente propagada em todos os cantos do globo, pois superficialmente aspira uma noção de justiça e igualdade universal, conquistando a todos no primeiro contato. Entretanto, a ideologia mascarada se revela perversa e longe de almejar a paz mundial.

A globalização tende a padronizar o mundo, estabelecendo preceitos mínimos para estimular a concorrência, impondo a crescente busca de meios para aumentar os lucros a qualquer custo. E nesse diapasão, o mais perverso efeito dessa sociedade global é a diminuição da soberania dos Estados, visto que agora eles precisam se adequar ao padrão mundial estabelecido pelas grandes potências.

No tocante ao direito do trabalho, a globalização vem se mostrando muito mais negativa do que positiva.

Não há que negar que o principal efeito da globalização econômica, pelo menos no que diz respeito à ocorrência do fenômeno nos países periféricos ou semiperiféricos, repousa na especulação em torno da possibilidade de flexibilização *in pejus* dos direitos sociais, conquistados paulatinamente pelos trabalhadores ao longo dos últimos anos. (LEITE, 2016, p. 311).

A regra é o lucro e, nesse sentido, a globalização foi impondo à sociedade novas formas de se ver a relação trabalhista. Criaram-se os contratos a tempo parcial, temporários, de estágio, entre outros. A relação duradoura de trabalho regida por garantias sociais, até então vigente, foi gradualmente substituída por formas “precárias” de emprego.

### 5.2 Flexibilização

Na busca constante de expansão dos lucros, a manutenção das garantidas sociais foi negligenciada e muitos empregadores apostaram nas várias formas de flexibilização do contrato de emprego como o ponto de equilíbrio no mercado.

Por sua vez, a flexibilização é um “processo de quebra da rigidez das normas, tendo por objetivo, segundo seus defensores, conciliar a fonte autônoma com a fonte heterônoma do direito do trabalho, preservando, com isso, a saúde da empresa e a continuidade do emprego” (LEITE, 2016, p. 319).

Segundo Jean-Claude Javillier (JAVILLIER, 1988, *apud* LEITE, 2016), a flexibilização pode se dar em três perspectivas: (i) de proteção, quando as normas legais e a disposição contratual se complementam, a fim de oferecer a situação mais benéfica ao trabalhador; (ii) de adaptação, que consiste em uma estratégia, normalmente feita pelo sindicato, em que, visando a manutenção dos empregos,

renunciam, temporariamente, a certos direitos trabalhistas; e, por fim, (iii) de desregramento, em que, independente de negociação coletiva, se quebra a rigidez da legislação trabalhista, seja regulamentando ou desregulamentando um direito.

### 5.3 Terceirização

Recentemente, tem-se adotado uma prática que, excetuando-se o requisito da pessoalidade, se assemelha a um contrato de emprego: uma pessoa jurídica transfere para outra pessoa jurídica determinada atividade, por meio de um contrato de prestação de serviços. O que existe, nesse caso, é a denominada terceirização, em que a empresa A transfere uma atividade acessória para a empresa B, que tem como atividade-fim a atividade básica para qual foi contratada.

Advinda da última modalidade de Flexibilização, a de desregramento, alguns doutrinadores defendem que a Terceirização nasceu no mundo durante a Revolução Industrial. Entretanto, no Brasil, a prática surgiu por volta de 1950, introduzida pelas multinacionais, principalmente pela indústria automobilística (MARTINS, 2011, *apud* CASTRO, 2014).

O fato é que a terceirização surgiu como uma tentativa de flexibilizar o contrato de emprego, em um momento de reestruturação do Direito do Trabalho. Pode-se dizer que “por meio desse procedimento, a empresa transfere parte dos serviços, como setores ou seções, a outras empresas, suas parceiras, ou leva para suas dependências para, ali, prestarem certos serviços, trabalhadores vinculados a outras empresas” (CASTRO, 2014, p. 115).

Com o intuito de aumentar a competitividade econômica, a partir da redução de custos e da maximização de lucros, a empresa transfere para outra empresa serviços que seriam prestados pelos seus próprios funcionários.

Em função disso, a terceirização termina por apresentar contratações de trabalhadores com remuneração e condições de trabalho inferiores aos postos de trabalho anteriormente existentes e aos equivalentes não submetidos à subcontratação de mão de obra. A terceirização, enfim, diminui o espaço efetivo das relações de emprego na sociedade e nas relações econômicas, alargando as margens para a consolidação de relações de trabalho rarefeitas. (DELGADO, 2014, p. 22)

Tal prática carece de previsão normativa, e os tomadores de mão de obra se baseiam na Súmula 311, III, do Tribunal Superior do Trabalho editada em 31/05/2011, *in verbis*:

Súmula nº 331 do TST – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 [...] III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta [...].

Portanto, o processo de terceirização limita-se à atividade-meio da empresa, especialmente no tocante a serviços de vigilância, conservação e limpeza. Ocorre que ela é utilizada de maneira desenfreada e, na maior parte das vezes, excede o limite previsto pela Súmula do TST.

#### 5.4 Pejotização

A Terceirização ainda apresenta dois contrapontos. Primeiro, não se pode terceirizar a atividade-fim da empresa e segundo, a empresa tomadora de serviços fica subsidiariamente responsável pelos os créditos trabalhistas que eventualmente a empresa fornecedora não consiga suportar.

Por isso, antes mesmo da regulamentação da prática da terceirização, os empregadores desenvolveram outra perversa forma de flexibilização do contrato de emprego.

Pensando em eliminar os dois pesares supramencionado, surgiu o fenômeno apelidado pela doutrina e jurisprudência de “Pejotização”. Por se tratar de um fenômeno novo no mundo jurídico, ainda não há um conceito sólido e preciso, mas pode-se dizer que

trata-se de uma expressão comumente utilizada para fazer referência a dois sentidos diversos. No primeiro deles, pejotização significa a abertura de uma pessoa jurídica, por parte de um trabalhador, por intermédio da qual estará prestando um serviço na modalidade de contratação sem emprego. Este trabalhador será contratado por meio da PJ, portanto. Pejotização, neste caso, diz respeito a um fenômeno lícito visto nas relações de trabalho atuais. E, em uma segunda acepção, a palavra retrata o mau uso desta tendência, ao caracterizar a substituição precária da relação empregatícia por uma PJ. Nesse caso, o vocábulo é usado em alusão pejorativa e carrega, em si, a ideia de fraude à relação de emprego (SILVA, 2014, p. 239).

Em síntese, a prática consiste em um contrato de prestação de serviços entre duas Pessoas Jurídicas que camufla uma verdadeira relação empregatícia. Em outras palavras, existe a imposição aos trabalhadores da criação da personalidade jurídica como condição *sine qua non* para se obter a oportunidade de trabalho.

Desse modo, o tomador consegue mão de obra especializada, se abstendo de pagar todos os encargos trabalhistas, ao mesmo tempo em que deixa de assumir a responsabilidade, ainda que subsidiária, pelos trabalhadores, alcançando o ápice da ideologia da globalização: reduz ao mínimo o custo de produção e expande ao máximo os lucros, tornando-se uma empresa extremamente competitiva.

A abertura para esse fenômeno se deu com a publicação da Lei 11.196/2005, que possui natureza tributária, e em seu art. 129<sup>1</sup> determina que, para fins fiscais e

---

<sup>1</sup> Art. 129, Lei 11.196/2005: Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da

previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, aqui englobado os de natureza científica, artística e cultural, seja ela em caráter personalíssimo ou não, se subordina apenas à legislação aplicável às pessoas jurídicas.

Assim, os empregadores partiram de uma previsão do âmbito tributário, que regulava a prestação de serviços intelectuais, para montar um complexo sistema de fraude trabalhista.

A prática descrita pela legislação mencionada dita apenas que na hipótese de contratação de sociedade para prestação de serviços intelectuais (culturais, artísticas e científicas), independente de atribuição de cargo ou função específica pelo contratante aos sócios da empresa contratada, o recolhimento de tributos se dará na forma prevista para a pessoa jurídica.

A legislação não tratou de inovação na seara trabalhista, ela não foi autorizadora da prática fraudulenta. Não houve previsão de que se poderia substituir o trabalhador por uma pessoa jurídica. O problema ganhou dimensões estratosféricas, vez que em que pese a legislação se referir à atividade de natureza intelectual, a prática tem se mostrado rotineira em vários setores, como nas áreas hospitalares, de informática, de empresas de comunicação e, até mesmo, em grandes escritórios de advocacia.

Inicialmente, cabe ressaltar que nem todo contrato de prestação de serviços entre duas pessoas jurídicas é uma fraude trabalhista, podendo se tratar apenas de uma parceria. Afinal, muitos trabalhadores, em razão da atividade que exercem, acabam por constituir personalidade jurídica para ampliar sua prestação de serviço e para facilitar o recolhimento de impostos.

Seria o caso do técnico de informática, que monta uma empresa de manutenção de redes para prestar assistência em várias empresas. Ainda que ele tenha um contrato fixo com uma determinada empresa, de ir uma vez ao mês realizar manutenção em suas máquinas, por exemplo, não se configura a fraude trabalhista.

A Pejotização se dá quando existe um contrato de parceria entre duas pessoas jurídicas, mas a pessoa física que presta o serviço o faz de maneira pessoal, subordinada, onerosa e não eventual.

Fazendo uma ressalva, cabe aqui a análise especial de dois requisitos do contrato de trabalho. Decorrente do requisito da pessoalidade, para configurar a fraude, a pessoa do trabalhador deve se confundir com a identidade da pessoa jurídica: a pessoa física e a pessoa jurídica devem ser representadas pelo mesmo indivíduo. Se assim não for, no caso em que a empresa possui mais de um sócio ou mais de um funcionário, não se configura a Pejotização.

Por outro lado, é evidente que no contrato de parceria existe uma certa subordinação da empresa que presta o serviço para com a empresa que contrata o serviço. Entretanto, a subordinação que configura a fraude vai além dos acertos contratuais e chega ao ponto de o contratante determinar cada função que o contratado irá executar. Assim, o trabalhador não guarda nenhuma autonomia laboral, sujeitando

---

sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

seu trabalho às disposições do empregador.

Nesse diapasão, a Pejotização se dá quando o técnico em informática, constituindo empresa onde apenas ele labora, presta serviços todos os dias na mesma empresa, cumprindo horário e subordinando seu labor ao dirigente da empresa. No final do mês, em que pese ele ter trabalhado efetivamente como um funcionário, receberá como se empresa fosse.

A primeira vista, muitos trabalhadores aceitam a ideia porque aparentemente é vantajosa, afinal, não são recolhidas as contribuições sindicais, incide uma alíquota menor de imposto de renda, e ainda existe a possibilidade de sonegação de tributos, sendo que, no fim, acabará recebendo um valor líquido maior do que ganharia como funcionário.

Os problemas surgem quando o trabalhador começa a perceber as desvantagens. O contrato de prestação de serviços não tem a mesma proteção que o contrato de trabalho, tendo em vista que são regulados até por dispositivos diferentes. Enquanto o primeiro tem base no Código Civil, o segundo encontra respaldo na CLT.

Isso implica dizer que, no contrato de prestação de serviços, não existe previsão de pagamento de horas extras, 13º salário, descanso semanal remunerado, intervalo intrajornada e interjornada, férias e seu acréscimo de 1/3 constitucional, entre vários direitos e garantias dispensados aos trabalhadores.

Na relação da Pejotização, o indivíduo, por ser pessoa jurídica, perde toda a proteção que a lei confere aos trabalhadores na condição de empregado. Portanto, o que é colocado para uns como oportunidade, para outros, é uma verdadeira falta de opção quando se precisa do trabalho. O conflito surge quando o trabalhador precisa de um apoio que não tem, sendo o judiciário chamado a intervir em situações cotidianas não previstas em lei.

O que muitos olvidam é que o Direito do Trabalho, além de suas normas regras, é regido por diversas normas princípios que, muitas vezes, têm alcance maior que a lei.

Como bem mencionado, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas no caso concreto vai impor ao trabalhador que não cabe a ele decidir quais direitos ele quer ou não, assim, ele não pode abrir mão da sua proteção trabalhista por um suposto contrato mais vantajoso.

Por sua vez, o princípio da imperatividade da norma vai garantir às partes que estipulem condições mais favoráveis que a Lei, e não condições conflitantes com a Lei. Por isso que não há cabimento para um contrato que desrespeite as normas trabalhistas: eles não podem acordar diferente em uma situação em que a lei é imperativa ao determinar a forma.

E, por fim, aplicando o princípio da primazia da realidade, independente do nome dado à espécie de contrato, irá prevalecer a verdade: mesmo que o contrato se intitule prestação de serviço e seja formalizado sob suas diretrizes legais, se na prática existir um contrato de emprego, assim ele será considerado.

Portanto, após uma análise da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, percebe-se que as decisões vêm sendo no sentido de declarar nulo o contrato de prestação de serviços quando constatada a presença de todos os requisitos do contrato de emprego, reconhecendo-se a típica relação trabalhista com todos os seus consequentes reflexos.

Nesse sentido, dispõe o acórdão sobre o tema:

Diante, portanto, do contexto probatório, conclui-se que a contratação do reclamante, sob a roupagem de pessoa jurídica, constituída apenas com essa finalidade, sob as suas diretrizes, se realizou em fraude a legislação trabalhista, justificando a declaração de sua nulidade, nos termos do art. 9º da CLT, com o consequente reconhecimento do vínculo de emprego entre o autor e a reclamada, porque presentes os requisitos do art. 3º da CLT, como declarado na origem. (TRT – 3ª Região, 9ª Turma, proferido pelo Desembargador Relator Jessé Claudio Franco de Alencar, no processo 0001681-51.2014.5.03.0019, publicado em 24/08/2016)

Entendimento semelhante foi adotado no seguinte julgado:

EMENTA. FRAUDE NO PAGAMENTO DO SALÁRIO. PAGAMENTO ATRAVÉS DE PESSOA JURÍDICA. SALÁRIO EXTRAFOLHA. O fenômeno denominado “pejotização” é uma realidade atual. É certo que nem toda contratação através de pessoas jurídicas é fraudulenta. Por outro lado, inúmeros são os casos dessa forma de contratação visando apenas redução de custo e precarização dos direitos trabalhistas, o que não pode ser admitido. Constatado nos autos que o reclamante recebia parcela significativa do seu salário à margem da folha regular de pagamento, mediante pessoa jurídica por ele constituída por orientação da reclamada, as diferenças decorrentes da fraude são devidas. (TRT – 3ª Região, 9ª Turma, proferido pelo Desembargador Relator Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque, no processo 002371-67.2014.5.03.0185, publicado em 23/09/2015)

A matéria, apesar de recente, expandiu-se rapidamente e o Tribunal Superior do Trabalho já foi desafiado a se manifestar sobre a Pejotização. Consolidando o entendimento apresentado pelo TRT da 3ª Região, o TST admitiu ser a prática uma forma de precarização do contrato de trabalho, reconhecendo que, muitas vezes, o empregado é, na realidade, forçado a constituir a personalidade jurídica.

Descaracterizado o contrato de prestação de serviços, porque constatado o intuito de fraudar direitos previstos na legislação trabalhista por meio da constituição de pessoa jurídica, fenômeno conhecido como “pejotização”. Trata-se de conhecida modalidade de precarização das relações de trabalho por meio da qual o empregado é compelido ou mesmo estimulado a formar pessoa jurídica, não raras vezes mediante a constituição de sociedade com familiares, e presta os serviços contratados, mas com inteira dependência, inclusive econômica, e controle atribuído ao tomador. (Tribunal Superior do Trabalho, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio Mascarenhas Brandão - ARR: 16829006920095090652, Data de Julgamento: 17/08/2016, Data de Publicação: DEJT 26/08/2016)

Se o trabalhador presta o serviço de forma pessoal e não eventual, percebendo contraprestação e se subordinando ao tomador de serviços, ainda que as partes não se intitulem empregado e empregador, deverá o contrato de trabalho ser declarado válido.

De igual forma, quando não estão presentes os requisitos, a relação de emprego

deixará de ser reconhecida, sob pena de banalizar o instituto e as decisões do Judiciário, conforme entendimento do TST:

O Tribunal Regional, soberano na análise da matéria fática delineada nos autos, consignou que a autora, por meio de empresa constituída, firmou contrato de prestação de serviços com a empresa reclamada que perdurou por mais de 10 anos, por meio do qual passou a receber rendimentos consideravelmente superiores ao que percebia na condição de empregada. Registrou, ainda, que a atuava como verdadeira empresa, pois administrava clientes, empregados e contratos, assumiu os custos de sua prestação, questionando valores pagos pela reclamada. Concluiu pela ausência dos requisitos imprescindíveis para a caracterização do vínculo de emprego, nos termos do artigo 3º da CLT, especialmente a subordinação jurídica, porquanto comprovada a total liberdade para executar os serviços que lhe cabiam na administração de sua empresa. (Tribunal Superior do Trabalho, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio Mascarenhas Brandão, RR: 197002020095150093, Data de Julgamento: 14/10/2015, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015)

Pela análise dos julgados, pode-se constatar que os Tribunais vêm sendo coerentes quando da análise da matéria, impondo que, quando presentes todos os requisitos do contrato de emprego, a relação trabalhista merece ser reconhecida.

## **6 Conclusão**

Ao deparar com questões trabalhistas, para saber lidar com a hipossuficiência do trabalhador, é preciso entender que tudo que se tem hoje foi duramente conquistado, por isso foi relevante o estudo da evolução histórica do Direito do Trabalho. De igual importância, viu-se que, na omissão legislativa, os princípios norteadores da matéria apresentam ser a solução das controvérsias atuais.

Diante de todo o exposto, após o estudo minucioso dos requisitos do contrato de emprego e das decisões judiciais, constata-se que a prática constitui clara fraude trabalhista. Entretanto, infere-se dos julgados que é tênue a linha entre reconhecimento ou não da fraude, impondo-se uma análise pormenorizada no caso concreto. Afinal, nem todo contrato de prestação de serviços entre duas empresas é uma fraude.

O posicionamento dos Tribunais em reconhecer a prática como uma fraude trabalhista é coerente não só com a CLT, mas com todo o ordenamento jurídico, além de ser uma medida de proteção aos trabalhadores.

Percebe-se também que falta sensibilidade do Legislativo para reconhecer a necessidade de regulamentar a questão. Indubitavelmente, cada vez mais trabalhadores vão ser “arremessados” para o limbo da Pejotização, e a sua falta de regulamentação vai apenas acelerar esse processo.

Portanto, o que se espera é que o Legislativo, ao ser desafiado para regulamentar o instituto, adote postura condizente com todo o ordenamento jurídico e com as recentes decisões jurisprudenciais, afinal, garantir a proteção do trabalhador é a razão de ser do Direito do Trabalho e suas diretrizes.

## Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016. 904 p. Obra Atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. O novo capitalismo: influência na sociedade do trabalho atual. In: CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea 2014*. São Paulo: LTR, 2014. Cap. 6. p. 99-126. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/novo-capitalismo-influencia-na-569143974>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTR, 2014. p.168

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1422 p.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 640 p.

LEITE, Calos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 776 p.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 922 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho, Relações Individuais e Coletivas do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1505 p.

PEREIRA, Leone. *Pejotização: O Trabalhador como Pessoa Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 134 p.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leona da. A 'pejotização' como uma fraude à relação de emprego: uma análise do fenômeno. In: PALMISCIANO, Ana Luísa de Souza Correia de Melo *et al.* (Org.). *Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais trabalho, instituições e direitos 2014*. São Paulo: LTR, 2014. Cap. 18. p. 237-246. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/pejotizacao-uma-fraude-relacao-569174098>>. Acesso em: 21 abr. 2016.