

ISSN 1980 - 9662



ESTADO DA PARAÍBA  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

# Revista Jurídica do Ministério Público

R. Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, ano 6, n. 8, jan/dez. 2014

**REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

**BERTRAND DE ARAÚJO ASFORA**  
**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

**NELSON ANTÔNIO CAVALCANTE LEMOS**  
**1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

**JOSÉ RAIMUNDO DE LIMA**  
**2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

**ALCIDES ORLANDO DE MOURA JANSEN**  
**CORREGEDOR-GERAL**

**CARLOS ROMERO LAURIA PAULO NETO**  
**SECRETÁRIO-GERAL**

**JOSÉ RAIMUNDO LIMA**  
**DIRETOR DO CEAF**

**LÚCIO MENDES CAVALCANTE**  
**COORDENADOR DO CEAF**

**REVISÃO:**  
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

**CAPA:**  
RICARDO ARAÚJO

**FOTOS:**  
CÁCIO MURILO

**IMPRESSÃO:**  
CCS GRÁFICA E EDITORA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF  
Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro  
CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917  
E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br  
Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do  
Ministério Público do Estado da Paraíba  
A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.  
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público  
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João  
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 6, n.8. (jan./dez.2014).  
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.  
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

I. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado  
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos  
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)  
ISSN 1980-9662

**REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

**CONSELHO EDITORIAL**

**José Raimundo de Lima**  
PRESIDENTE

**Lúcio Mendes Cavalcante**  
SECRETÁRIO

**Doriel Veloso Gouveia**  
PROCURADOR DE JUSTIÇA

**Marilene de Lima Campos de Carvalho**  
PROCURADORA DE JUSTIÇA

**Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega**  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

**Flávio Wanderley de Nóbrega C. de Vasconcelos**  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

**Maria Áurea Baroni Cecato**  
PROFESSORA

**Rômulo Rhemo Palitot Braga**  
PROFESSOR

**Josinaldo José Fernandes Malaquias**  
PROFESSOR

## **APOIO EDITORIAL**

**Nigéria Pereira da Silva Gomes**  
OFICIAL DE PROMOTORIA - NORMALIZAÇÃO

**Geraldo Alves Flôr**  
DIAGRAMADOR - DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

**Silvana Cantalice Ramos**  
ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

**Irenylza Carla Alves de Almeida**  
TÉCNICO DE PROMOTORIA

**Lúcia de Fátima Lucena da Costa**  
TÉCNICO DE PROMOTORIA

**Maria Cristina Furtado de Almeida**  
OFICIAL DE PROMOTORIA

**Roberta Pereira Cabral**  
OFICIAL DE PROMOTORIA

**Telma Brasil Lombardi**  
ADMINISTRADORA

**Maria de Fátima Melo Bahia de Almeida**  
ASSISTENTE SOCIAL

## **APOIO**

**APMP** - Associação Paraibana do Ministério Público  
**Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega**  
PRESIDENTE

**FESMIP** - Fundação Escola Superior do Ministério Público  
**Flávio Wanderley da Nóbrega C. de Vasconcelos**  
DIRETOR-GERAL

## **COLÉGIO DE PROCURADORES**

Bertrand de Araújo Asfora - Presidente  
José Marcos Navarro Serrano  
Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo  
Janete Maria Ismael da Costa Macedo  
Lúcia de Fátima Maia de Farias  
Alcides Orlando de Moura Jansen  
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena  
Doriel Veloso Gouveia  
José Raimundo de Lima  
Paulo Barbosa de Almeida  
Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos  
Marcus Vilar Souto Maior  
José Roseno Neto  
Francisco Sagres Macedo Vieira  
Nelson Antônio Cavalcante Lemos  
Marilene de Lima Campos de Carvalho  
Jacilene Nicolau Faustino Gomes  
Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes  
Valberto Cosme de Lira  
Luciano de Almeida Maracajá

## **CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Bertrand de Araújo Asfora  
Presidente

Alcides Orlando Moura Jansen  
Corregedor-Geral

José Marcos Navarro Serrano  
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena  
Jacilene Nicolau Faustino  
Nelson Antônio Cavalcanti Lemos  
Marilene de Lima Campos de Carvalho



## **MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **PROCURADORES DE JUSTIÇA**

---

José Marcos Navarro Serrano, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macêdo, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Paulo Barbosa de Almeida, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Valberto Cosme de Lira, Luciano de Almeida Maracajá.

### **PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA**

---

Manoel Henrique Serejo Silva, Newton Carneiro Vilhena, Joaci Juvino da Costa Silva, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulámpio Duarte, Herbert Douglas Targino, Sônia Maria de Paula Maia, Afra Jerônimo Leite Barbosa de Almeida, Francisco Antônio de Sarmento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Valdete Costa Silva Figueiredo, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nico-medes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do

Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Valério Costa Bronzeado, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz William Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Moraes Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Ricardo José de Medeiros e Silva, Jovana Maria Silva Tabosa, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana Amorim de Lacerda, Artemise Leal Silva, Herbert Vitório Serafin, Rhomeika Maria de França Porto, Ana Guarabira de Lima Cabral.

## **PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA**

---

Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Aldenor de Medeiros Batista, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Alessandro de Lacerda Siqueira, Márcia Betânia Casado e Silva Vieira, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Adriana de França Campos, Adriana Amorim de Lacerda, Sandra Regina Paulo Neto de Melo, Ana Caroline Almeida Moreira, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Marcus Antonius da Silva Leite, Raniere da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno Alustau, Gardênia Cirne de

Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmi-  
to, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Rodrigo Silva  
Pires de Sá, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino  
Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandre-  
mary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael  
Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine  
Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite de Amorim, Luciara Lima  
Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos,  
Claúdia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da  
Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo  
Cunha Lima de Oliveira, Claúdia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas,  
João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo,  
Fábia Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina  
Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo  
de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Leonardo Fer-  
nandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves Mouzalas, Túlio César  
Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques  
Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa  
Galvão, Livia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa Rocha.

### **PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA**

---

Jeaziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana  
Mendes de Sá, Carlos Guilherme Santos Machado, Airles Kátia Borges  
Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis  
Cordeiro Didier.

### **PROMOTORES SUBSTITUTOS**

---

Glauco Coutinho Nóbrega, Leonardo Quintans Coutinho, José Carlos  
Patrício, Ana Grazielle Araújo Batista de Oliveira, Bruno Leonardo Lins,  
Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha, Pedro Henrique de Freitas Andrade,  
Dennys Carneiro Rocha dos Santos, Simone Duarte Doca, Fabiana Alves  
Mueller, Leidimar Almeida Bezerra, Fabiana Pereira Guedes, Stoessel  
Wanderley de Sousa Neto, Sarah Araújo Viana, Samuel Miranda Colares  
Uirassu de Melo Medeiros, Erika Bueno Muzzi, Flávia Cesarino de  
Sousa, Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho, Mariana Neves Pedrosa  
Bezerra, Ernani Lucas Nunes Menezes, Thomaz Ilton Ferreira dos  
Santos.



## **COLABORADORES DESTA EDIÇÃO**

---

**Ana Lygia Guedes Marinho**  
Acadêmica do Curso de Direito na  
UNI-RN.

**Ana Paula Oliveira Cacho**  
Professora do Curso de Direito da  
UNI-RN  
Doutoranda pela Universidade de  
Buenos Aires

**Beatriz de Santi Vieira**  
Acadêmica do Curso de Direito na  
Universidade de Londrina

**Ewerton Pereira Gonçalves**  
Advogado  
Graduado em Ciências Contábeis  
pela Universidade Federal do  
Espírito Santo  
Especialista em Direito Público pela  
Universidade Potiguar  
Servidor do Ministério Público no  
Estado do Espírito Santo

**Fernanda Holanda de Vasconcelos  
Brandão**  
Professora do Curso de Direito na  
UFPB e no UNIPÊ  
Mestre e Doutora em Ciências  
Jurídicas pela UFPB.

**Fernando A. Vasconcelos**  
Professor do Curso de Direito na  
UFPB e no UNIPÊ  
Promotor de Justiça aposentado  
Mestre e Doutor em Direito Civil e  
Direito do Consumidor

**Isaac Sabbá Guimarães**  
Promotor de Justiça no Estado de  
Santa Catarina

Especialista em Ciências Jurídico-  
Criminais pela Universidade de  
Coimbra  
Mestre em Direito pela  
Universidade de Coimbra  
Doutor em Ciências Jurídicas pela  
UNIVALI  
Doutor pela Università Degli  
Studi di Perugia

**José Antônio Neves Neto**  
Acadêmico do Curso de Direito  
no UNIPÊ.

**Luíza de Almeida Pereira  
Macedo**  
Advogada

**Marçal José Cavalcanti Silva  
Júnior**  
Bacharel em Direito pela UFPB  
Especialização em Direito Civil e  
Processual Civil pela  
Universidade Católica Dom Bosco  
- UCDB  
Especialização em Direitos  
Humanos e Cidadania pelo Centro  
Universitário de João Pessoa  
Servidor do Ministério Público do  
Estado da Paraíba

**Marina Dantas Pereira**  
Advogada  
Especialização em Direito  
Processual Civil -  
FACINTER/UNINTER.

**Rodrigo Silva Pires de Sá**  
Promotor de Justiça no Estado da  
Paraíba



## **EDITORIAL**

---



**Areia Vermelha - Cabedelo-PB  
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)**



## **EDITORIAL**

---

O Ministério Público tem se consolidado ao longo das últimas décadas como uma das instituições de maior credibilidade junto à população brasileira, notadamente em virtude de sua atuação exitosa no combate à corrupção, na defesa dos hipossuficientes em geral e no enfrentamento da criminalidade.

Contudo, percebe-se que o imenso volume de informações, dados e documentos decorrentes desta atuação não tem recebido o devido tratamento por parte da academia e dos pesquisadores. E esse divisionismo não se restringe ao Ministério Público. Com efeito, há um significativo distanciamento entre as instituições que atuam no sistema de justiça e segurança pública em geral e as pesquisas produzidas nas universidades, institutos e entidades responsáveis pela produção científica, o que tem gerado um lamentável déficit de construção do conhecimento nestas áreas tão sensíveis.

Um país com tão profundas desigualdades sociais e dramático déficit de cidadania não pode se dar ao luxo de abandonar as pesquisas nas ciências humanas, ou em limitá-las à reprodução de um saber que já se sabe, à rediscussão infinita de teses e pensamentos de autores ungidos pelo poder simbólico da academia, ignorando-se a matéria viva que pulsa nas Promotorias de Justiça, nos Fóruns, delegacias, nos presídios, nas ruas.

Manter a em atividade a Revista Jurídica do Ministério Público é um gesto de reconciliação, é uma tentativa de construir um canal permanente de debate entre os pesquisadores e os operadores do Direito. A nossa proposta é a de incentivar a produção do conhecimento a partir de dados e experiências profissionais de nossos articulistas, sejam eles promotores, procuradores de justiça, advogados, delegados, magistrados, professores ou acadêmicos, mantendo sempre em atividade um espaço para a pesquisa que traga dividendos para a sociedade, já que, como pontuava Ihering, “a essência do Direito consiste em sua realização prática”.

Como neste reconhecimento, dedicamos este número ao Diretor do CEAF, Dr. José Raimundo de Lima, que de maneira incansável e dedicada tem trabalhado ao longo dos anos para manter a revista em plena atividade e circulação, ao tempo em que agradecemos o apoio sempre presente do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Bertrand de Araújo Asfora.

**Lúcio Mendes Cavalcante**  
Coordenador do CEAF  
Secretário do Conselho Editorial



## SUMÁRIO

---



**Praia de Tambaba - Conde-PB  
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)**



## SUMÁRIO

### **1 DIREITO CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL**

O acesso à justiça das pessoas com deficiência no Brasil: um meio de efetivação de direitos..... 23  
Ana Lygia Guedes Marinho e Ana Paula Oliveira Cacho

Responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance..... 53  
Luíza de Almeida Pereira Macedo

As organizações sociais e a promoção da saúde: uma análise crítica sobre a constitucionalidade e eficiência..... 81  
Rodrigo Silva Pires de Sá

O Ministério Público da Paraíba e os direitos das minorias.....97  
Marçal José Cavalcanti Silva Júnior

### **2 DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITO INTERNACIONAL**

O abuso de direito por parte das incorporadoras e construtoras nos contratos imobiliários, com vistas a auferir vantagem econômica excessiva..... 117  
Ewerton Pereira Gonçalves

Jurisdição constitucional e globalização: da conveniência e compatibilidades constitucional do controle prévio de tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados..... 143  
Marina Dantas Pereira

### **3 DIREITO PENAL**

Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal..... 173  
Isaac Sabbá Guimarães

A prática de crimes na rede internet e suas conseqüentes implicações na apuração da responsabilidade civil..... 199  
Fernando A. Vasconcelos

O direito na tragédia, na caricatura e na charge: análise das obras de François Ost e Mônica Sette Lopes.....	215
Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão	
O direito penal na sociedade de risco: perspectivas político-criminais.....	235
Beatriz de Santi Vieira	
Redução da maioria penal e sua (im)possibilidade: análise constitucional, política e social.....	263
José Antônio Neves Neto	

## **1 DIREITO CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL**

---



**Praia de Coqueirinho - Conde-PB  
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)**



# O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: UM MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

**Ana Lygia Guedes Marinho**

Acadêmica do Curso de Direito na UNI-RN

**Ana Paula Oliveira Cacho**

Professora do Curso de Direito na UNI-RN

## Resumo

Hoje, no Brasil, as pessoas com deficiência são um grupo que busca uma efetividade de seus direitos, demonstrando um desejo de autonomia e inserção social. Tendo em vista a crescente luta a fim de que ocorra um devido acesso à justiça por parte delas, este tema foi analisado, partindo de um aparato legal e doutrinário, para que se tivesse uma ideia geral da situação em que elas se encontram na forma deste artigo. A partir disso, foram delimitados pontos para serem percorridos, a saber, Direitos Humanos e Fundamentais, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Isonomia, bem como um recorte acerca de quem seriam essas pessoas com deficiência, novo conceito e problemática, além de direitos mínimos como acessibilidade, educação e saúde, bem como a função dos poderes legislativo, executivo e judiciário, na efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Considerando essas pontuações, pode-se perceber que a efetivação dos direitos só ocorrerá quando as limitações impostas pela sociedade forem sanadas em todos os aspectos, sendo o conhecimento das leis protetivas as PcDs geral e quando as políticas públicas sejam cumpridas, a fim de garantir uma vida digna a essa parcela da população. Por fim, a metodologia aplicada foi a revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência. Justiça. Direitos. Acessibilidade.

## Abstract

People with disabilities in Brazil today are a group seeking an effectiveness of their rights, demonstrating a desire for autonomy and social inclusion. In view of the growing struggle of these people in order that there may be an adequate access to justice for them, this topic was discussed, from a legal and doctrinal apparatus, so that it had a general

idea of the situation they are in form of this paper. From there, points to be reported were defined, namely: Human and Fundamental Rights, the principles of Human Dignity and Equality, as well as a clipping about who would those people with disabilities, new concept and problematic, in addition their minimum rights such as accessibility, education and health, as well as the function of powers: legislative, executive and judiciary, in the realization of the rights of persons with disabilities. Considering these points, it can be noticed that the enforcement of rights will only occur when the constraints imposed by society are addressed in all aspects, when knowledge protection the PwD in general and when public policies are actually fulfilled in order to guarantee a decent life for this part of population.

**Keywords:** People with disabilities. Justice. Rights. Accessibility.

## 1 Introdução

A sociedade contemporânea vive uma intensa preocupação com a inclusão das minorias na sociedade. Essa inserção social deve ser tutelada pelo Estado numa busca de tornar esses movimentos democráticos parte do sistema. O grande propósito é uma quebra da ideia de limitação desses grupos. Nesse sentido, percebendo que as pessoas com deficiência são uma dessas minorias que almejam a cidadania plena, este artigo foi proposto com o desiderato de esclarecer temas pontuais, tais como a acessibilidade, educação, saúde e como o legislativo, o executivo e o judiciário atuam no acesso à justiça dessas pessoas, observando uma efetivação de direitos.

O método utilizado para elaboração do artigo foi de análise bibliográfica de diversos autores especialistas no tema, tendo como visão o Brasil no ano em questão. Logo, a investigação desse problema se deu observando como as pessoas com deficiência são minorias segregadas e como elas podem efetivar seus direitos a partir de lei e da conscientização da sociedade.

Ademais, haja vista que o Brasil apresenta legislação suficiente para assegurar uma dignidade humana e um tratamento isonômico, ao ser signatário da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência das Organizações das Nações Unidas, há um novo conceito do que seja uma pessoa com deficiência e novas obrigações

do Estado e de seus cidadãos. Entretanto nota-se que efetivamente ainda há o que se desenvolver, pois as pessoas com deficiência ainda sofrem discriminação.

Nesse sentido, considerando que a luta das pessoas com deficiência se baseia numa busca de independência, esta pode ser efetivada com o acesso à justiça. Logo, o artigo em questão fica organizado a fim de que, a partir de conceituações e exemplificações, se entenda essa luta. O primeiro capítulo fica estabelecido como uma diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, além de pontuar dois princípios essenciais a esse estudo: a dignidade da pessoa humana e a isonomia. Após isso, há a conceituação acerca de quem são as pessoas com deficiência, a partir de recortes históricos e como são vistas hoje pelo Brasil e pela ONU. No terceiro capítulo, são tratados quatro direitos mínimos: a acessibilidade, como meio para efetivação de outros direitos; a educação, como fator determinante nessa inserção social e desenvolvimento humano; e a saúde, como elemento crucial na qualidade de vida; em seguida, uma síntese do papel dos três poderes - legislativo, executivo e judiciário - na efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, ressaltando ainda a atividade do Ministério Público e das Defensorias Públicas, e como se realiza o acesso à justiça por essas pessoas.

## **2 Alguns aspectos dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**

Muito se fala em Direitos Humanos e Direitos Fundamentais como sinônimos, porém há diferenças entre eles. Enquanto os Direitos Humanos são consagrados em Tratados Internacionais, os Direitos Fundamentais são os que estão presentes na Constituição. Como o Brasil é signatário de muitos desses tratados, e estes se refletem na Carta Magna, é natural que se utilizem as duas expressões como sinônimos.

Os Direitos Humanos nasceram de uma necessidade de controle do poder estatal, para que houvesse uma igualdade, partindo do pressuposto de que todos são indivíduos e a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana. Suas características são: (a) universalidade; (b) indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade; (c) imprescritibilidade; (d) indivisibilidade, interdependência e complementariedade; (e) historicidade e proibição do retrocesso e (f) aplicabilidade imediata e caráter declaratório.

A universalidade consiste no fato de que os Direitos Humanos têm

validade para todas as pessoas, e elas podem invocar esses direitos a qualquer tempo. A indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade são características que devem ser analisadas diante do princípio da autonomia da vontade, mas, em geral, elas tratam da impossibilidade de dispor, alienar ou renunciar aos seus direitos. Os Direitos Humanos não prescrevem, ou seja, não deixam de ser exigidos, contudo, os crimes contra esses direitos têm um prazo prescricional segundo o Código Penal do Brasil.

Em relação à indivisibilidade, interdependência e complementariedade, nota-se que há um sistema único, indivisível; mesmo havendo classificações, elas são puramente didáticas, são interdependentes e se completam entre si. No que tange à historicidade e à proibição do retrocesso, deve-se observar que a consagração de um direito ocorre pela necessidade de proteção de determinada sociedade em certo período histórico e que, uma vez conquistado, só pode haver uma modificação ou substituição, nunca uma retirada ou abolição dele<sup>1</sup>. Já a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório afirmam que esses direitos já foram assegurados, mesmo que a lei seja omissa, pode-se utilizar deles como fundamento para que seja aplicado.

Ademais, vale salientar que os Direitos Humanos são classificados em gerações ou dimensões, apenas para facilitar o estudo, não havendo distinção hierárquica. Após a Segunda Grande Guerra, um jurista tcheco chamado Karel Vasak resolveu dividir esses direitos pelo tempo histórico em que surgiram e assim se passou a falar em 1ª dimensão, que seria a dos direitos civis e políticos, com a liberdade como principal ponto, já que foram ansiadas no seio das revoluções burguesas; a 2ª dimensão, que trata dos direitos econômicos sociais e culturais, tendo a igualdade como seu principal fundamento, pois essa geração decorre das desigualdades trazidas pela Revolução Industrial; e a 3ª dimensão, que busca um desenvolvimento do meio ambiente de forma sustentável e o direito à paz, que se baseia nos ideais de solidariedade e fraternidade.

Acerca dos Direitos Fundamentais, deve-se deixar claro que primeiro eles devem ser conquistados, para depois serem cumpridos. Analisando deste modo, compreende-se que a presença do aparelho estatal moderno é de suma importância para a concretização desses direitos, segundo Dimitri Dimoulis (2012, p.11):

<sup>1</sup>Art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Sem a existência do Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do estado em face do indivíduo.

Além do Estado, a configuração do indivíduo como sujeito de direitos, autônomo, possibilita que a liberdade e a propriedade, por exemplo, sejam reconhecidos como direitos individuais. A fim de mediar esses elementos, manifesta-se precisa a existência do texto normativo, com força vinculante e com validade em todo o território nacional, pois declarará e garantirá determinados direitos fundamentais, fazendo com que o indivíduo conheça a sua parcela de direitos e deveres e ainda impedirá que o Estado interfira injustificadamente nas garantias individuais dos cidadãos.

Tendo em vista o que já foi dito, conceituam-se direitos fundamentais como direito público, contido na Constituição, com a finalidade de limitar o poder estatal em face das liberdades individuais. Sendo assim, averiguando a Constituição de 1988, o seu Título I, o qual trata dos Princípios Fundamentais, apresenta, como fundamento da República Federativa do Brasil, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Já no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, no seu art. 5º, estabelece o grande pressuposto da sociedade moderna: o princípio da isonomia.

Diante desses recortes, conclui-se que os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia são garantias fundamentais de extrema importância para que se entenda o porquê de proteger minorias excluídas da sociedade, no caso, as pessoas com deficiência.

## 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade é uma qualidade inerente ao ser humano, de sua própria essência. Seu conceito é complexo, porém Ingo Sarlet pode descrevê-la de maneira clara (2010, p.70):

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano [...].

O autor, ao tratar da dignidade da pessoa humana, aduz como um meio pelo qual o ser humano cresce, tendo direitos e deveres que o protegem contra qualquer ação desumana do Estado ou de outro igual. Sendo assim, trata-se de um elemento intrínseco ao ser humano, que pode vir a ser violado, caracterizando uma dimensão negativa deste princípio. Contudo, o violador, mesmo sendo o maior dos criminosos, continua a ter a sua dignidade preservada, pois é, acima de tudo, reconhecido como pessoa. Acerca disso, salienta-se que a população e o Estado devem respeitar a dignidade do outro, abstendo-se de praticar atos atentatórios a ela.

Ainda neste sentido, o art. 1º da Declaração da ONU – Organização das Nações Unidas, de 1948 – especifica que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Este dispositivo se faz interpretar da forma que todos os homens que vivem em determinada comunidade são dotados de liberdade e igualdade em direitos. Logo, qualquer pessoa que apresente alguma deficiência ou não possui dignidade.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido em meio ao contexto histórico e cultural daquele determinado grupo, pois, mesmo se tratando de um conteúdo universal, são as situações concretas que o constroem, sendo responsabilidade do Estado tutelar, mediante ações concretas, a promoção do respeito e dignidade às pessoas humanas, no território que lhe for atribuído.

Como a minoria de que trata esse artigo são as pessoas com deficiência, conclui-se que todas elas são merecedoras de consideração por parte do Estado e da comunidade. Entretanto os mecanismos de respeito são outros, pois há necessidade de tratamento diferenciado, prioritário e imediato para que ocorra a promoção da dignidade humana.

Relativo a esse tema, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário, em seu primeiro artigo, dispõe sobre o objetivo de proteger e promover a dignidade própria do ser humano. Esta dignidade pode ser exemplificada como autonomia individual de um PcD, não discriminação, igualdade de oportunidades, acessibilidade e inclusão escolar e ainda deve a sociedade e os Estados adotarem medidas que proporcionem uma vida digna, com alimentação e medicação adequada, além de moradia e vestuário.

## 2.2 Princípio da isonomia

A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei. Logo, entende-se que o princípio em que se baseia esta afirmação é o da isonomia, um dos grandes fundamentos das democracias contemporâneas. Além deste artigo, no preâmbulo, fica estabelecida “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Acerca disso, efetivamente, nota-se que as noções de igualdade e justiça se entrelaçam a partir do pensamento filosófico de Aristóteles, que associou justiça e igualdade, no preceito de que os iguais devem ser tratados igualmente, e os diferentes, tratados desigualmente. A justiça não se esgota nisso, todavia deixa a igualdade como valor central para o direito constitucional, estruturando o sistema.

Neste sentido, é possível aferir que a igualdade implica uma proibição da discriminação de qualquer natureza e o dever de uma igualdade na própria lei. Neste ponto, vale lembrar a afirmação de Oscar Vilhena Vieira, em sua obra “Direitos Fundamentais: uma leitura jurisprudencial do STF” (2006), quando diz que o fato de todos serem iguais perante a lei não pode ser compreendido como proposição de fato, mas sim como reivindicação de natureza moral, ou seja, deve ser uma reivindicação social e politicamente construída.

A distinção aberta, que traz a igualdade formal e material, pode ser feita partindo da ideia de que a igualdade somente formal não afasta por si só as situações preconceituosas mais comuns. Foi necessário que houvesse uma igualdade na lei, material, vedando critérios injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, que são externados pelos direitos sociais, por exemplo, para que houvesse esse entendimento. Hoje, para o Estado Democrático de Direito, a efetivação dessa igualdade tem sido um grande desafio.

Sobre isso, pensou-se num primeiro momento que bastava atribuir uma diferença na lei, porém os Estados Totalitários surgiram e fizeram dessa conquista o inverso do que foi proposto. Então, após isso, os parâmetros da igualdade foram revistos e ficou claro que havia uma necessidade de que estivessem previstos na Constituição Federal ou em alguma norma maior. Logo, a respeito desse assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro intitulado “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” (2011, p.17), que

[...] compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição

Ou seja, deve haver uma lógica entre as distinções, causas dessas diferenças, e o tratamento diferenciado. Por exemplo, em determinada época havia um preconceito comum e injustificado contra determinado grupo social, a partir da Constituinte. O motivo dessa discriminação foi tomado como modelo e especificado como proibido, pois isso gerava um mal-estar social, dificultando a vida desse grupo vulnerável. Vale lembrar que há um motivo justo e pertinente para que existisse esse rol, podendo variar de acordo com o tempo, a cultura e outros fatores, sendo vedada a norma se utilizar de critérios que ensejam tratamento discriminatório.

Tudo isso se correlaciona com as pessoas com deficiências, pois necessitam de inclusão e efetivação de seus direitos, uma vez que estão diretamente sujeitas a práticas discriminatórias, situações desumanas e degradantes. Essa particular condição representa ainda um desafio ao princípio da igualdade, na medida em que a sociedade e o Estado devem respeitar e promover a dignidade humana e a solidariedade.

Após essas considerações acerca dos Direitos Humanos e Fundamentais, bem como, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da isonomia, a fim de dar continuidade a esse estudo, o próximo capítulo tratará acerca de quem são as pessoas com deficiência no Brasil.

### **3 Pessoas com deficiência**

Os seres humanos que apresentam alguma deficiência sempre sofreram exclusões da sociedade em que viviam. Sabe-se, de acordo com leituras dos livros “A República” e “A Política”, respectivamente de Platão e Aristóteles, que, na Grécia Antiga, em Athenas, as pessoas nascidas “disformes” deveriam ser eliminadas, por exposição, abandono ou jogadas de algum precipício. Na cidade de Esparta, que era regida pela guerra, uma criança com alguma limitação seria logo descartada, pois não seria útil ao exército.

O culto ao corpo perfeito na Grécia era condição essencial para

que o indivíduo participasse da sociedade. Sendo assim, uma pessoa com deficiência poderia ser considerada uma ofensa ao povo, devendo ser analisada se sua vida poderia ser ceifada ou não. De acordo com isso, as crianças com deficiência eram normalmente abandonadas; em contrapartida, a partir de leituras históricas, percebe-se que diversos imperadores romanos e gregos apresentavam alguma deficiência, entretanto estas eram ignoradas em virtude do poder que aqueles exerciam sobre o povo.

Vale lembrar também que, na Roma Antiga, existiam as opções de se desfazer das crianças com deficiência, mas o que importa deste tempo histórico é que esses seres humanos não eram considerados pessoas. Eram tratados como “monstro” ou “prodígio”. Não havendo qualquer igualdade de tratamento entre eles e os demais cidadãos. Porém, com o surgimento do Cristianismo, iniciou-se um combate as práticas de eliminação dessas crianças, contudo o intuito sempre foi assistencialista e por mais que elas não fossem descartas, eram segregadas da sociedade.

Com o advento da Idade Média, as crenças no sobrenatural e na intervenção divina fizeram com que as pessoas com deficiência, especialmente as de natureza mental, fossem excluídas totalmente do convívio social. Entretanto, no final deste período histórico, começaram a surgir explicações de cunho naturalista para o porquê das deficiências. Então, a partir do momento que a ciência passa a questionar os dogmas religiosos, as pessoas com deficiência passam a ter outro papel na sociedade. Isso não significa que houve uma redução da discriminação; o que ocorreu foi uma preocupação com as necessidades de saúde das PcDs.

Após isso, com o início das produções técnicas e acadêmicas no Renascimento, movimento que valoriza o ser humano, houve a invenção da cadeira de rodas, da linguagem em sinais, do braille, entre outros instrumentos, acarretando uma melhoria na qualidade de vida das pessoas com deficiência, pois estreitou-se uma relação da acessibilidade aos demais serviços necessários à sobrevivência humana.

Já na Revolução Industrial, o contexto social se preocupava com as mudanças econômicas, em razão do processo de produção que o capitalismo proporcionava. Sendo assim, as pessoas com deficiência passaram a ser consideradas menos eficientes para o trabalho e continuaram a ser segregadas. Tinha-se a ideia de que a PcD era incapaz, sem nenhuma utilidade e totalmente dependente, sendo o abandono a alternativa mais fácil que se poderia ter.

Acerca dessas pontuações, fazendo um paralelo com todos os

momentos históricos que se vivenciaram ao longo do tempo, percebe-se que a ordem aceitável em todos os períodos é a de que se tenha uma sociedade homogênea, configurando uma totalidade. Na Grécia, o belo era sinônimo de limpo e seguro, enquanto o feio era visto como sujo e perigoso, em relação a tudo, até ao ser humano. Na contemporaneidade, essa ideia ainda é a vigente, considerando que a democracia é a forma de governo estabelecida de forma majoritária no mundo e tem-se sua fundamentação baseada na igualdade constituída pelo direito, que procura a manutenção de uma ordem.

A fim de que essa ordem seja controlada, existe uma luta na tentativa de excluir o que seja estranho, desigual, ou que cause desordem, fazendo com que o diferente seja visto como um perigo ameaçador a homogeneidade. Esse tema se relaciona com as pessoas com deficiência, pois, no momento em que a sociedade os vê como diferentes, automaticamente, elas os repudia, tratando-os como se fossem um verdadeiro risco. Isso porque o homem busca incansavelmente o controle e o domínio de toda e qualquer forma de perigo, uma vez que acredita na ideia de que a homogeneidade traz segurança.

Ainda sobre isso, desde a antiguidade, a discriminação e isolamento das pessoas com deficiência foi prática comum, utilizada para evitar algum tipo de contaminação, ou seja, a pessoa com deficiência era vista no máximo como um provável paciente; enfim, a exclusão foi atitude mais fácil encontrada pelas sociedades para se proteger desse que acreditavam ser um mal de qualquer espécie. Ora, isso é de extrema importância para esse estudo, a fim de que se entenda a preocupação em incluí-los definitivamente na sociedade e efetivar os direitos conquistados por essa minoria.

Sobre esse isolamento, a historiadora e antropóloga Ruth M. Chittó Gauer, em seu artigo intitulado “Da diferença perigosa ao perigo da igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno”, de 2005, aduz que

Desde a antiguidade, o isolamento foi uma prática utilizada para evitar a contaminação; o exemplo histórico de exclusão mais conhecido é o dos leprosos. Na modernidade, essa prática continuou, passou-se a isolar casas, hospitais, até bairros inteiros de cidades como forma de proteção dos espaços não contaminados. Esses locais vistos como perigosos deveriam estar bloqueados como forma de imunidade dos locais limpos. O

isolamento, como medida de exceção, constituía-se na única forma de proteção.

Dessa maneira, analisando que o isolamento como forma de proteção da sociedade, nota-se que a ideia de insegurança atingia também as pessoas com deficiência, grupo caracterizado como vulneráveis em razão de questões históricas, culturais e científicas. Porém, ao longo do tempo, foram conseguindo avanços em seus direitos mínimos, todavia eram sempre representados por pessoas que o assistiam, a partir do momento em que eles próprios foram em busca de uma inclusão na sociedade, almejando uma melhoria de vida em relação aos que os cerca, construindo assim um novo conceito de pessoa com deficiência.

Haja vista tudo o que já foi comentado, historicamente existe um conceito de que toda ordem jurídica é estabelecida por causa dos homens. Entretanto, nem todos os homens eram vistos como sujeitos de direito. No sistema jurídico da antiguidade clássica, por exemplo, não havia igualdade entre os seres humanos. Enquanto hoje, basta que haja o nascimento com vida para que o nascituro seja sujeito de direitos. Portanto, a partir do momento que foi dada capacidade às pessoas com deficiência, elas começaram a se conscientizar e a alterar o modelo jurídico e social vigente.

Fazendo uma breve retomada do que já foi dito, percebe-se que, após muitos anos e mudanças de períodos históricos, é que a sociedade passou a ver as pessoas com deficiência como realmente seres humanos aptos a uma vida digna. E acerca desse novo modelo supracitado, fazem-se algumas considerações: já foi adotado pelo Brasil quando se passou a autorizar uma interpretação mais efetiva dos valores constitucionais vigentes, caracterizando-se como um marco na luta das pessoas com deficiência. Isso ocorreu quando o Brasil ratificou a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, trazendo novos direitos, deveres e obrigações que ultrapassam o assistencialismo antes adotado. O que se leva em consideração agora é o fator político, fazendo com que a superação das barreiras sociais, tecnológicas e culturais sejam realmente efetivadas.

Essa Convenção foi promulgada pelo Decreto Federal nº 6.949, em 23 de agosto de 2009, porém, no ano anterior, as casas do Congresso Nacional a aprovaram por maioria de 3/5 de seus membros, em dois turnos, passando a equivaler a emenda constitucional nos moldes do art.

5º, § 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988. O conceito adotado na convenção é permeável e aberto, permitindo a agregação de várias deficiências. Logo, o Estado deu um passo à inclusão dos estigmatizados. A partir disso, pessoas com deficiência foram conceituadas como aquelas que apresentam impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, ou outros, que, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade.

Pode-se notar que os impedimentos referidos acima são como predicados, peculiaridades que determinadas pessoas têm. Ao tentar relacionarmos-nos com a sociedade, encontramos barreiras por parte dela, o que torna a vida limitada, não só porque tenham algum problema, apenas, mas porque a comunidade implementa empecilhos que os excluem da participação da vida em sociedade. Trata-se de um preconceito que é de natureza econômica, cultural, tecnológica, política, arquitetônica e comunicacional.

Logo, afirma-se que as pessoas com limitações de qualquer espécie apresentam qualidades que são equiparadas a qualquer outra existente na diversidade humana, como gênero e etnia. Sendo assim, conclui-se que a deficiência está na sociedade, ao ponto que ela não propicia os meios para que os atributos humanos desse grupo sejam acolhidos. Sempre necessitam de que políticas públicas viabilizem o pleno exercício dos Direitos Humanos.

Esse conceito é bem diferente do que era preconizado pelo Decreto Regulamentar nº 5.296 / 2004, que tratava da regulamentação de outras leis e em seus artigos estabelecia que as pessoas com deficiência eram aquelas que possuíam limitações ou incapacidade para o desempenho de atividades e que se enquadravam em categorias pré-estabelecidas (física, auditiva, visual, entre outras).

É importante frisar aqui que este decreto, vigente antes da ratificação da convenção da ONU, não poderia definir totalmente quem são as pessoas com deficiência, pois sua função é apenas regulamentar, sendo da Lei o papel de criar direitos e obrigações. Além disso, o decreto tratava a questão da deficiência como uma patologia, tese esta que passou a ser desconsiderada, para se pensar numa forma global, ambiental, de interação da pessoa com deficiência com a sociedade.

Vale salientar ainda que a única nomenclatura apta a ser utilizada para qualificar esse grupo é chamando-os de pessoas com deficiência. Outros eufemismos são utilizados, como, “pessoa portadora de necessi-

dade especial”, “pessoa especial”, “pessoa incapaz”, “mudinho” e “surdinho”, contudo essas expressões carregam consigo o peso da exclusão social e da inferiorização que tanto distorce a luta das pessoas com deficiência, pois não os libertam de estigmas históricos a que foram ligados por meio do preconceito.

A sociedade, numa busca incansável por ser politicamente correta, fez uso da expressão “portador de necessidades especiais”, sendo esta difundida de todas as formas, entretanto todos os seres humanos têm determinadas necessidades especiais de acordo com o já conceituado Princípio da Dignidade Humana. Ou seja, vários grupos da sociedade necessitam de cuidados pontuais, como as crianças, idosos e gestantes e nem por isso são considerados “portadores” de algo, uma vez que não são objetos. A expressão “pessoa portadora de deficiência” também foi incluída na Constituição Cidadã por força de um movimento para que as palavras: “inválidos”, “incapazes” e “pessoas deficientes” fossem esquecidas, isso porque elas representam uma imediata exclusão, fazendo com que as pessoas com deficiências fossem lembradas de maneira meramente assistencialista, o que se tornava insuficiente para garantir condições mínimas de dignidade e autonomia.

Acerca disso, a Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU - sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência junto ao Protocolo Facultativo foi assinada no dia 30 de março de 2007 e entrou em vigor no dia 3 de maio de 2008 em Nova York (EUA), sendo o primeiro tratado acerca dos Direitos Humanos do século XXI. A Convenção adotou “pessoa com deficiência” como termo técnico a ser utilizado para que houvesse essa ruptura com as políticas assistencialistas. Esse novo conceito passou a ser social, ao passo que nenhuma decisão poderia ser tomada sem a presença dos interessados.

Trata-se então de uma emancipação política dessas pessoas, que é o que se almeja, fazendo com que todos os ambientes sejam acessíveis, haja uma educação voltada a atender as necessidades delas, uma saúde adequada e uma chance no mercado de trabalho. Essas medidas que antes eram de cunho assistencialista, hoje, associadas às políticas públicas, devem proporcionar autonomia às pessoas com deficiência.

Por isso, a seguir serão pontuados importantes tópicos acerca de cada uma delas, a começar pela acessibilidade, depois educação e saúde,

com o desiderato de se obter mais informações acerca da legislação vigente, dos direitos e deveres dos cidadãos e do Estado para com as pessoas com deficiência, pois trata-se de garantias mínimas.

#### **4 Direitos mínimos às pessoas com deficiência**

As pessoas com deficiência devem interagir com o mundo, assim como todas as outras, pois para que alguém se torne cidadão ou cidadã é necessário que haja uma convivência com trocas de habilidades e aperfeiçoamento entre as pessoas. Em face disso, vale a pena discorrer sobre os obstáculos que as pessoas com deficiência enfrentam ao tentar exercer todo e qualquer ato da vida civil, dentre eles, a acessibilidade, a educação, e a saúde.

##### **4.1 Acessibilidade**

A acessibilidade é um meio de garantia dos direitos fundamentais. É necessária para a efetivação de direitos e está disposta de forma clara na Constituição Federal em seu art. 277, §2º. Além do texto constitucional, o Brasil apresenta leis avançadas, necessitando apenas de políticas públicas adequadas e conscientização da sociedade. Dentre elas, algumas são citadas: a Lei nº 7.853, de 1989, que dispõe sobre o tratamento prioritário e adequado às pessoas com deficiência pelos órgãos da administração direta e os entes da administração indireta, além de determinar que suas edificações sejam acessíveis; as Leis nº 10.048 e 10.098, ambas de 2000, tratam do atendimento prioritário, acessibilidade nos meios de transportes, regras gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade.

A princípio, vale lembrar o que a acessibilidade se caracteriza como uma condição para que se alcance, com segurança e autonomia, a utilização de diversos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos por parte das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, tornando-as autônomas (art. 2º, inciso I da Lei 10.098 / 2000).

Ademais, é importante destacar que essas barreiras e obstáculos podem ser de várias naturezas, como físicas, que se caracterizam por uma ausência de rampa para um cadeirante, por exemplo; sistêmicas, como a falta de profissionais tradutores de braille nas escolas; ou atitudinais, que são estigmas e preconceitos acerca das pessoas com deficiências. O

ordenamento jurídico brasileiro define barreiras apenas como físicas e sistêmicas, sendo a atitudinal tratada como fator gerador das primeiras. Acerca disso, a Lei Federal nº 10.098 / 2000 traz algumas definições, como a de barreiras: “qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas”, podendo ser arquitetônica, urbanística, nos transportes e nas comunicações.

Dentre esses três tipos de barreiras, a mais importante delas talvez seja a atitudinal, uma vez que provoca um desinteresse pela eliminação das físicas e sistêmicas. Para a Promotora de Justiça que atua na Promotoria em Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Idosas de Natal-RN, Rebecca Monte Nunes Bezerra (2007, p. 279), “é importante registrar que não é sequer razoável se admitir nos tempos atuais a falta de conhecimento de que a humanidade é desigual”. Logo, as pessoas com deficiência são discriminadas, pois a ideia que passa, quando um estabelecimento não é acessível, é que o proprietário não as considera dignas daquele local, entretanto, elas são consumidoras iguais a todas as outras, com os mesmos desejos e necessidades.

Acerca dos outros obstáculos, há um ponto importante, que é o atendimento prioritário dispensado às pessoas com deficiência. Nele, deve-se observar o uso de assentos preferenciais sinalizados, instalações e mobiliário acessíveis, admissão da entrada e permanência de cão-guia, entre outras regras, tudo de acordo com as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Ainda em que pese isso, todos devem ter acesso à informação. Considerando assim, o Decreto nº 5.296 de 2004, em seu art. 47, *caput*, torna obrigatória a acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública a fim de que as pessoas com deficiência visual possam ter pleno acesso aos dados presentes no *site*. Este mesmo decreto estipula ainda um prazo para que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – regulamente o pleno uso dos serviços telefônicos pelas pessoas com deficiência. Ademais, o Decreto em epígrafe torna clara a obrigação de as empresas droguistas e fabricantes de eletrodomésticos providenciarem, após solicitação, bula de remédios e manual de instruções de produtos em braille.

Considerando que o direito ao transporte também está intimamente ligado à acessibilidade, uma vez que se trata de direito de locomoção, ele se caracteriza como fator de integração social das pessoas com

deficiência, pois é utilizado para se ter acesso à escola, ao tratamento de saúde, ao trabalho e ao lazer, por exemplo. Acerca disso, é preciso fazer algumas considerações: uma delas é a isenção de tarifas no sistema de transporte interestadual. A Lei 8.899, de 1994, concede à pessoa com deficiência esse direito, desde que seja comprovada uma renda familiar mensal inferior a um salário mínimo, devendo ser reservadas para essas pessoas apenas duas vagas em cada veículo.

Sobre esse benefício, não se pode negar que foi um avanço, porém nota-se para a pessoa idosa minoria também acobertada por essa garantia: não é exigida a comprovação de renda familiar para gratuidade no transporte, muito menos que ela ultrapasse a pessoa e atinja a renda de sua família. Ora, o que importa destacar aqui é um desejo de padronização de exigências para todos os grupos que assim necessitarem.

Ainda sobre o transporte, mas agora privado, existe a isenção de tributos federais para as pessoas com deficiência que necessitam de um automóvel. A isenção do Imposto sobre Produto Industrializado – IPI para PcDs está disciplinada na Lei nº 8.989, de 1995, em seu art. 1º, inciso IV, e, sobre suas regras, os arts. 2º e 5º da mesma lei estabelecem que a isenção só ocorrerá uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de dois anos. O IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) também será isento se as operações financeiras forem destinadas à compra de veículo para PcD (art. 72, inciso IV da Lei nº 8.383 de 1991).

Percebendo assim que a acessibilidade tem tão grande importância na vida diária, conclui-se, desde logo, que essa é um direito, não obstante, é um instrumento para permitir o acesso do indivíduo a todos os outros direitos pertinentes a pessoa humana.

## 4.2 Educação e saúde

Considerando que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúveis dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Republicana de 1988) e como um dos objetivos fundamentais é “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV), além de expressamente declarar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e ainda que um dos direitos sociais da população

brasileira é a educação, torna-se imprescindível tecer comentários acerca da educação inclusiva, ou seja, do acesso à educação por parte das pessoas com deficiência.

Além da Carta Magna, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art. 24, aduz que os Estados Parte assegurarão um sistema de educação inclusiva, com o objetivo de desenvolvimento humano, a partir do senso de dignidade, liberdade e diversidade, incentivando talentos, habilidades físicas e intelectuais das PcDs. Ou seja, o conceito de educação não é limitado, significa uma construção de um pensamento a fim de que a pessoa com deficiência tenha percepção do outro e do espaço que ocupa na sociedade, fazendo-se imperiosa uma educação humanizadora e vedando a exclusão das PcDs no sistema educacional geral.

Para a devida inclusão escolar de crianças e jovens com deficiência, é preciso que se façam adaptações razoáveis às necessidades deles. No tópico anterior, falou-se acerca da acessibilidade como direito-meio para a efetivação de outras garantias, dentre elas, a educação. Acerca disso, o Decreto nº 5.296, de 2004, estabelece que qualquer estabelecimento de ensino, público ou privado, deverá proporcionar condições de acesso e utilização de todos os ambientes escolares, inclusive biblioteca, auditórios, laboratórios e áreas de lazer.

Sendo assim, é indispensável que os estabelecimentos se tornem acessíveis a todos os alunos, não se admitindo recusa de matrícula à pessoa com deficiência, posto que é uma violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Logo, as instituições de ensino devem ser livres de barreiras arquitetônicas, pedagógicas e comunicacionais, pois uma estrutura enrijecida não proporciona um ambiente satisfatório à aprendizagem, fazendo com que o aluno com deficiência se distancie do conhecimento e fracasse, o que não está relacionado com inteligência, isso porque todo ser humano é cognoscente e, sim, com as barreiras impostas pela escola.

Analisando ainda a Constituição Cidadã de 1988, entende-se que é dever do Estado garantir um atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, tanto na rede regular de ensino como em níveis mais elevados, de acordo com a capacidade de cada um (art. 208, incisos III e V).

Então, o ensino especializado não pode ceifar a pessoa com deficiência da convivência com os demais educandos. Pode, ainda, a

escola oferecer um conjunto de instrumentos complementares à educação, capacitando pais e professores com o objetivo de tornar o cotidiano escolar uma convivência plural, pois cada aluno, independente de deficiência ou não, tem uma limitação, e a vivência escolar ensina a reconhecê-la e a lidar com cada uma delas, respeitando a cidadania, a dignidade e a igualdade.

No tocante ao direito à saúde, da forma como é concebido na Constituição, é um direito fundamental à pessoa humana, caracterizando-se como público, subjetivo, universal, irrenunciável e assecuratório do direito à vida (art. 196). A fim de dar aplicabilidade a este direito social, existem algumas leis federais, a saber, a Lei nº 7.853, de 1989, a Lei nº 8.069, de 1990, a Lei nº 9.656, de 1998, e os Decretos, nº 3.298, de 1999, e nº 5.296, de 2004. Além dessas garantias, o Brasil obteve um avanço em favor da proteção à saúde da pessoa com deficiência quando aderiu à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – ONU, pois, em seu art. 25, preconiza que as pessoas com deficiência usufruem de um padrão de saúde, sem discriminação, devendo ser adotadas todas as medidas pertinentes para assegurar um serviço digno.

Ao analisar a saúde como elemento de cidadania, é imperioso destacar que ela é um bem primário, no sentido de que é garantidora da dignidade da pessoa humana. Contudo, ela não está só, deve se aliar à alimentação, ao saneamento básico, à educação, ao trabalho, ao transporte, dentre outros. Sendo assim, algumas as leis infraconstitucionais buscam compensar débitos funcionais que foram construídos ao longo do tempo.

Acerca dessa reparação, é importante tecer alguns comentários, no caso, o atendimento prioritário, que está disposto no art. 6º do Decreto de nº 6.296, de 2004, regulamentando o atendimento imediato, que objetivamente é o atendimento à pessoa com deficiência imediatamente após finalizar serviço já iniciado, ressalvados alguns casos, como o da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, CF) e dos idosos (art. 3º, inciso I do parágrafo único do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741 de 2003). Entretanto, as hipóteses de urgência, resultante de acidente ou processo gestacional e emergência, que implica risco à vida, excepcionam a prioridade das pessoas com deficiência.

Este direito é reforçado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Projeto de Lei nº 7.699 / 2006), em seu artigo 6º. Sendo assim, no que se refere ao atendimento prioritário nos serviços de saúde, há uma proposta

legislativa dirigida às pessoas com deficiência. Igualmente, deve-se buscar disponibilizar uma garantia de atendimento domiciliar aos impossibilitados de se locomoverem, de uma assistência em locais acessíveis e apropriados. No que tange ao atendimento especializado, é válido salientar que no passado os tratamentos médicos não eram incentivados, isso porque se acreditava que nada poderia minimizar os efeitos da deficiência. Entretanto, com o avanço científico, verificou-se a viabilidade de uma vida digna às pessoas com deficiência e que, através de novos métodos, haveria um decorrente desenvolvimento motor ou diminuição das consequências de alguma perda.

Em relação a isso, fica o Poder Público obrigado a assegurar às pessoas com deficiência uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação (art. 2º inciso II, alínea “c” da Lei nº 7.853 / 89). Neste mesmo pensamento, o Decreto nº 3.298, de 1999, em seu art. 17, regulamenta que, independente da deficiência, qualquer que seja sua natureza, o processo de reabilitação foi assegurado, por tempo necessário. Importa destacar aqui que qualquer pessoa que apresente redução funcional tem o direito a um diagnóstico e a uma avaliação por equipe multidisciplinar, bem como se beneficiar do processo de reabilitação física, mental ou sensorial, prevenindo comprometimento maior, e que a recusa por qualquer desses tratamentos é inadmissível, pois esses serviços são financiados com verbas públicas do SUS destinadas para esse fim específico. Outrossim, não é só o atendimento especializado que deve ser fornecido, mas também medicamentos e transporte, por exemplo, uma vez que o Poder Público tem obrigação, independente da opção feita pelo usuário, de disponibilizar o Sistema Único de Saúde ou da rede privada.

No que diz respeito ao atendimento preventivo, há uma previsão legal na Lei nº 7.853, de 1989, especificamente no art. 2º, inciso II, com o objetivo de evitar a ocorrência da deficiência ou de seu agravamento. Essa prevenção pode ocorrer com medidas para orientar as mães, quanto aos cuidados pré-natal e pós-natal, campanhas de vacinação contra doenças transmissíveis e endêmicas, normas e fiscalização de segurança no trabalho, bem como o estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico. Acerca dos cuidados com os recém-nascidos, existem políticas públicas de prevenção eficazes, como o “teste do pezinho”, que detecta alguma anormalidade no metabolismo; o “teste da orelhinha”, que identifica problemas relacionados à perda auditiva congênita; e o

“teste do olhinho”, que procura prevenir eventual deficiência visual.

## **5 O acesso à justiça das pessoas com deficiência**

Muito já foi falado acerca dos direitos mínimos às pessoas com deficiência, e até sua previsão legal, em tratados internacionais, na Constituição Federal de 1988 e em outras leis federais com o mesmo fim. Porém, no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, existe também uma proteção a essa minoria que muitas vezes não consegue ver concretizados tais direitos, contudo é necessário um acesso à justiça para a efetivação deles. É importante destacar aqui como se deu essa proteção a começar pela Constituição Federal e depois analisar o papel de cada poder nesta efetivação de direitos e por fim caracterizar este acesso à justiça.

Ademais, cabe deixar claro que, segundo o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, do ano 2010, cerca de 45 milhões de brasileiros declaram conviver com algum tipo de deficiência, o que torna esse tema importante, uma vez que grande parte da população é afetada pelos efeitos jurídicos de qualquer norma que beneficie ou proteja esse grupo, caracterizado como vulnerável, e ainda a favor do desenvolvimento de políticas públicas para uma melhoria na qualidade de vida dessa parcela da população brasileira que pode estar vivendo excluída dos mais básicos direitos fundamentais.

Sobre isso, a Constituição Federal de 1988, que também é chamada de Constituição Cidadã, revela-se com um perfil social, impondo ao Estado o dever de garantir, entre outros benefícios, a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a cidadania e a democracia, fazendo isso ao minimizar as discrepâncias sociais, tudo com o objetivo de proporcionar uma sociedade justa, democrática e igualitária. Verifica-se, portanto, um avanço, entretanto o problema se dá na falta de efetividade dessas normas protetivas. Nem o Poder Público nem a sociedade em geral têm, sozinhas, a capacidade suficiente de efetivar os direitos mínimos proporcionados na carta Magna em relação às pessoas com deficiência.

Considerando que a Constituição é um instrumento para salvaguardar direitos, ela tem eficácia no plano do legislativo, do executivo e do judiciário, entretanto não tem condições de remodelar uma realidade social e sua cultura vigente. É necessária uma mudança, na qual se instale uma cidadania popular a partir de uma mudança de concepção da socie-

dade, junto também com a atuação desses três poderes, responsáveis pelo fiel cumprimento da norma.

A Carta Maior de 1988, em vários artigos, ampara a pessoa com deficiência. Tendo em vista que esse cuidado se inicia com a obrigação de tratar os iguais igualmente, e os desiguais na forma de sua desigualdade, o legislador se preocupou em gerar normas de aplicação prática, mas com a base nesse princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como por exemplo, ao vedar a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador deficiente (art. 7º, inciso XXXI), ou a garantir a efetivação de uma educação especializada, preferencialmente na rede regular de ensino aos alunos com deficiência (art. 208, inciso III).

Outro ponto em que o legislador deteve a sua atenção foi em relação à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, da assistência pública e da proteção das pessoas com eficiência (art. 23, inciso II). Entretanto, a competência para legislar acerca da proteção e integração social das PcDs é concorrente e não comum, desses mesmos entes (art. 24, inciso XIV).

A este respeito, o art. 227, § 1º, inciso II da CF / 88, traz claramente que é dever do Estado criar programas de prevenção e atendimento especializado para as PcDs, bem como de integração social da criança ou adolescente deficiente, mediante o treinamento para o trabalho, a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. Este artigo tem grande importância, pois aborda a questão do atendimento especializado de saúde, da inclusão social, da preparação para o trabalho e da acessibilidade como meio de efetivação de todos os direitos. Como, anteriormente, já se tratou desses temas, resta apenas reafirmar que estes são direitos mínimos garantidos às pessoas com deficiência a fim de uma vida digna.

Sobre o Poder Legislativo, a legislação federal, hoje, é satisfatória, na medida em que cria e implementa políticas públicas, programas de assistência, planos e projetos relacionados às pessoas com deficiência. Sendo esta a sua função primordial, legislar, não há tantas críticas a esse respeito. O que se observa é uma criação legislativa em conformidade com os preceitos constitucionais pertinentes à dignidade humana, todavia existem algumas lacunas, por exemplo, em face do combate à exploração das pessoas com deficiência e dos seus benefícios e o trata-

mento da acessibilidade como meio para que outros direitos sejam garantidos. Além dessas omissões, observa-se uma legislação federal dispersa, mesmo que abundante, o que acarreta um desconhecimento ou inobservância das regras por não estarem compiladas no mesmo diploma legal, dificultando a fiscalização de sua eficácia e da efetiva participação da sociedade civil neste sentido.

No que tange o poder executivo na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, nota-se que existem programas nas áreas de acessibilidade, educação e saúde, o que se caracteriza já como um avanço, contudo sua concretização é ineficaz. Muitas dessas políticas públicas são elaboradas sem a participação da sociedade ou de entidades representativas das pessoas com deficiência, por meio de acordos de motivo essencialmente político e/ou sem sensibilidade dos agentes estatais.

Essa ausência de representatividade, ou mero descaso por parte do Poder Executivo, gera ineficácia dos programas e coloca-os em um ciclo vicioso, exemplificado como, (1) elaboração de lei ou ato normativo negligente, (2) descumprimento, (3) decisão judicial a favor do cumprimento e (4) omissão do Estado no cumprimento. Um caso concreto é a existência de decreto estadual regulamentando a contratação de tradutores de libras nas escolas públicas, especialmente. Porém ocorre uma denúncia de ausência e imprescindibilidade do profissional ao Ministério Público Estadual, que é a instauração de procedimento a fim de regularizar a situação extrajudicialmente. Todavia, não obtendo êxito, há a propositura de ação civil pública neste sentido e, após isso, decisão acolhendo o pedido de contratação e efetivação dos tradutores nas escolas e, conseqüentemente, o não cumprimento por motivos fúteis e injustificáveis.

Esse ciclo tem conexão por meio do Judiciário, um dos três poderes, que tem a função de dizer o direito a quem tem *ius*. Acerca desse assunto, percebe-se que as pessoas com deficiência procuram o judiciário para ver os seus direitos, criados pelo Poder Legislativo, efetivamente concretizados, uma vez que o Poder Executivo foi omissivo. Isso mostra que a maioria dos litígios envolvendo PcDs, constam no polo passivo, o Estado. E a maior crítica que se pode fazer é a da incapacidade do Poder Judiciário em obrigar o Poder Executivo a cumprir suas sentenças, por motivos de várias ordens, como entender que as normas constitucionais são programáticas, desorganização da gestão ou ausência de recursos

materiais e a necessidade de prévia previsão orçamentária.

Ainda sobre o Poder Judiciário, mais os órgãos que o auxiliam, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, é válido tecer alguns comentários. Com o advento da Lei nº 7.853, de 1989, o Ministério Público, junto a outros legitimados, passou a ser expressamente incumbido da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas com deficiência, uma vez que se trata de um interesse social. O órgão ministerial instituiu em seus quadros o Centro de Apoio Operacional e as Promotorias especializadas em defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

Sua atuação na esfera extrajudicial cível pode se dar instaurando e presidindo inquérito civil para investigar lesão aos direitos, promovendo termo de ajustamento de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial, além de expedir recomendações e realizar audiências públicas. No âmbito criminal, o Ministério Público pode requisitar inquérito policial ou exercitar a ação penal pública em casos de eventuais crimes cometidos em face de pessoas com deficiência. Na esfera judicial, mas em matéria cível, o Ministério Público, por meio de seus promotores e procuradores, são legitimados ativos a propor ações civis públicas ou coletivas que versem sobre interesses transindividuais relacionados a proteger as pessoas com deficiência.

Acerca das Defensorias Públicas, sua função primeira é orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134 da CF / 88 e Lei Complementar nº 80/94). Essas atribuições se interligam com as pessoas com deficiência no momento em que elas estão à margem da sociedade, sem direito à saúde, à educação ou ao trabalho. Logo, elas passam a ser carentes. Entretanto, como existem órgãos especializados nas defesas dos direitos de pessoas com deficiências, as defensorias só têm essa atribuição de forma residual, sendo do Ministério Público, por exemplo, a primordial.

Como já foi mencionado acerca dos três poderes e de sua participação na criação e efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, vale pontuar aqui que o acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser salvaguardado. O “acesso” tratado aqui pode ser visto como um meio para reivindicação de pretensões com o desiderato de resolver litígios. Ora, a pessoa com deficiência é cidadão como qualquer outro, não admitindo em seu acesso ao judiciário qualquer déficit, pois já existem obstáculos suficientes que os impedem de exercer tais direitos.

Destaca-se ainda uma diferença entre o direito material como

forma de restituição ou reparação e o efetivo cumprimento da norma. O acesso à justiça pode ter essas duas vias, porém aqui será tratada apenas da segunda, pois o ressarcimento do dano não torna autônomas as pessoas com deficiência e pode ser visto como uma consequência simplista à violação do direito. Contudo, o grande objetivo seria o da não violação e que, se ocorresse, seria absolutamente excepcional.

Ademais, considerando que o acesso à justiça das pessoas com deficiência abrange não só a proteção nas relações jurídicas, mas também os atos de soberania estatal, sua função de pacificação atua na capacidade de efetivação dos direitos fundamentais implementados na Constituição. Sendo assim, a via judicial passa a ser um dos pilares na proteção desses direitos no plano individual e coletivo, renegando a ideia de que as normas constitucionais são meros preceitos programáticos. O Poder Judiciário passa a ser o responsável pela manutenção do bem comum nacional. Logo, ao garantir a tutela jurisdicional efetiva aos seus cidadãos, há uma confirmação do Estado Democrático de Direito.

Ainda acerca desse acesso à justiça, a Convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência, em seu art. 1º, estabelece que é obrigação dos Estados-Parte assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. Isso quer dizer que tanto o judiciário como o Ministério Público e as Defensorias Públicas devem ser acessíveis às pessoas com deficiência, no sentido mais amplo da palavra, devendo ocorrer o exercício do Direito de forma plena. Tendo em vista isso, é de extrema importância que haja uma acessibilidade física aos locais apropriados, que esses ambientes tenham pessoas capacitadas a ajudá-las, na forma de tradutores de braille, interpretes de línguas e outros profissionais auxiliares, além de pessoas com deficiência ocupando cargos a fim de mostrar a sociedade do qual são capazes.

## **6 Conclusão**

Considerando as análises já feitas, percebe-se que os direitos relativos às pessoas com deficiência no Brasil ganharam destaque com a Constituição de 1988, sendo assim, o que antes eram apenas Direitos Humanos, com a promulgação da Constituição, passa a ser Direitos Fundamentais que necessitam de efetivação. Diante disso, nota-se uma

preocupação do constituinte em garantir uma dignidade humana e um tratamento isonômico para as PcDs, uma vez estas que precisam da tutela estatal para cumprimento de medidas.

Esses princípios são pontuados, pois, sem dignidade da pessoa humana e isonomia, não há o que se falar em cidadania. Ora, dignidade é uma qualidade de todo indivíduo que o caracteriza como pessoa, dando-lhe direitos e deveres em meio a um contexto histórico e cultural. No que tange à isonomia, a grande questão é no tratamento das pessoas com deficiência, que deve ser diferenciado, prioritário e imediato para que ocorra a promoção da dignidade humana, sem que formas discriminatórias sejam incentivadas. Depois dessa visão breve acerca desses princípios, é imperioso salientar que, historicamente, as pessoas com deficiência sempre foram excluídas do convívio social, por serem vistas como diferente o que gerava medo e insegurança. Entretanto, hoje, sabe-se que a humanidade é plúrima, não havendo mais motivos para segregação. Logo, tendo em vista que as pessoas com deficiência buscam autonomia e emancipação política, com o advento da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi ratificada pelo Brasil, houve a elaboração de uma nova conceituação acerca de quem seriam essas pessoas. Esse novo conceito diz que as PcDs têm predicados e, ao se relacionarem com a sociedade, podem encontrar alguma barreira. É importante frisar que a limitação encontrada é a sociedade que estabelece, não tornando o meio acessível.

Sendo assim, analisando que as barreiras impostas pela sociedade atingem as pessoas com deficiência em todos os seus direitos, quatro deles foram escolhidas como direitos mínimos a serem garantidos: a acessibilidade, a educação e a saúde. Acerca da acessibilidade, é necessário retomar que esse direito não é o fim em si mesmo; ele é um meio para que todos os outros direitos sejam definitivamente efetivados, pois a inacessibilidade pode ocorrer em decorrência de uma barreira física, sistêmica ou atitudinal. Sobre a educação, esta deve ser inclusiva, fazendo com que as pessoas com deficiência tenham uma percepção do outro, independente de quem ele seja e do espaço que ocupa na sociedade. O direito à saúde digna é um primário e, em relação às PcDs, deve ser preventivo e prioritário.

Analisando esses pressupostos, conclui-se que o acesso à justiça das pessoas com deficiência está intimamente ligado ao que já foi dito e

ainda guarda relação com os poderes executivo, legislativo e judiciário, sendo estes, instrumentos essenciais para a efetivação de direitos. Em relação a isso, o poder legislativo ainda cumpre o seu papel, observando-se apenas que a legislação vigente é abundante, porém esparsa, dificultando o cumprimento e fiscalização. Sobre o poder executivo, a gestão das políticas públicas tem sido o grande problema, pois baseia-se em acordos políticos que prejudicam sua efetivação, enquanto que o poder judiciário é o garantidor da tutela as PcDs, mesmo quando suas sentenças não são cumpridas pelo Estado. Ainda em tempo, vale ressaltar o papel do Ministério Público e das Defensorias Públicas no auxílio a essa efetivação de direitos.

## Referências

ANDRADE, Ângela Maria. *Mundo do trabalho: a difícil trajetória do portador de deficiência mental*. Monografia (Especialização em Metodologia do Ensino de História e Geografia). Palmas: Centro Universitário Católico do Sudoeste do Paraná, 2008.

BRAGANÇA, Soraya; PARKER, Marcelo (Org.). *Igualdade nas diferenças: os significados do “ser diferente” e suas repercussões na sociedade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. A acessibilidade como condição de cidadania. In: GURGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

\_\_\_\_\_. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *Acessibilidade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto Federal nº 6.949 de 23 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 15 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto Regulamentar nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto Regulamentar nº 5.296 de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nº 10.048, de 08 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18383.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.899, de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18899.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18899.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.989 de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por portadoras de deficiência física, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18989.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18989.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros provados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 10.048 de 08 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/110048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110048.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 10.741 de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, Carolina Valência et al. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAUER, Ruth M. Chittó. Da diferença perigosa ao perigo da igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno. *Civitas: Revista de Ciência Sociais*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 399-413, jul./dez. 2005.

GURGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér (Org.). *O desafio das diferenças na escola*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia; DA SILVA, Beatriz Pereira; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

## RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Luíza de Almeida Pereira Macedo  
Advogada

### Resumo

O presente artigo visa produzir um estudo acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro, com referências sucintas ao direito francês, italiano e norte-americano. Procura-se atingir o objetivo do presente trabalho por meio da pesquisa bibliográfica em livros, textos, assim como em jurisprudências. Será abordada a evolução da vertente teoria no direito francês, italiano e norte-americano, com enfoque ao direito brasileiro, trazendo um conceito aberto de perda de uma chance. A seguir, será examinada a sua natureza jurídica, com explicações das divergências encontradas pela doutrina e pela jurisprudência, referentes a lucro cessante, dano emergente, dano autônomo e dano moral. Adiante, este trabalho versará sobre a possibilidade de indenização das chances perdidas, assim como as hipóteses de quantificação dessa espécie de dano. Depois, será abordada a aplicação deste novel tipo de responsabilização no direito brasileiro, com menção à permissibilidade legal da dita tese nos casos em que se envolva a subtração da oportunidade de obter uma vantagem ou eliminar uma desvantagem.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano emergente. Lucro cessante. Dano autônomo.

### Abstract

This article aims to produce a study on the civil responsibility for the loss of a chance in the Brazilian law, with brief references to French law, Italian and American. It seeks to achieve the goal of this work, through the literature in books, texts, as well as in jurisprudence. It will be part of the unfolding theory in French, Italian and American, with a focus to Brazilian law, bringing an open concept of loss of a chance. We next examined the legal nature, with explanations of the discrepancies found by the doctrine and jurisprudence relating to lost profits, damages, damage to self and moral damages. Further, this work will focus on the possibility of compensation for missed chances as well as the assumptions of this kind of quantification of damage. Then, it addressed the application of this novel type of

accountability in Brazilian law, with reference to the permissibility legal theory dictates that in cases involving the subtraction of the opportunity to gain an advantage or a disadvantage to eliminate.

**Keywords:** Civil responsibility. Loss of a chance. Consequential damages. Earnings. Damage autonomous.

## 1 Do Surgimento e evolução da teoria da perda de uma chance

Primeiramente, antes de tratar especificamente da teoria da responsabilidade civil, tendo por base a teoria da perda de uma chance, importante que se façam algumas considerações iniciais sobre o seu surgimento e evolução, para uma mais completa compreensão do tema.

Para esse fim, o presente estudo pauta-se no direito francês e italiano, com algumas referências do direito norte-americano, que foram considerados os pioneiros na tratativa do tema.

### 1.1 Direito francês e italiano

A teoria da perda de uma chance surge inicialmente na França, onde foi dada a ela maior atenção pelos doutrinadores e pela jurisprudência, os quais passaram a entender cabível uma indenização quando da ocorrência desse tipo de dano.

Para os franceses, o dano oriundo da perda de uma chance consistia em uma indenização pela perda da possibilidade de se conseguir uma vantagem, um direito, e não pela privação da própria vantagem esperada, fazendo uma nítida distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo<sup>1</sup>.

Os estudiosos da época traduziam somente a perda de uma chance de cura, limitando, assim, a sua aplicação aos casos de responsabilidade civil médica<sup>2</sup>.

O doutrinador Raimundo Simão de Melo<sup>3</sup> faz alusão dessa aplicação francesa:

<sup>1</sup>SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p.3.

<sup>2</sup>GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.22.

<sup>3</sup>MELO, Raimundo Simão. *Repertório de jurisprudência IOB*, n.8, 2007. 3v. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 26 fev. 2008.

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor (...). É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

### Ensina Glenda Gondim<sup>4</sup> que

Entende-se que a criação desta teoria foi admitida pelo direito francês, em face dos dispositivos legais presentes no Código Civil deste país. Isto porque, ao contrário do Código Civil Brasileiro, no Napoleônico não existe uma enumeração aos interesses protegidos, senão vejamos o art. 1.382 do Código Francês prevê que ‘Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga esse pela culpa em razão do qual ele ocorreu, a reparar’.

Posteriormente e depois de certa resistência, houve o acolhimento desta teoria na Itália, por meio de importantes juristas como Giovani Pacchioni, Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola.

Segundo os ensinamentos trazidos pela obra de Sérgio Savi, Pacchioni sempre enfatizou que não concordava com a teoria aqui exposta pelo fato de que “uma simples possibilidade, de uma chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado”<sup>5</sup>.

Adotando posição contrária a Pacchioni, Savi considera Adriano de Cupis como sendo o pioneiro na melhor aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Isso porque encaixou a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como ocorria com os autores que o antecederam<sup>6</sup>.

Mais tarde, Sérgio Savi apresenta uma importante conclusão do doutrinador Maurizio Bocchiola, afirmando que a chance teria que ter uma probabilidade de sucesso superior a 50% para ser admitida como dano certo e passível de indenização como dano emergente e não lucro cessante<sup>7</sup>.

<sup>4</sup>GONDIM, op. cit. p. 23. Nota 44

<sup>5</sup>PACCHIONI (1940, apud SAVI, 2006, p.8)

<sup>6</sup>SAVI, op. cit. p.10. Nota. 43

<sup>7</sup>Ibidem. p.23.

Nessa esteira, entendeu que, em virtude da extrema dificuldade de se comprovar o possível resultado almejado, é que a chance perdida deve ser enfrentada como um dano emergente e não lucro cessante.

No entanto, apesar de todos os estudos e contribuições de aperfeiçoamento por Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola, apenas em 1983 é que foi levado à Corte de Cassação Italiana o primeiro caso favorável à indenização pela perda de uma chance.

Raimundo Simão de Melo<sup>8</sup> novamente faz referência em seu artigo sobre o caso:

[...] No direito italiano, por exemplo, o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão [...] A corte de cassação reformou o acórdão do Tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria a obtenção do emprego, mas à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para a obtenção do emprego [...].

Começaram a surgir, pois, conceitos da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que, por influência da doutrina francesa e italiana, tem-se como a perda da possibilidade de auferir o resultado útil e não a perda propriamente dita do resultado cobiçado.

## 1.2 Direito norte-americano

No sistema do *Common Law*, a primeira aparição da teoria da perda de uma chance ocorreu em 1911. Rafael Peteffi da Silva<sup>9</sup> considera que “a importância e a utilidade da teoria da perda de uma chance fizeram com que o instituto penetrasse os portões da *Common Law* e se

<sup>8</sup>MELO, op. cit. Nota 45

<sup>9</sup>SILVA, op. cit. p. 11. Nota 30

fizesse fortemente presente em todos os ordenamentos participantes desta grande família jurídica”.

No direito norte-americano, o desenvolvimento desta teoria se deu principalmente nos casos envolvendo a responsabilidade médica.

Novamente Peteffi<sup>10</sup>, em sua bem elaborada doutrina, relata um famoso caso:

Assim, no caso *Falcon v. Memorial Hospital*, uma gestante adentrou o hospital para ter um bebê e, logo após ter dado à luz, acabou morrendo por embolia pelo fluido amniótico. A família ajuizou demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem este tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente de sobreviver à referida embolia. A Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação.

O que se pôde constatar é que, no direito do *Common Law*, apesar de existir o requisito da condição necessária para efeito de responsabilidade, conhecida sob a denominação *but for*, este pressuposto guarda diferenciações com o direito brasileiro, tendo em vista que não existem teorias que defendam esse pressuposto para onexo causal, como no ordenamento pátrio.

### 1.3 Direito brasileiro

Atualmente, no direito brasileiro, apesar de não ser, ainda, objeto de análise e de aplicabilidade frequente, a teoria da perda de uma chance está, aos poucos, sendo aceita e aplicada em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina e a jurisprudência ainda são divididas sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Alguns entendem que é espécie de lucro cessante, outros, que se trata de dano emergente, e ainda, aqueles que a interpretam como dano moral e até mesmo como sendo uma nova espécie de dano.

Pode-se dizer que uma das complexidades que beiram esta teoria

---

<sup>10</sup>Ibidem, p. 12.

se dá em relação à prova do nexu causal. Observa-se que há, na verdade, uma quebra nos atributos clássicos da responsabilidade civil.

## 2 Conceito de perda de uma chance

A chance perdida tem sido compreendida pela maioria dos estudiosos e pela própria jurisprudência como aquela séria e real, caracterizada quando há quebra na expectativa de um direito ou oportunidade esperada cuja ocorrência, dentro do curso natural, seria praticamente certa, ou seja, o sujeito perde a chance de tentar buscar ou de conseguir um direito. Note que não se trata da perda do próprio direito, mas, sim, da sua possibilidade de ocorrência.

A teoria aqui analisada, nos dizeres de Glenda Gondim<sup>11</sup> é conceituada como

A teoria da perda de uma chance, como é comumente denominada, objetiva a indenização da vítima que teve frustrado o seu objetivo. O dano em si não será imputado ao agente, pois poderá haver outras concausas; todavia, o agente será apenas responsável pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta.

Pretende, com eficiência, indenizar a chance perdida como obter um lucro, ou de se evitar um prejuízo, vista como um dano de fato, passível de reparação.

Pode-se dizer, com toda a convicção, que a chance não pode ser analisada como a perda de um resultado favorável, mas, sim, como a perda da possibilidade de angariar aquela vantagem<sup>12</sup>.

Roberto Abreu e Silva<sup>13</sup> a define como sendo

[...]A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de obtenção de vantagem ou de sucesso em

<sup>11</sup>GONDIM, op. cit. Nota 44

<sup>12</sup>BIONDI, Eduardo Abreu. *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil*. Disponível em <[http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver\\_destaque&cod\\_destaque=428](http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_destaque&cod_destaque=428)>. Acesso em: 26 fev. 2008.

<sup>13</sup>SILVA, Roberto de Abreu. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v.9, n. 36, p. 39. 2006.

pretensão séria assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano, resultando em prejuízo provado ou evidente do fato à pessoa inocente [...].

Já para Silvia Mota<sup>14</sup> “a perda de chance é aquele dano do qual decorre a frustração de uma esperança, na perda de uma oportunidade, de uma probabilidade”.

Nessa seara, restou esclarecido que o conceito de perda de uma chance não denota a perda de um direito, mas efetivamente da possibilidade de alcançá-lo, em virtude de ato de terceiro.

### **3 Da natureza da teoria da perda de uma chance: dano emergente, lucro cessante e dano moral.**

Há várias correntes acerca da natureza jurídica da perda de uma chance no direito brasileiro. Considerando que o tema é de aplicação tímida em nosso ordenamento, a doutrina e a jurisprudência ainda não enquadraram de forma pacífica este tipo de responsabilidade civil.

Mister buscar, primeiramente, um breve conceito de cada uma dessas espécies. Raimundo Simão de Melo<sup>15</sup> aduz sobre dano emergente que

O dano emergente, como entendido pacificamente na doutrina, importa numa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu, o que hoje está consagrado no artigo 402 do Código Civil.

Ora, dano emergente é o efetivo prejuízo suportado pela vítima, ou seja, consiste, em linhas gerais, na diminuição do patrimônio vítima em razão do ilícito.

Para Venosa<sup>16</sup>, dano emergente é “aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição do patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu”.

<sup>14</sup>MOTA, Silvia, *Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas*. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/perdadechance>>. Acesso em: 5 mar. 2008.

<sup>15</sup>MELO, op. cit. Nota. 40

<sup>16</sup>VENOSA, op cit. p.30. Nota 13

Com relação aos lucros cessantes, Sérgio Cavalieri Filho sustenta que

Na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado<sup>17</sup>.

Entende-se, assim, lucro cessante como aquilo que a vítima deixou de lucrar por conta de um dano sofrido. Ela não ganhou aquilo que comumente auferiria. É um ganho previsto, embora a sua quantificação não seja fácil de ser avaliada.

Maria Helena Diniz<sup>18</sup> afirma que esse tipo de dano, negativo, é alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado.

O dano moral, noutra senda, é aquele que não possui caráter patrimonial, é um dano não material. Pablo Stolze o define como sendo aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando, por exemplo, sua intimidade, vida provada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente<sup>19</sup>.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>20</sup>, “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. Não se trata de mero aborrecimento ou desgosto. Há de ter realmente uma afronta ao um bem personalíssimo que cause dor, sofrimento, humilhação à vítima.

Toda essa breve exposição se dá no intuito de averiguar qual a natureza jurídica da perda de uma chance, eis que não é manso e pacífico na doutrina pátria o entendimento da perda de uma chance como dano certo e determinado.

Como dito alhures, parte entende como espécie de dano emergente, outra de lucro cessante. Há quem diga também que se trata meramente

<sup>17</sup>CAVALIERI FILHO, op cit. p. 90. Nota 10

<sup>18</sup>DINIZ, op cit. p. 91. Nota 2

<sup>19</sup>GAGLIANO, op cit. p.62. Nota 3

<sup>20</sup>DINIZ, op cit. p. 91. Nota 2

de dano moral e, ainda, os que acreditam que a perda de uma chance é de natureza diversa, estipulada entre o dano emergente e o lucro cessante.

Simão de Melo<sup>21</sup> arrisca que

Assim, o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e a não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.

Venosa, também se mostra adepto a um terceiro gênero de indenização, já que perda de chance pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante<sup>22</sup>.

Para Savi, noutro norte, quem melhor compreendeu esta natureza jurídica foi Adriano de Cupis, posteriormente seguido de Bocchiola, por ter reconhecido a chance perdida como sendo uma espécie de dano emergente e não de lucro cessante. Ele é enfático ao afirmar que

Ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da chance da vitória e não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexa causal entre o ato danoso do ofensor e do dano<sup>23</sup>.

Acreditam que assim sendo considerada, a admissão de uma indenização se tornaria mais concreta, tendo em vista que estariam afastados os empecilhos sobre a incerteza do dano, ou seja, no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar<sup>24</sup>.

<sup>21</sup>MELO, op. cit. Nota 45

<sup>22</sup>VENOSA, op. cit., p.198. Nota 13

<sup>23</sup>SAVI, op. cit., p. 11. Nota 43

<sup>24</sup>LOPES, Rosamaria Novaes Freire. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1028>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

Sérgio Novais Dias, Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho, entre outros, inserem a perda da chance no conceito de lucros cessantes, pois exigem, para eventual dever de indenizar, a certeza, ainda que relativa, do sucesso caso tivesse obtido o resultado do qual foi frustrado.

Nesse sentido, cita-se o sempre lembrado Sérgio Cavalieri Filho<sup>25</sup>, que, como dito acima, menciona a perda da chance como aspecto do lucro cessante:

Consiste lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais fala na *perda de uma chance* (*perte d'une chance*) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc.

Há, ainda, os que sustentam que seria uma modalidade de dano moral, por entender que se trata de uma subespécie da responsabilidade extrapatrimonial.

Esta vertente leva em conta a dificuldade de se alcançar a certeza do dano, neste caso específico de responsabilidade, visto que não há como se colher o prejuízo propriamente dito.

Consideram, pois, como uma extensão do dano moral, em face da extrema complexidade em quantificar os abalos patrimoniais representados pela perda de uma chance.

No entanto, a título de esclarecimento, Sérgio Savi<sup>26</sup> não admite que a perda de chance seja considerada como um dano exclusivamente moral. Este autor defende que

Haverá casos em que a perda de chance, além de representar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que, apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda

<sup>25</sup>CAVALIEIRI FILHO, op. cit., p. 90-91. Nota 10

<sup>26</sup>SAVI, op. cit. p. 56. Nota 43

da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se, mais uma vez, que o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral.

Imperioso destacar que a falta de estudos mais aprofundados sobre a perda de uma chance ocasiona essa enorme divergência acerca da sua natureza jurídica e impede uma explanação mais aprofundada no presente artigo.

Raimundo Simão já dizia que “O tema é novo e merece reflexões para evitarem-se desvirtuamentos errôneos e até mesmo corrida desenfreada e irresponsável na busca de indenizações para qualquer situação<sup>27</sup>”.

#### **4 A perda de uma chance como modalidade de dano indenizável**

Passadas as divergências sobre a natureza jurídica da perda da chance, e, apesar de a doutrina, ainda, necessitar de uma solidificação em relação aos seus limites e a sua aplicação, é certo que esta teoria tem sido aceita como modalidade de dano indenizável, desde que não sejam expectativas incertas ou pouco prováveis.

Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do fato danoso.

Glenda Godim<sup>28</sup> é enfática ao lecionar que

A chance perdida a ser indenizada não pode, em hipótese alguma, ser meramente hipotética, devendo existir a atual certeza de que houve uma impossibilidade de realizar um ganho ou evitar uma perda. Essa certeza reside na comprovação de que a oportunidade que se perdeu em virtude da conduta do agente se concretizaria.

A perda da chance, desde que se refiram a chances sérias e reais, é passível de indenização, eis que simples esperanças subjetivas e danos meramente hipotéticos não são capazes de ensejar a responsabilidade civil.

Vale salientar, nesse ponto, que não é qualquer chance perdida

<sup>27</sup>MELO, op. cit., p. 237. Nota 45

<sup>28</sup>GONDIM, op. cit., p. 24. Nota 44

que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for séria e real<sup>29</sup>.

É cediço que determinar o valor da chance perdida não é tarefa de fácil constatação. No entanto, não se pode admitir que seja razão para negar um eventual dano existente.

Inevitável evidenciar que a chance perdida deve representar mais do que uma simples esperança subjetiva. Vale transmitir o pensamento de Rafael Peteffi da Silva<sup>30</sup> ao aduzir que

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, de danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.

Há de se reparar que se deve buscar, com base nesta teoria, uma responsabilização pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo e não pela perda da própria vantagem.

Atente-se para o pensamento de Roberto de Abreu e Silva<sup>31</sup>:

Havendo, pois, um dano causado pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado por conduta comissiva ou omissiva do agente e violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo.

Como visto, meras possibilidades não são passíveis de indenizações, mas apenas nas situações viáveis em que haja a perda da probabilidade de um evento que fortemente seria considerado favorável à vítima.

## **5 Da quantificação da indenização pela perda de uma chance**

Outra grande dificuldade enfrentada pela doutrina e jurisprudên-

<sup>29</sup>SAVI, op. cit. p. 60. Nota 43

<sup>30</sup>SILVA, op. cit. p. 134. Nota 30

<sup>31</sup>SILVA, op. cit. p. 39. Nota 55

cia, seja no âmbito nacional ou internacional, é no momento de quantificar o dano oriundo da responsabilidade pela chance perdida.

Para Bocchiola, na doutrina italiana, lembrado por Savi<sup>32</sup>, a chance seria indenizável, desde que representasse uma probabilidade de sucesso superior a 50%.

Rafael Peteffi<sup>33</sup> colaciona, em sua obra, que

[...] pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. [...]

Por faltar certeza acerca do resultado final, quando se refere à perda de uma oportunidade, é que se diz que a dita indenização deverá ser inferior ao valor do benefício útil almejado.

Na verdade, não se tem, ainda, qualquer estudo de critério técnico utilizado no momento da quantificação do dano pela chance perdida. Verificou-se, no entanto, que, na prática, o valor concedido é menor do que a vítima teria auferido caso a vantagem esperada tivesse sido concretizada.

Importante trazer à tona trecho da obra de Rafael Peteffi<sup>34</sup>, relativa a esta questão:

Mesmo nos acordãos nos quais a quantificação do dano pela perda de uma chance é levada a cabo, não há qualquer menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido à vítima, denotado, para o operador do direito, a impressão de uma quantificação realizada “por sentimento”, isto é, sem qualquer critério técnico.

Savi<sup>35</sup> afirma que a quantificação do dano deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá, a partir do dano final, fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

<sup>32</sup>SAVI, op. cit., p.23. Nota 43

<sup>33</sup>SILVA, op. cit. p.138. Nota 30

<sup>34</sup>Ibidem. p.206.

<sup>35</sup>SAVI, op. cit., p. 63. Nota 43

O entendimento, pois, é que a fixação da indenização toma por base o valor total do resultado esperado e sobre este faz recair um coeficiente de redução proporcional às chances de aquisição do resultado final esperado.

Ora, não havendo como se fazer prova severa e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado desejado.

Rosamaria Novaes Freire Lopes<sup>36</sup> menciona que

Diante disso, a aplicação da indenização deve-se utilizar de um critério de probabilidade ao estabelecer o valor devido à vítima, fazendo uma avaliação do grau da álea da chance de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o fato, pois esta chance possui um valor pecuniário, e isso não pode ser negado, mesmo sendo de difícil quantificação, portanto é o valor econômico desta chance que deverá ser indenizado.

Por seu turno, pontifica Bibiana Carollo Bortoluzzi<sup>37</sup>

A perda da chance, contudo, é teoria utilizada para calcular a indenização por dano material quando há um dano atual, porém incerto, dito “dano hipotético”, o qual necessitará de um juízo de valor para a aferição do quantum devido a título de indenização. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante).

Há julgados, nos tribunais brasileiros, que concedem a indenização da perda da chance, porém, a título de lucro cessante, o que constitui um equívoco, pois, como demonstrado, ainda que sejam figuras muito próximas, não são de todo iguais.

Vale ressaltar, ainda, que, quando da indenização patrimonial sob o prisma da perda de oportunidade, o que se deve levar em conta para a fixação do *quantum* é a chance em si, e não o que a vítima poderia ter recebido; não se pode tencionar cobrir o eventual benefício perdido.

<sup>36</sup>LOPES, op. cit. Nota 68

<sup>37</sup>BORTOLUZZI. Bibiana Carollo. A perda da chance e a responsabilização do advogado. *Jus navigandi*, Teresina, 2006. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8250>>. Acesso em: 05 maio 2008.

Em sendo assim, percebe-se que, apesar dos obstáculos relativos à quantificação, não há como se negar o valor econômico da chance perdida que deve ser indenizada, desde que não se trate de expectativas incertas ou improváveis.

Esclareça-se, pois, que, apesar do significativo crescimento de textos que se ocupam da teoria da perda de uma chance, a doutrina pátria ainda carece de uma solidificação em relação aos seus limites e à sua metodologia de aplicação.

## **6 A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro**

O conjunto doutrinário brasileiro sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance ainda é bastante tímido. O seu exercício também se mostra receoso. No entanto, pode-se dizer que há uma ebulição na seara da dita teoria.

Certo é que, em havendo hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance, o direito brasileiro, na maioria das vezes, reconhece a existência de um dano a ser indenizado, desde que preencha os requisitos exigidos.

Ocorre que o grande problema enfrentado pelos doutrinadores estrangeiros, donde essa teoria adveio, e da mesma forma aqui, no Brasil, dá-se em relação à natureza jurídica e à quantificação dessa indenização.

Mas, a maioria concorda que o que se indeniza é a perda da possibilidade de obtenção do resultado esperado ou de evitar um prejuízo, desde que a chance seja séria e real, eis que não há que se falar de um ganho hipotético ou eventual.

Glenda Godim<sup>38</sup> assevera que

[...] a jurisprudência e a doutrina que criaram a teoria da perda de uma chance consideram ressarcível o prejuízo resultante de uma conduta que, apesar de não causar um dano propriamente dito, retirou uma oportunidade plausível do ofendido.

Caberá, isso sim, ao juiz, na apreciação de cada caso concreto, diferenciar a perda de uma chance do dano meramente incerto.

<sup>38</sup>GONDIM, op cit., p. 24. Nota 44

Neste particular, Cavalieri<sup>39</sup> enfatiza, ao entender a perda da chance como lucro cessante, que “o cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético, ou dano remoto que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito”.

Na mesma direção, Caio Mário<sup>40</sup> observa, em sua obra “Responsabilidade Civil”, que, “[...] se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida caso seja considerada dentro da ideia de perda de uma oportunidade (*perd d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano.”

Como se vê, essa jovem teoria leva a um estreito liame entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, pois trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico, que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que não mais se poderá saber se o lesado por si só alcançaria ou não os ganhos ou se evitaria ou não a certa vantagem, pois um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

A maioria dos estudos atuais, seja na doutrina ou na jurisprudência brasileiras, faz uso dessa teoria, mais comumente, nos casos que envolvem responsabilidade do advogado e em caso de erros médicos.

Exemplo disso é uma das definições apresentadas por Sérgio Novais Dias<sup>41</sup>:

A responsabilidade civil pela *perda de uma chance* tem características bem peculiares que a diferem das outras situações que envolvem perdas e danos. É que, na *perda de uma chance*, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão do seu cliente.

Nos casos de falha médica, Miguel Kfoury Neto<sup>42</sup> considera que “esta teoria foi transposta para a área médica sob a rubrica de *perte d'une chance de survie* ou de *guérison*”.

<sup>39</sup>CAVALIEIRI FILHO, op cit., p. 91. Nota 10

<sup>40</sup>PEREIRA, op cit., p.42. Nota 8

<sup>41</sup>DIAS, Sérgio Novais, *Responsabilidade civil do advogado*. São Paulo: LRT, 1999. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_dezembro2000/corpodocente/resp\\_civil.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2000/corpodocente/resp_civil.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2008.

<sup>42</sup>NETO, Miguel Kfoury. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. p.97.

No entanto, Rafael Peteffi anota que

[...] a utilização da perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual, quanto naqueles gerados pelos ilícitos absolutos, assim como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e pela responsabilidade objetiva.

Corresponde, assim, a uma nova forma de se analisar os prejuízos sofridos pela vítima, por isso dizer, mais uma vez, que a chance perdida deve ser séria e real e não apenas focada em suposições.

### 6.1 Previsão legal

A nossa Lei não traz expressamente em seu corpo previsão da admissibilidade e consequente aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance.

Mas, elaborando-se uma das regras existentes e realizando uma interpretação em um sentido mais amplo do que o literal, de acordo com os textos e doutrina ora estudados, não se encontrou, em nenhum campo do presente trabalho, qualquer empecilho para a execução da mencionada teoria.

Registre-se, ainda, que esta teoria tem sido aplicada no direito pátrio de acordo com os arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002<sup>43</sup>, no sentido de que quem causar dano a outrem, indiscutivelmente deverá repará-lo na exata proporção do agravo sofrido.

Também, veja-se o art. 402 do referido Código Civil de 2002, que vaticina que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Glenda Godim<sup>44</sup> assevera, em importante constatação, que

[...] de um lado tem-se que o Código Civil Brasileiro impõe a certeza do dano como pressuposto da reparação, omitindo a possibilidade de indenizações das “chances”, sendo que, por outro lado, tem-se um dos princípios fundamentais do instituto da responsabilidade civil, qual seja o *neminem laedere*, referindo-se à necessidade de indenização às lesões sofridas por qualquer indivíduo.

<sup>43</sup>BRASIL. Op. cit. p.169-170. Nota 4

<sup>44</sup>GONDIM, op cit. p. 24. Nota 44

Simão de Melo<sup>45</sup> também considera, em termos legais, que a possibilidade de indenização pela perda de uma de uma chance, no direito brasileiro, é agasalhável, visto que

[...] É que a Constituição Federal estabelece, no inciso V do art. 5º, cláusula geral de responsabilidade, dizendo que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Desse mandamento decorre que quem causar dano a outrem é obrigado a repará-lo proporcionalmente ao agravo.

Rafael Peteffi<sup>46</sup> da Silva conclui que

[...] a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa torna-se óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Também se acredita que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação à modalidade de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o nosso direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance.

Sérgio Savi<sup>47</sup>, ao considerar a chance perdida como subespécie de dano emergente, frisou que esta perda “encontra a sua previsão legal na primeira parte do art. 402, do Código Civil vigente”.

Conclui o mencionado autor que, “ao dispor que as perdas e danos devidos ao credor abrangem o que ele *efetivamente perdeu*, o referido dispositivo legal está se referindo, conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, aos danos emergentes<sup>48</sup>”.

Restou explicitado, portanto, que não há entrave algum para o reconhecimento à indenização pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, em virtude dos incipientes estudos

<sup>45</sup>MELO, op cit. Nota 45

<sup>46</sup>SILVA, op. cit., p.215-216. Nota 30

<sup>47</sup>SAVI, op. cit., p.90. Nota 43

<sup>48</sup>Ibidem..

sobre a supracitada teoria, o seu enquadramento legal está sendo condicionado às diversas posições dos aplicadores do direito.

Observa-se, assim, aderência perante os Tribunais Pátrios que passaram a reconhecê-la e aplicá-la em inúmeras decisões, apesar de inexistir uma específica previsão legal a seu respeito.

## 6.2 Reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance nos tribunais brasileiros

Na jurisprudência brasileira, a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance cresce a cada dia. Nesse mesmo sentido, reconhece Savi que a pesquisa de jurisprudência realizada em sua obra “demonstra como o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro<sup>49</sup>”.

Neste sentido, Peteffi<sup>50</sup> ressalta que

Não obstante, o entusiasmo com o inquestionável crescimento do número de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance deve ser temperado pelo fato de a maioria dos tribunais brasileiros ainda não ter tomado contato com a teoria. Assim, mesmo avançando a passos largos, seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aceitação sistemática por parte da jurisprudência brasileira.

É certo que há carência de julgados sobre o assunto em estudo, já que se trata de tema recente em nosso direito, mas não se pode olvidar o crescente aceitamento dessa teoria nos Tribunais Pátrios e uma maior aceitação dessa inserção.

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o *leading case* sobre o tema, extrai-se de um recurso especial julgado em 2005, no qual houve reconhecimento favorável da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Trata-se do conhecido caso do “Show do Milhão”, como se percebe do Recurso Especial nº 788.459 - BA (2005/0172410-9).

<sup>49</sup>SAVI, op. cit., p.44, Nota 43.

<sup>50</sup>SILVA, op. cit., p.186. Nota 30.

Após esse julgado, nossos Tribunais de Justiça passaram a aplicar a teoria de uma perda de uma chance em diversos temas, a exemplo da responsabilidade civil do advogado e médica. Para exemplificar um julgado do ano de 2010:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro<sup>51</sup>.

Cite-se, também, um caso analisado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERDA DE UMA CHANCE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A teoria da perda de uma chance *perte d'une chance* visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, ou fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que

<sup>51</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1190180*, Recorrente : Manfredo Erwino Mensch - Recorrido : Onofre Dal Piva – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2011.

essa seja razoável, séria e real, e não semente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE, ALOMAO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010<sup>52</sup>.

E ainda, nosso Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTAM DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ.

2. Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que “há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo”. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas stricto sensu, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão,

<sup>52</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. *Apelação Cível nº 03920090016823001*. Órgão (3ª CÂMARA CÍVEL) - Relator Márcio Murilo da Cunha Ramos, .2012. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2014. <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2014.

provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício.

4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos.

5. Ocorre que o dano sofrido pela parte ora recorrente de ordem material não advém da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não restam dúvidas. Não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada. A questão assim deve continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo portanto ser redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação<sup>53</sup>. (...).

(REsp 1308719/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

Note-se que ainda persiste a indefinição quanto à natureza jurídica do dano indenizável pela responsabilidade pela perda de uma chance, bem quanto a sua quantificação, mas inegável que a teoria está sendo cada vez mais citada e analisada em diversos casos práticos, razão pela qual se dá a necessidade de amadurecimento no seu estudo.

## 7 Considerações finais

Para finalizar, importa dizer que, no artigo em foco, buscou-se fazer um sucinto estudo acerca da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, com referências ao direito francês, italiano e norte-americano.

Sabe-se que, no direito pátrio, o instituto da responsabilidade civil passou e ainda passa por frequentes reformulações com relação aos seus requisitos ou elementos indispensáveis.

Hodiernamente, a busca pela reparação integral dos prejuízos

<sup>53</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1308719*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2014.

sofridos pelo lesado levou a doutrina e a jurisprudência pátrias a criarem mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentarem as possibilidades de reparação efetiva dos danos.

E é neste aspecto que surgiu a teoria da perda de uma chance, corrente inovadora, que trata da responsabilidade civil nos casos em que haja privação de uma oportunidade, em face da violação a uma probabilidade séria e real de obter uma vantagem ou de eliminar um prejuízo.

A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance trata de tema bastante relevante, pois amplia a área de atuação da responsabilidade civil, uma vez que possibilita a indenização da vítima, independente de ser qualificado como um dano emergente, lucro cessante ou por uma nova espécie de dano.

Em se verificando preenchidos os pressupostos e em se tratando de chance, como dito, séria e real, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado de forma favorável a sua reparação.

Cabe, pois, ao julgador, em cada caso concreto, avaliar o dano ocorrido e constatar se realmente a subtração que deixou de ser gozada era séria e se, a partir de cálculos de probabilidades, a mesma detinha condições de ser auferida.

Um problema encontrado nessa teoria se refere à natureza jurídica das chances perdidas e a sua quantificação no direito brasileiro, já que é tema incipiente e bastante divergente.

Nesse ponto, deve-se dizer que não se adotou nenhuma teoria determinada sobre o assunto, mas que apenas tentou explicitar a existência dos diversos entendimentos e posicionamentos. Assim, como ainda não existe consenso e nem prevalência de nenhuma posição, o exercício dessa atividade foi o de mostrar a aplicação deste tipo de indenização baseada em alguns casos concretos.

Registre-se que não há previsão legal expressa sobre esta responsabilidade no direito brasileiro. Ademais, o tema não está sedimentado do país, e a doutrina ainda trata de forma tímida essa teoria.

A aplicação da perda de uma chance no Direito Brasileiro se deu por conta da releitura dos conceitos jurídicos civilistas com a Constituição Federal de 1988, em resposta à necessidade premente de proteção à pessoa humana, ajudando a reordenar os paradoxos e atendendo aos anseios de Justiça do homem da atualidade.

No entanto, nos tribunais pátrias, foram encontrados vários

julgados de aplicação desta tese, o que denota que a sua aceitação está em fase de ebulição no ordenamento jurídico brasileiro.

Em sendo assim, o que se deve ter em mente é que o assunto não comporta um estudo generalizado, com abrangência de todos os pontos desta teoria. Pretendeu-se, apenas, demonstrar de forma breve a utilização desta novel teoria e seus aspectos e características gerais, com base no doutrina e jurisprudências obtidas até o momento.

## 8 Referências Bibliográficas

BIONDI, Eduardo Abreu, *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil*. Disponível em: <[http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver\\_destaque&cod\\_destaque](http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_destaque&cod_destaque)>. Acesso em: 26 fev. 2008.

BORTOLUZZI, Bibiana Carollo. A perda da chance e a responsabilização do advogado. *Jus navigandi*, Teresina, 2006. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8250>>. Acesso em: 05 maio 2008.

BRASIL. Código Civil. In: *Vade mecum*: Mandamentos de direito. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1190180*, Recorrente : Manfredo Erwino Mensch - Recorrido : Onofre Dal Piva – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 set.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1308719*, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado*. São Paulo: LRT, 1999. Disponível em : <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_dezembro2000/corpodocente/resp\\_civil.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2000/corpodocente/resp_civil.htm)> acesso em: 16 abr. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1028>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmira. *Regras de metodologia para trabalhos na graduação*. João Pessoa: Unipê, 2006.

MELO, Raimundo Simão. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 8, 2007. v.3. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 26 fev. 2008.

MOTA, Silvia. *Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas*. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/perdadechance>>. Acesso em: 5 mar. 2008.

NETO, Miguel Kfoury. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.

PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano*. parte seconda: diritto delle obbligazioni. v.IV: Delitti e Quase Delitti. Padova: Cedam, 1940.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba, *Apelação Cível nº 03920090016823001*, Órgão (3ª CÂMARA CÍVEL) - Relator Márcio Murilo da Cunha Ramos, 2012. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo. Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Roberto de Abreu. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista EMERJ*, v.9, n. 36. Rio de Janeiro, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



# AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A PROMOÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E EFICIÊNCIA

**Rodrigo Silva Pires de Sá**

Pomotor de Justiça no Estado da Paraíba

## **Resumo**

O direito à saúde, tal como colocado no Texto Constitucional de 1988, é um Direito Social (art. 6º da CF/88) devido a todos, indistintamente, pelo Estado (art. 196, da CF/88), mediante prestação direta e, de forma complementar, por pessoas jurídicas de direito privado. Contudo, o Estado Brasileiro, seguindo a ótica neoliberal, especialmente a partir da década de 90, com o objetivo declarado de obter maior eficiência gerencial e qualidade na prestação dos serviços públicos não privatizados, entre os quais a promoção da saúde, adotou o que se convencionou denominar de “terceirização dos serviços de saúde”, processo caracterizado, na prática, por minimizar os controles típicos aplicáveis à administração pública, resultado do regime jurídico de direito público. Com efeito, logo surgiram questionamentos acerca da constitucionalidade dessa prática, robustecidos pela evidenciada ausência de controle dos resultados alcançados pelas entidades privadas que se propuseram a execução dos serviços de saúde. Da forma como acontece esse processo no Brasil, mediante o mero repasse de hospitais, prédios, móveis, equipamentos, recursos públicos financeiros e humanos, não se mostra exitoso, não alcançando a pretendida eficiência, modernidade e eficácia, mostrando-se, na verdade, ofensivo à Constituição da República e à ordem jurídica.

**Palavras-chave:** Saúde. Organização Social. Constitucionalidade. Eficiência.

## **Abstract**

The right to health, as argued by the Constitutional Text 1998, is a social law (article 6 of the Constitution, 88) due to all, without distinction, by the State (art.196, the CF / 88) by direct provision and in a complementary way, for legal entities of private law. However, in the neoliberal context, the State, in the 90s, with the stated goal of achieving greater managerial efficiency and quality in the provision of health

services to users, adopted the so-call “outsourcing of health services” process characterized in practice by mainly by minimize typical controls became applicable to the public administration, in fact, there were questions about the legality and even constitutionality of this practice, strengthened by the evident lack of control of the results achieved by non-profit entities affected for execution of health services. How this process happens in Brazil, where there number and improper transfer of hospitals, buildings, movies, equipment, public and human resources, can not reach, at any scale, the desired efficiency, modernity and efficiency, being offensive to the Constitution the Republic and the law applicable to species.

**Keywords:** Health Issues. Organizacion Social. Constitutionality. Efficiency.

## 1 Introdução

A análise crítica da postura do Estado brasileiro frente àquilo que se convencionou nominar de “terceirização” revela claramente seu desejo de “privatizar” os serviços públicos de saúde. Para tal ilação, basta observar que a quase totalidade das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que assumem esse papel não dispõem de patrimônio ou estrutura hospitalar e simplesmente assumem a capacidade já instalada do Estado, ofendendo a Constituição Federal de 1988 (arts. 6º, 196, 197 e 199) e a Lei nº 8080/90 (arts. 2º, 4º, 24 a 26) que impõem ao ente federativo o dever de prestar os serviços de saúde diretamente e, somente quando patenteadas a insuficiência das disponibilidades estatais, franqueiam a participação de entidades de direito privado filantrópicas e as sem fins lucrativos, ou seja, para complementar a atividade estatal.

Bem verdade que, tratando-se de serviço público não exclusivo, a promoção da saúde é livre à iniciativa privada, mas nem por isso o modelo de simbiose estabelecido a partir do marco legal do Terceiro Setor (Lei nº 9.637/98) deve excluir o Estado e, portanto, somente deve ser adotado de forma complementar sob pena de afronta à ordem jurídica. Isso, contudo, não é a *praxis* no Brasil.

Parece evidente que as pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas como Organizações Sociais (OS), não podem executar em toda e qualquer circunstância os serviços próprios do Estado, tal como a

promoção da saúde pública. Essa intervenção deve sempre ter natureza subsidiária, atuando, o Poder Público, mediante atividade administrativa de fomento quando a prestação direta do serviço se mostrar insuficiente. Assim, a substituição do Estado na gestão, gerência e execução de serviços públicos de saúde, como vem acontecendo hodiernamente, não encontra guarida na Constituição Federal e/ou na Lei nº 8.080/90, embora repouse em arcabouço legal vigente, qual seja, a Lei nº 9.637/98.

Posto isso, é forçoso reconhecer que a Lei nº 9.637/95 tem por escopo, segundo as normas inseridas em alguns de seus dispositivos (arts. 1º, 5º, 12, 14, 18 a 22), desonerar o Estado do dever que a Carta Magna lhe impôs como protagonista: garantir o Direito Social à Saúde.

## **2 A Constituição Federal de 1988, o direito ao serviço público de saúde e as organizações sociais.**

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), instrumento que apregoava a necessidade de o Estado deixar de ser executor exclusivo das políticas públicas como único meio de socializar com a iniciativa privada a responsabilidade de reduzir as mazelas provocadas pelo mercado, foi o marco que desencadeou uma série de alterações normativas no ordenamento jurídico pátrio (p. ex. EC 19/98, EC 21/98, Lei Complementar 101/2000, Lei nº 9.801/99, Lei nº 8.031/90, Lei nº 9.401/97 e Lei nº 9.790/99).

Nesse cenário ideológico e político, eis que foi sancionada a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, diploma que, ao tempo que reafirmava as diretrizes do Plano de Reforma do Estado no sentido de que “a garantia da eficiência e a qualidade dos serviços devem ser asseguradas pela descentralização da União para os Estados e destes para os Municípios, através de parceria com a sociedade, por Contratos de Gestão”, dispôs sobre a qualificação de entidades privadas como Organização Social. Segundo a norma, para alcançar aquele ideário, deveria haver a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, por pessoas jurídicas de direito privado credenciadas como Organização Social.

Inexoravelmente, a análise crítica da referida norma revela o seu objetivo: afastar o regime jurídico de direito público do campo da prestação dos serviços de saúde, apontado como “vilão” no atendimento eficaz e de qualidade à população.

Não tardou para que a doutrina administrativista se manifestasse acerca da norma, vista com certa desconfiança. Para PIETRO (2002, p. 418-421), a absorção pela organização social da atividade antes executada por ente estatal, com a utilização do patrimônio público e servidores outrora a serviço desse ente que resulta extinto, tinha legalidade duvidosa, sugerindo, por isso, que o “legislador estabelecesse um mínimo de normas sobre tais entidades, não para igualá-las às entidades da Administração Pública, mas para submetê-las a regime jurídico semelhante ao dos serviços sociais autônomos”.

Já MODESTO (2001), afirmava que a justificativa do Governo, à época, era que esta transferência traria eficiência na prestação dos serviços de saúde, na medida em que proporcionaria maior autonomia gerencial, incremento de responsabilidades para os dirigentes desses serviços, menor custo, em suma, um melhor atendimento ao cidadão. De fato, a nobreza desse objetivo encontrou ressonância em importante doutrina administrativista que defendiam que o repasse da gestão da saúde a entidades do Terceiro Setor atendia ao princípio da universalidade e constituía ótimo mecanismo de auxílio ao Estado. E disso não se duvida.

Contudo, não há como negar que a norma referenciada flexibiliza os controles administrativos, embora veicule mecanismos para garantir o controle finalístico de suas atividades.

Antes de prosseguir, indispensável pontuar a forma de prestação dos serviços públicos, segundo a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, segundo classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo, existem dois grandes grupos de atividades: atividades econômicas e atividades não econômicas. Estas, segundo o autor, seriam os serviços públicos, onde há a alternativa de serem realizados pelo próprio setor público (exclusivos) ou pela iniciativa privada (não exclusivos). Portanto, alguns serviços públicos é o Estado que presta na condição de protagonista, diretamente, ou então sob o regime de concessão, permissão ou autorização; outros, a exemplo da atividade econômica, atua como agente normativo e regulador (CF, art. 174).

À luz desta dicotomia fixada no texto constitucional, conclui-se que existem serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado e aqueles em que o ente estatal permanece como detentor do serviço, mas a prestação se dá pela iniciativa privada, configurando-se prestação não

estatal. Nestas hipóteses, as atividades são privadas, mas ganham o selo da “relevância pública”, a exemplo dos serviços de saúde (CF, art. 197).

Dessa forma, a Carta Magna além de, expressamente, admitir que a iniciativa privada desempenhe atividades de prestação de saúde diretamente, já que o Estado não detém exclusividade, atribui caráter complementar quando a prestação por entidade privada carecer da atividade administrativa de fomento. Portanto, forçoso concluir que qualquer diploma legal que autorize o afastamento do Estado da prestação direta dos serviços públicos que são de sua titularidade é inconstitucional.

Como dito, no campo dos serviços de saúde, o próprio texto constitucional consigna que as instituições privadas poderão participar de forma complementar no sistema único de saúde (CF, art. 199, §1º). Além disso, em reforço à tese de que o Estado não pode ser afastar completamente do papel de executor direto dos serviços de saúde, a Carta Magna prevê aplicação de percentual mínimo das receitas nas ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 198, §2º).

Por isso, como bem colocado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto no julgamento da ADI 1923/DF,

o que faz a Lei nº 9.637/98, em seus artigos 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento que é da sua própria compostura operacional: a prestação dos serviços públicos.

E arremata:

A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei nº 9.637/98 (dispositivos que falam em ‘absorção’, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de saúde de que, constitucionalmente, não pode se demitir.

Como se vê, a possibilidade de repasse da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, ainda que em favor de entidades qualificadas como Organizações Sociais, constitui autorização legal, no mínimo, perigosa, capaz de transformar o Estado em agente meramente fomentador, fiscalizador e regulador dos serviços públicos, afrontando objetivamente a Constituição Federal de 1988, já que esse papel somente lhe é franqueado frente as atividades econômicas e ainda ressalvadas certas situações.

Importante destacar que o vício na Lei nº 9.637/98 não reside na previsão de formação de parceria entre o Estado e particulares para prestação de serviços de relevância pública, *v.g.*, a saúde, mas na ausência de mecanismos impeditivos do completo afastamento do ente estatal desse palco, onde exerce, por disposição constitucional, a condição de ator principal. Por isso, a referência, sem qualquer critério limitador, contida nas normas dos artigos 18 a 22 do citado diploma, segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, padecia de inconstitucionalidade, pois o legislador ordinário ignorou a natureza complementar dessa atuação.

Sobre a ADI 1923/DF, seu julgamento ocorreu no dia 16 de abril de 2015, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente a procedência do pedido para conferir aos dispositivos questionados interpretação constitucional, seguindo, a maioria, a diretriz do Ministro Luiz Fux que, divergindo do Relator, compreendeu que

a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis, como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* – ‘é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos’) e educação (CF, art. 213 – ‘Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades’), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais

E continua:

Cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OSs, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

De fato, a Lei nº 9.637/98 não exige que o Estado se afaste da prestação dos serviços públicos enumerados em seu artigo 1º, ou seja, a norma não impõe uma forma perene de atuação do poder público, caracterizada por realização somente de atividades de fomento em detrimento da intervenção direta. Tal argumentação, com a devida vênia, não se mostra válida já que o reverso também é verdadeiro: a Lei nº 9.637/98 não proíbe que agentes públicos, em um dado momento histórico da sociedade, possam entregar completamente a prestação desses serviços públicos à iniciativa privada.

Por isso, a Lei nº 9.637/98, no mínimo, deveria prever critérios objetivos capazes de, uma vez observados, atestarem que o regime de parceria, naquele momento, mostra-se mais eficiente frente à atuação isolada do Estado enquanto titular da atividade de saúde. Amarras no sentido de que somente quando demonstrada a situação de necessidade, o regime de parceira poderia ser adotado, afinal, a iniciativa privada, não se olvide, será fomentada com dinheiro, pessoal e material públicos.

Assim, o afastamento, mediante controle abstrato, dessa autorização normativa concedida ao gestor público se apresentava como a melhor solução, até porque, fulcrada na retórica da eficiência na prestação dos serviços públicos, apesar da referência contida no artigo 7º da Lei nº 9.637/98, o que se vê é o completo desapego desse ideário no momento da tomada da decisão administrativa.

Enfim, não foi essa a tônica da decisão do Supremo Tribunal Federal que se limitou, em suma, a exigir que a aplicação da Lei nº 9.637/98 se desse à luz dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), de forma que as decisões administrativas fossem conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal.

É preocupante porque a experiência de mais de dezessete anos

mostra que, ao contrário do que alegam os defensores da norma, esse modelo de gestão é mais oneroso ao Estado, aprofunda a precarização dos serviços públicos e abre espaço para a corrupção, com o superfaturamento e desvio de verbas. Os exemplos, vistos especialmente na saúde pública, apontam a piora na assistência ao usuário do serviço público, com uma alta rotatividade dos usuários nos hospitais para ampliar a ‘produtividade’, fragmentação dos serviços, precarização e intensificação do trabalho.

### **3 As organizações sociais e o princípio de eficiência**

Como destacado acima, no campo da “terceirização da saúde”, o que vê é o completo desapego dos agentes públicos às diretrizes constitucionais que norteiam a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) e àquelas que incidem sobre o Direito à Saúde.

Os contratos de gestão e a execução de suas cláusulas passam ao longe dos preceitos introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 8.080/90, cuja observância aparece expressamente consignada no texto da Lei nº 9.637/98.

Na prática, é possível apontar vícios comuns aos vários processos de “terceirização da saúde” em curso no País: a ausência de controle no momento da contratação e na execução do contrato, principalmente quanto às metas estabelecidas; a cessão da capacidade instalada em saúde do Estado, quando, por força do artigo 24 da Lei nº 8.080/90, o recurso aos serviços ofertados pela iniciativa privada pressupõe o incremento da capacidade e não simplesmente a entrega daquela existente; o credenciamento e a pactuação ocorrem sem observância de qualquer procedimento público, impessoal e pautado por critérios objetivos; os contratos celebrados pela Organização Social com terceiros não seguem critérios objetivos, impessoais e transparentes; a admissão de pessoal pelas OS, sem procedimento objetivo e impessoal, ainda que não exigível o Concurso Público; inexigência de garantias reais ou fidejussórias para a execução dos pactos, para o patrimônio cedido e recursos repassados, dentre outras.

Verdadeiramente, a decisão da Corte Suprema, na ADI 1937/DF, soluciona alguns desses problemas, porquanto, como dito alhures, a decisão administrativa está sob o julgo dos princípios constitucionais da

Administração Pública, devendo agir de maneira objetiva, impessoal e pública.

Entretanto, ainda assim, sobressai a importância da atuação dos órgãos de controle da Administração Pública, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas no sentido de obstar a celebração de contratos de gestão entre os gestores do SUS e organizações sociais, quando tenham por objeto a gestão ou prestação de serviços públicos de saúde sem que se configure a situação de complementariedade e não haja acréscimo da capacidade instalada das unidades hospitalares, sem prejuízo de fiscalizarem a correta aplicação dos recursos públicos administrados por essas instituições, exigindo, para tanto, a prestação de contas perante o ente federativo respectivo, inclusive no aspecto qualitativo, por meio do relatório anual de cumprimento das metas.

Tudo isso para que se faça cumprir o ideário da Lei nº 9.637/98, gestada para desatar as amarras que a administração pública tradicional impunha, porquanto, no cenário do neoliberalismo, não era mais capaz de alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º). Pautada, portanto, sob a égide do conceito de administração pública de resultado e dos princípios da consensualidade e participação dos administrados, marcas indelévels da atividade de fomento que, em última análise, se concretiza no contrato de gestão, a norma referenciada é importante, mas carecia de ajustes que, como se viu, foram timidamente realizados pelo Poder Judiciário.

Não obstante, o dever de fiscalização dessas parcerias ganha novos contornos que o torna ainda mais relevante e indispensável, já que, mais do que nunca, será preciso aferir se o instrumento de formalização da parceria entre Administração Pública e entidade qualificada como Organização Social (contrato de gestão) vai fixar as atribuições, responsabilidades e obrigações entre as partes, contendo, obrigatoriamente, a especificação do programa de trabalho, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, os critérios objetivos de avaliação de desempenho como indicadores de qualidade e produtividade e limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da OS (MAZZA, 2013), de maneira a zelar pela eficiência da parceria que, na maioria das hipóteses, convola-se em mera substituição do Estado na prestação do serviço de saúde.

Até porque a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/90 permitem

que o Poder Público apenas firme essas parcerias em caráter de complementaridade, ou seja, a atividade administrativa de fomento em detrimento da prestação direta dos serviços de relevância pública tem natureza subsidiária.

Hoje, os atores deste processo de “terceirização” não se importam com a melhoria nas ações e serviços de saúde, na medida em que não são raras as notícias de incremento quantitativo de recursos financeiros repassados aos entes privados sem o correspondente aumento na satisfação dos usuários do sistema público de saúde. A capacidade nominal de atendimento dificilmente sobre acréscimo relevante, quando muito, mantém-se igual ao tempo em que o Estado prestava o serviço diretamente.

Tais circunstâncias, objetivamente aferíveis, depõem contra a eficácia dessas parcerias, já que, gestadas com escopo de alcançar a eficiência na prestação de serviços públicos, as Organizações Sociais se mostram meras substitutas do ente federativo que, com isso, se desobriga diretamente – e inconstitucionalmente – do seu mister.

Visando traçar um diagnóstico da saúde no Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) promoveu minucioso levantamento de dados que culminou com a publicação do “Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde 2014”, cujas conclusões foram encaminhadas a diversos órgãos governamentais e a entidades interessadas. A análise compilou especialmente dados de 2013 referentes à Assistência Hospitalar no SUS e fez diagnóstico em 116 hospitais públicos (8,6% do total de leitos na rede pública) em todos os estados da Federação, revelando

problemas graves, complexos e recorrentes, tais como, insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação.

Esse estudo que referencia levantamentos anteriores do próprio TCU que tinham escopo de examinar a atuação dos entes governamentais quanto à supervisão das organizações sociais no gerenciamento dos serviços de saúde (TC nº 018.739/2012-1, Acórdão

TCU nº 3.239/2013 – Plenário) concluiu que, embora passada mais de uma década desde a vigência da Lei nº 9.637/98, a “terceirização da saúde”, onde adotada, não trouxe melhora relevante.

Na prática e na grande maioria dos casos, o que se constata é a inexistência de estudos ou critérios técnicos com a finalidade de demonstrarem ser a transferência do gerenciamento das unidades de saúde a melhor opção, capaz de trazer resultados importantes na prestação dos serviços de saúde. De tal omissão, também decorrem a impossibilidade de aferirem-se os custos necessários para executar a parceria e, principalmente, de fixarem-se metas e seus indicadores, estes com os atributos capazes de garantir uma efetiva avaliação. Os parâmetros comumente usados são aqueles dados históricos da própria unidade de saúde sem preocupação alguma com o melhoramento no fornecimento do serviço.

A falta de segurança jurídica que decorre justamente da fragilidade da Lei nº 9.637/98 permite que, por exemplo, a natureza de fomento da relação entre o poder público e as organizações sociais seja posta de lado na medida em que, em algumas parcerias firmadas, há previsão do recebimento pela entidade privada de “taxa de administração”, deixando clarividente a ocorrência da mera entrega de bens públicos, recursos financeiros e humanos ao “parceiro privado” que, por sua atividade gerencial, recebe uma contrapartida financeira.

Nessa pisada, não custará muito para que se confirme a profecia anunciada por Carlos Ayres Britto por ocasião do julgamento da ADI 1.923/DF. Diz ele que “em curto espaço de tempo, deixaremos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc.”.

Embora a participação da iniciativa privada no SUS ocorra de forma complementar (CF, art. 199, §1º; Lei Federal nº 8.080/90, art. 20 e Portaria MS/GM 1.034/2010, art. 2º), ao reverso de utilizar o contrato de gestão apenas como fomento, segundo fora gestado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a Lei nº 9.637/98 ampliou o conceito inaugural, estabelecendo, como meio de fomento, a destinação de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e cessão de servidores públicos.

Com a finalidade de ilustrar como o modelo de gestão pactuada na saúde vem sendo adotado pelos entes federados, toma-se o exemplo do Estado da Paraíba, onde, desde 2011, o gerenciamento do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena (HETSHL) é realizado

pela Cruz Vermelha do Brasil, entidade sediada no Estado do Rio Grande do Sul.

A auditoria do TCU, efetuada na referida unidade de saúde, verificou várias e recorrentes inconsistências, tais como, (a) inexistência de justificativa de que a transferência do gerenciamento da unidade para OS fosse a opção mais eficiente; (b) ausência de avaliação precisa quanto aos custos dos serviços e ganhos, em eficiência, esperados com a pactuação; (c) inexistência de planilha de custos espelhando a execução da pactuação; (d) não participação das esferas colegiadas do SUS, seja na decisão pelo contrato de gestão, seja na seleção da entidade privada, seja na fiscalização da eficiência; (e) pactuação com organização social sem especificação do programa de trabalho, indicação de metas operacionais e prazos de execução, além de não definição dos indicadores; (f) controle deficitário no monitoramento e avaliação das ações das entidades parceiras. Essas constatações revelam que a parceria, como praticada, não atende ao que fora apregoado na reforma gerencial do estado brasileiro.

Fica nítido que a transferência do gerenciamento das unidades de saúde para iniciativa privada, nos moldes realizados no País, salvo raríssimas exceções, não se mostra capaz de implementar uma gestão voltada para conquista de resultados, em busca da eficiência.

O cenário decorre da falta de preparação/vontade dos entes federativos, por seus gestores, de supervisionarem a execução dos contratos de gestão, controlando e fiscalizando os resultados.

### 3 Considerações finais

A “terceirização da saúde”, tal como adotada, é manifestamente ilegal e inconstitucional. Não apenas porque realizada em inobservância das diretrizes da Lei nº 8.080/90 e do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, respectivamente, mas porque não atende ao Princípio da Eficiência, já que as parcerias não têm apresentado resultados satisfatórios, sendo incapaz de sanar a problemática do acesso e atendimento digno da população no campo da saúde.

O afastamento do Estado do protagonismo na prestação dos serviços de saúde para atuar por meio de atividade administrativa de fomento, embora configure uma tendência mundial, um caminho sem volta, não se sustenta no contexto brasileiro, especialmente porque os

controles quantitativo e qualitativo nem de longe acontecem como deveriam.

Sem o acompanhamento efetivo das metas e resultados, os serviços de saúde e seus consumidores ficarão à deriva, submetidos aos mais variados e escusos estratagemas, impedindo a completa e real compreensão do problema que explode nos índices de mortalidade de pacientes sem atendimento ou com razão de serviço defeituoso.

O diploma legal sob análise (Lei nº 9.637/98) trouxe a opção da adoção de um regime jurídico privado na execução dos serviços de saúde, todavia, ao fomentar a iniciativa privada a partir do transpasse de receitas orçamentárias, na prática, representou, ante a máxima liberdade de ação prevista, parafraseando o ex-Ministro Carlos Ayres Britto, um “subterfúgio às destinações legais das verbas, definidas em processo legislativo próprio que é a lei orçamentária”.

Sob o pálio do argumento de transferir a execução dos serviços de saúde com fito de quebrar as amarras burocráticas impostas pelo regime administrativista, a Administração Pública não se desincumbe do dever de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados. Por isso, o gerenciamento desses serviços por entidades privadas, além da avaliação precisa quanto aos custos, somente deve ser admitido mediante controle social prévio que não se deve resumir à atuação dos Conselhos de Saúde e à adoção, durante a execução das metas assumidas, de mecanismos de transparência capazes de afiançar a atuação eficiente dessas entidades e garantir o alcance dos objetivos fixados na pactuação, a partir de indicadores de qualidade e produtividade.

Com isso, não se quer delegar unicamente à sociedade esse papel, devendo os órgãos de controle (Tribunais de Contas e Ministério Público), dentro de suas atribuições, atuarem energicamente, não apenas para aferir a legalidade dessas parcerias, mas, especialmente, para verificar a eficácia mediante, inclusive, o envolvimento efetivo em todas as fases da pactuação, recorrendo, quando indispensável, ao Poder Judiciário que, de igual modo, deve apresentar-se apto para receber demandas tão específicas que ensejam conhecimento além do campo jurídico.

## Referências

BRASIL. (Constituição de 1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial de União de 18.5.1998* e retificado no *Diário Oficial de União de 25.5.1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União de 20.09.1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3239/2013. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27/11/2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 693/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 26/03/2014. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIN nº 1.923/DF*. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Sessão de 31/03/2011. Disponível em:< [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>. Acesso em: 07.11.2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República (F. H. Cardoso) & Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do*

*Estado*. Secretaria de Comunicação Social, Subsecretaria de Imprensa e Divulgação, Brasília, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações social no Brasil. In: MEGERE, Luis Carlos. *Terceiro setor e reflexões sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

ROCHAHG, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



## O MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA E OS DIREITOS DAS MINORIAS

Marçal José Cavalcanti Silva Júnior  
Bacharel em Direito pela UFPB

### Resumo

O presente artigo visa analisar a relação do Ministério Público da Paraíba com os direitos das minorias. Para tanto, foram avaliadas as normas estabelecedoras das funções do órgão, constando seu dever de defender os direitos fundamentais dos grupos minoritários. Buscou-se, então, observar a estrutura e as políticas institucionais do Ministério Público da Paraíba, tendo por objetivo o cumprimento do referido encargo. Apesar de apresentar aspectos que podem ser aprimorados, em especial na proteção de algumas minorias, restou evidente o empenho do órgão ministerial em realizar seu papel de defensor dos cidadãos, buscando a promoção da igualdade material, especializando seus serviços em áreas específicas de atuação, dentre as quais aquelas voltadas à defesa particularizada de grupos minoritários.

**Palavras-Chave:** Ministério Público da Paraíba. Minorias. Direitos fundamentais.

### Abstract

This article aims to analyze the relationship between the Prosecution of Paraíba with minorities rights. Therefore, the standards establishing the functions of the public agency were evaluated, noting its duty to defend the fundamental rights of minority groups. Then, it was searched the structure and institutional policies of the Prosecution of Paraíba that aims the performance of that task. Although some aspects can be improved, especially in the protection of some minorities, remained evident the commitment of the ministerial body to perform its role as defender of citizens seeking to promote substantive equality, specializing the services in specific areas, including those related to particularized defense of minority groups.

**Keywords:** The Prosecution of Paraíba. Minorities. Fundamental rights.

## 1 Introdução

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, instituiu a República Federativa do Brasil, apresentando dentre os seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Adota a democracia como regime político, visando garantir todos os ideais a ela associados, indicando o preâmbulo da Carta Magna tratar-se de

um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Observa-se que, nos termos previstos, o Estado Brasileiro é alicerçado em uma democracia que objetiva a efetivação dos direitos fundamentais, apresentando os instrumentos para sua concretização, bem como para o alcance da sociedade livre, justa e solidária idealizada.

Nesse aspecto, considerando a evolução histórica do Ministério Público, com seu envolvimento nas demandas sociais, o constituinte conferiu ao órgão a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput* da Constituição Federal).

Dentro dos limites de suas atribuições, o Ministério Público deve engajar-se na luta pela concretização dos direitos assegurados pela Constituição Federal, utilizando-se de suas prerrogativas para articular a comunidade em que está inserido de forma a integrá-la no processo democrático, com intervenções que protejam os direitos essenciais dos indivíduos.

Assim, das funções estabelecidas ao Ministério Público pela Carta Magna decorre seu dever de atuar em defesa das minorias, ou seja, dos grupos não dominantes, que demandam proteção especial, seja por serem representados por número reduzido em relação ao resto da população (aspecto quantitativo) ou por apresentarem características peculiares, relativas à raça, ao sexo, à cor, idade, orientação sexual, entre outras diversidades inerentes às sociedades (aspecto qualitativo).

Exemplos de parcelas do povo que se enquadram nessa definição das minorias são os negros, as pessoas com deficiência, os idosos, as mulheres, os índios, as crianças e os adolescentes e os homossexuais. Cabe ao órgão ministerial, em nosso país, defender referidos grupos por

necessitarem de atenção particularizada diante das constantes privações e violações a seus direitos, muitas vezes negligenciadas pelos poderes públicos.

Essas minorias necessitam ser incluídas no processo democrático de construção de uma nação em que prevaleça a igualdade material, tendo o *Parquet* papel essencial na promoção da inclusão social e garantia dos direitos fundamentais dos integrantes desses grupos minoritários.

Considerando a definição e finalidade constitucionais do órgão ministerial, percebe-se a importância da atuação específica dos Ministérios Públicos dos estados, em razão do conteúdo das matérias sobre as quais se prevê sua intervenção, bem como pela maneira em que se estruturam, instalando-se em grande número de municípios, atingindo a população do interior do país com maior proximidade e diálogo no que se refere aos direitos mais básicos da sociedade, tais como saúde, educação, moradia, etc.

Em um estado como a Paraíba, onde os índices de desigualdade social são muito elevados, conjugando-se com a grande deficiência de conscientização da população em relação às necessidades das minorias que sofrem entraves ao pleno exercício da cidadania, há um grande distanciamento entre a dimensão em que os direitos fundamentais são constitucionalmente previstos e a sua efetiva garantia, tornando-se imprescindível a existência de um sistema de proteção eficaz que assegure a existência mínima de dignidade humana, princípio fundamental orientador da República Federativa do Brasil.

Dentro desse contexto, o presente artigo visa analisar como o Ministério Público do Estado da Paraíba tem atuado de forma a promover e defender os direitos das minorias, verificando as políticas institucionais, a estrutura e a normatização do órgão voltadas à eficaz proteção de tais direitos.

## **2 Funções institucionais do Ministério Público da Paraíba**

A Constituição Federal reconhece o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, elencando suas funções institucionais nos seguintes termos:

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.* (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) – (grifo nosso)

Em complemento, a Constituição do Estado da Paraíba estabelece, em seu art. 131, que, além das funções constantes na Constituição Federal e nas leis, cabe ao Ministério Público, em conformidade com sua lei complementar:

I - exercer a fiscalização dos estabelecimentos carcerários e dos que *abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;*

II - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, do consumidor, de política penal e penitenciária e de outros afetos à sua área de atuação;

III - *receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nesta Constituição.* (CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA, 1989) – (grifo nosso)

Em consonância com os dispositivos constitucionais, a Lei

Complementar Estadual nº 97/2010, que dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado da Paraíba, prevê que, além das funções previstas nas Constituições federal, estadual e nas demais leis, incumbe ao Ministério Público:

I - propor a ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, face à Constituição Estadual;

II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;

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

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para:

a) a *proteção dos direitos constitucionais*;

b) a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos à *família, à criança, ao adolescente, ao idoso, ao consumidor, à cidadania e às minorias étnicas*;

d) a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou dos Municípios, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participe o Poder Público.

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou o grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

VI - exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, crianças e adolescentes, incapazes ou pessoas com deficiência;

VII - impetrar *habeas corpus, habeas data*, mandado de injunção e mandado de segurança quando o fato disser respeito à sua área de atribuição funcional;

VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar gestor de dinheiro público condenado pelo Tribunal de Contas;

IX - propor, quando cabível, ação de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, em defesa do consumidor;

X - fiscalizar, nos cartórios ou repartições em que funcione, o andamento dos processos e serviços, usando das medidas necessárias à apuração da responsabilidade de titulares de ofícios, serventuários da justiça ou funcionários;

XI - exercer o controle externo da atividade policial, através de medidas judiciais e administrativas, visando a assegurar a correção de ilegalidades e de abusos de poder, bem assim, a indisponibilidade da persecução penal. – (PARAÍBA, 2010) – (grifo nosso)

### A esse respeito, Hugo Nigro Mazzilli elucida que

[...] a Constituição reconheceu que a abertura democrática supõe um Ministério Público forte e independente, que efetivamente possa defender as liberdades públicas, os interesses difusos e coletivos, o meio ambiente, o patrimônio público [...]. Cometeu ao Ministério Público o zelo do próprio regime democrático. [...] assegurou à instituição novas atribuições e um relevo que jamais se conferiu ao Ministério Público, mesmo no direito comparado. (MAZZILLI, 2008, p. 53)

Para assegurar o regular desempenho de suas funções, garantiu-se ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa, não permitindo sua subordinação a outros órgãos no que diz respeito à sua organização e funcionamento. Ademais, buscando a liberdade de atuação do *Parquet*, foram-lhe asseguradas algumas prerrogativas, dentre as quais a independência funcional, impedindo intervenções externas, possibilitando o exercício de suas funções segundo suas próprias convicções e os valores democráticos consagrados no texto constitucional.

Importante considerar a necessidade de introduzir e desenvolver mecanismos que possibilitem o fortalecimento do Ministério Público da Paraíba a fim de que tenha condições de exercer com eficácia sua função transformadora, modificadora da realidade, agindo ativamente no meio social de forma a promover os valores democráticos, dentre eles, a garantia igualitária dos direitos de todos os cidadãos indistintamente.

Nesse sentido, cabe ao Ministério Público da Paraíba manter-se próximo aos reais anseios da população, ouvindo e fazendo-se ouvir nos setores mais diversos de sua atuação. Em especial, agindo de forma a inserir nessa perspectiva de transformação social os diversos grupos humanos em situação de vulnerabilidade. Cabe aos órgãos ministeriais lutar pela integração das minorias e garantia de sua cidadania, promovendo e defendendo o efetivo exercício dos direitos fundamentais a elas garantidos constitucionalmente.

Na essência de suas atribuições constitucionais está o dever de defender o projeto de democracia participativa, econômica e social

descrito na Carta Magna, através da concretização dos objetivos fundamentais da República.

Por conseguinte, a atuação do Promotor de Justiça não pode se restringir às manifestações processuais, quando instado a se pronunciar sobre determinado caso jurídico. Muito mais que isso, deve ter participação ativa no meio social, com permanente e intensa atividade extrajudicial, acompanhando de perto as reais necessidades da população e a atuação da Administração Pública no cumprimento de suas funções legais.

Neste sentido é que a Constituição Federal estabelece, dentre outras, a função do Ministério Público de “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” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Vislumbra-se neste enunciado o dever do órgão em efetivar as ações cabíveis, objetivando impedir ou fazer cessar qualquer atentado à estabilidade do Estado democraticamente instituído pela vontade geral do povo. Obriga-o, ainda, a fiscalizar a prestação dos serviços essenciais à concretização dos direitos e garantias constitucionais.

Para tanto, deve utilizar os variados meios de atuação que lhe foram conferidos no texto constitucional.

### **3 Instrumentos de atuação dos órgãos ministeriais em defesa das minorias**

Visando resultados efetivos na busca pela garantia dos direitos das minorias, o Ministério Público da Paraíba deve apurar, investigar e promover resoluções aos casos de privações e violações a direitos das mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência e demais grupos minoritários que demandam atenção especial.

Dentre as providências que podem ser tomadas para cumprir as funções mencionadas, estão as seguintes: receber reclamações ou representações, realizando as apurações necessárias para dar-lhes solução, dispondo de poderes para expedir notificações, ouvir os envolvidos e requisitar informações a outros órgãos; promover audiências públicas como forma de mobilização de setores diversos da comunidade; expedir e publicar recomendações, orientando os agentes públicos a agir dentro dos ditames legais; e celebrar termos de ajustamento de condutas visando cessar violações a direitos.

Outra atribuição constitucional diretamente ligada à garantia da ordem e fortalecimento do Estado e da segurança e desenvolvimento da sociedade em geral é a de promover o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, III da Constituição Federal).

Com a instauração do inquérito civil, averiguando eventuais violações aos direitos que a Constituição Federal deixa sob sua proteção, o Ministério Público pode obter os fundamentos que possibilitam a propositura da ação civil pública, instrumento processual utilizado em defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, contribuindo consideravelmente para a consolidação do regime democrático ao assegurar a supremacia do interesse público, que reflete a satisfação da vontade geral do titular absoluto do poder, o povo.

Ademais, o órgão ministerial tem a seu dispor o manejo de instrumentos que visem apoiar e cobrar dos poderes públicos a adoção de ações afirmativas, ou seja, políticas públicas que procurem combater as discriminações na sociedade, objetivando nivelar as classes e grupos sociais por meio de concessão de vantagens jurídicas quando da existência de desníveis fáticos, a exemplo das cotas reservadas nas universidades a determinadas etnias e a pessoas com baixo poder aquisitivo, garantindo-lhes o direito fundamental à educação.

Antes de mais nada, deve-se buscar a inclusão social das minorias. Para tanto, o *Parquet* deve conduzir sua atuação também no sentido de conscientização da população e da própria máquina governamental sobre as necessidades especiais de determinados grupos humanos. Necessário promover o engajamento dos diversos órgãos e fiscalizar sua atuação no cumprimento das determinações constitucionais e legais garantidoras dos direitos fundamentais.

Denise Tarin desenvolve um interessante raciocínio sobre a atuação dos membros do Ministério Público, afirmando que

Na condição de “produtores sociais”, os representantes do Ministério Público podem atuar de duas maneiras fundamentais. A primeira delas se verifica na busca de tornar transparente o direito que é opaco. Tal maneira de atuação verifica-se por intermédio da tentativa de educar, sensibilizar e conscientizar o cidadão a respeito de seus direitos civis, políticos e sociais. Para tanto, podem ser utilizados diversos instrumentos como, por exemplo, os meios de comunicação de massa, cartilhas, vídeos, peças de teatro e palestras. Uma outra forma de atuação diz respeito à busca de uma mobilização social voltada para a

formulação das políticas públicas e a implementação dos correspondentes direitos. (TARIN, 2009)

Não se pode olvidar o relevante papel das Ouvidorias, como um modelo de promoção democrática que possibilita eficácia e efetividade na organização da sociedade civil, consolidando a participação e o controle por parte do cidadão. Atua com três funções essenciais: primeiramente, busca conhecer a verdadeira satisfação do usuário em relação à utilização do serviço público, garantindo sua avaliação a fim de possibilitar seu aprimoramento; procura, também, exercer um controle preventivo e repressivo em relação às ações e omissões dos agentes públicos, em defesa da própria Administração Pública; por fim, enuncia a função de defender os direitos dos usuários, buscando a interação entre a gestão pública e os cidadãos, objetivando a solução de eventuais conflitos. Visa, portanto, melhorar o atendimento aos administrados, garantindo uma adequada prestação de serviços.

O Ministério Público, como órgão incumbido de acompanhar a atuação da Administração Pública, em defesa dos direitos sociais, deve exercer intensa atividade fiscalizatória junto aos Poderes Públicos, exigindo não só a implantação de Ouvidorias, como também a efetividade dos resultados decorrentes da atuação das mesmas. Deve, inclusive, existir uma eficaz cooperação entre as Ouvidorias e os órgãos ministeriais, de forma a, conjuntamente, avaliar e defender os interesses da população que estão sob seu atendimento e custódia.

#### **4 O Ministério Público da Paraíba e a proteção dos direitos das minorias**

O Ministério Público do Estado da Paraíba apresenta como missão institucional a defesa do povo, da democracia e da ética, com independência e eficácia, garantindo a justiça social. Daí decorre a obrigação de ter sua atuação voltada ao atendimento efetivo das necessidades sociais, em especial das minorias, por serem detentoras de particularidades que as colocam em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, o órgão tem adotado políticas institucionais que objetivam concretizar a proteção aos direitos dos mais diversos grupos sociais minoritários. No mesmo sentido, tem buscado se estruturar de forma suficiente, através de um planejamento estratégico, possibilitando

a execução de diversos projetos voltados à fiscalização, prevenção e repressão à violações de tais direitos.

Tem adotado, assim, medidas visando à efetividade dos direitos humanos, aproximando-se sempre da missão institucional de ter uma intervenção ativa na realidade da sociedade paraibana em que está inserido.

Para tanto, estruturou-se organicamente de forma articulada com os Centros de Apoio e os Órgãos de Atuação.

Os Centros de Apoio Operacionais – CAOP – são definidos pela Lei Complementar Estadual nº 97/2010 como sendo órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, cabendo-lhes, dentre outras atribuições,

I - apresentar ao Procurador-Geral de Justiça propostas e sugestões para elaboração da política institucional e de programas específicos;

II - responder pela execução dos planos e programas das respectivas áreas especializadas;

III - acompanhar as políticas nacional e estadual afetas às suas áreas;

IV - estimular a integração e o intercâmbio entre órgãos de execução que atuem na mesma área e que tenham atribuições comuns;

V - prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público na instrução de inquéritos civis ou na preparação e proposição de medidas processuais;

[...]

VIII - zelar pelo cumprimento das obrigações do Ministério Público, decorrentes de convênios firmados;

IX - receber representações e expedientes, encaminhando-os para os órgãos de execução;

X - estabelecer intercâmbio permanente com entidades, órgãos públicos ou privados que atuem em áreas afins para prestar atendimento e orientação aos membros do Ministério Público, bem como para obtenção de elementos técnico-especializados necessários ao desempenho de suas funções;

[...]

XII - exercer outras funções compatíveis com suas finalidades, vedado o exercício de qualquer atividade de órgão de execução, bem como a expedição de atos normativos a estes dirigidos. (PARAÍBA, 2010)

Conforme já argumentado, o Ministério Público apresenta como função institucional a defesa da sociedade, buscando assegurar a todos

os cidadãos os direitos fundamentais que lhes são garantidos constitucionalmente. Assim sendo, o órgão precisou especializar-se visando à defesa do cidadão em suas necessidades específicas. Todos do povo devem ser amparados pelo Ministério Público, razão pela qual é indispensável aos que demandam atenção especial uma proteção também particularizada, motivo pelo qual foram deslocadas matérias especializadas para determinados órgãos, objetivando um maior aperfeiçoamento, com o aprimoramento e melhor prestação do serviço na área respectiva.

Dentre os Centros de Apoio Operacionais existentes atualmente no âmbito do Ministério Público do Estado da Paraíba, dois merecem destaque por atuarem diretamente com os direitos de minorias, quais sejam, o de Defesa da Criança e do Adolescente e o da Cidadania e Direitos Fundamentais.

No que diz respeito às crianças e aos adolescentes, necessita-se de proteção diferenciada pelo fato de serem vulneráveis em relação aos indivíduos de idade adulta. Nos termos das normas em vigor no Brasil e em âmbito internacional, são conferidos às crianças e aos adolescentes, além de todos os direitos fundamentais garantidos a qualquer pessoa humana, outros direitos igualmente fundamentais que lhes são específicos, tais como, o direito à inimputabilidade penal e o direito à convivência familiar e comunitária.

Nesses termos, diante da proteção especial constitucionalmente garantida às crianças e aos adolescentes, o CAOP, responsável pela defesa dos casos relacionados a determinados sujeitos de direitos, proporciona efetivo suporte às Promotorias de Justiça, colaborando com a Rede de Proteção à Criança e ao Adolescente e com o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, tendo entre suas atribuições previstas na Resolução CPJ nº 003/2011,

I – Organização de banco de dados nos assuntos ligados à infância e juventude, de modo integrado a outros sistemas e de maneira atualizada, com recepção de dados da atuação do Ministério Público da Paraíba, através das iniciativas dos órgãos de execução;

II – Elaboração de diretrizes operacionais decorrentes das políticas institucionais prioritárias e institucionalmente definidas, mediante estruturação e implementação das atividades inerentes à gestão do plano estratégico institucional, sobretudo no que se refere aos projetos, indicadores e metas específicos;

III - Criação e disponibilização de instrumentos eficientes de apoio aos órgãos de execução e de assessoramento, permitindo o uso de ferramentas de interação em tempo hábil e, preferencialmente, de modo virtual, inclusive pesquisas, consultas, orientações, remessa de peças, sugestões não vinculativas de atuação e informativos;

IV - Realização periódica de atividades de aprimoramento técnico-prático e operacional;

V - Participação nas ações interinstitucionais voltadas para o fortalecimento da Rede de Proteção à Criança e ao Adolescente e do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, bem como no delineamento das políticas públicas respectivas;

VI - Articulação com entidades da sociedade civil organizada para o fortalecimento da Rede de Proteção à Criança e ao Adolescente e do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente;

VII - Estímulo e suporte para atuação articulada e uniforme entre os órgãos de execução e entre estes e demais órgãos da Administração Superior, inclusive mediante formação de grupos de trabalho, edição de enunciados sem caráter vinculante e envio de sugestões normativas ao Procurador-Geral de Justiça;

VIII - Outras ações definidas pelos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, nos termos do artigo 59, XII, da Lei Complementar Estadual nº. 97/2010. (MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA, 2011)

Incumbe, também, ao Centro Operacional de Defesa da Criança e do Adolescente firmar recursos e ações para assegurar os direitos consagrados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal nº 8.069/1990), bem como estreitar o relacionamento e integração com os Poderes Públicos e com a iniciativa privada envolvida em trabalhos ligados à respectiva área de interesse do centro.

Dos diversos projetos sociais que compõem o Planejamento Estratégico do Ministério Público da Paraíba, quatro são voltados para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes do Estado, sendo eles: “Tempo de Aprender”, que visa proporcionar às crianças de 0 a 5 anos o acesso à educação inicial de boa qualidade em creches e pré-escolas públicas; “Medida Justa”, a fim de atuar junto ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que contribui para a organização da rede de atendimento socioeducativo, promovendo a melhoria da qualidade de sua gestão; “Rede Ativa”, com o objetivo de fortalecer a rede de atendimento da criança e do adolescente; e o “Nome Legal”, voltado ao incenti-

vo do reconhecimento voluntário de paternidade de crianças em idade escolar, facilitando, também, a realização de exames de DNA, a fim de garantir o resgate da figura paterna na vida das crianças e adolescentes.

Outro Centro de Apoio Operacional em funcionamento no Ministério Público da Paraíba de grande relevância à proteção das minorias é o da Cidadania e Direitos Fundamentais, com atuação nas mais diversas áreas de proteção aos cidadãos, abrangendo o atendimento em defesa das mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, portadores de deficiência física e todos os demais que tiverem seus direitos lesados.

O referido CAOP prioriza suas atenções à defesa dos idosos e das pessoas com deficiência, como indica seu Manual de Atuação Funcional, publicado no intuito de alinhar o trabalho dos órgãos ministeriais, garantindo mais eficiência e unidade no exercício de suas funções.

Os idosos, em razão dos naturais efeitos do avanço da idade no organismo, requerem especial proteção, a fim de possibilitar o efetivo desfrute de todos os seus direitos fundamentais, sendo dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, tendo o Ministério Público o papel essencial de intervir quando houver privações ou violações à plenitude da cidadania por parte dos mesmos.

Em cumprimento aos ditames constitucionais, o Ministério Público da Paraíba amplia cada vez mais sua atuação na promoção dos direitos dos idosos. Realiza, através do Comitê Permanente de Monitoramento e Fiscalização, inspeções em instituições de longa permanência para idosos (ILPI), averiguando as condições de habitação, higiene, saúde e bem estar em geral a que se submetem. Há, também, o Projeto “Acolher todo dia”, objetivando fortalecer ações de proteção aos idosos, implementando políticas públicas de assistência social nos municípios com a criação e aumento de ILPI de natureza pública, para abrigo em tempo integral, bem como dos Centros de Cuidados Diurnos, em que o idoso retorna ao lar para o convívio familiar, deixando de isentar a família de suas responsabilidades.

Ademais, ainda no que tange à defesa dos idosos, é desenvolvido efetivo esforço visando assegurar a criação, implantação e funcionamento dos Conselhos Municipais dos Idosos, já tendo sido contemplada a maioria das cidades paraibanas com referidos Conselhos, indispensáveis ao adequado acompanhamento e proteção do grupo minoritário em comento.

O CAOP da Cidadania e dos Direitos Fundamentais dá especial atenção também aos direitos das pessoas com deficiência, em razão de

suas características peculiares que podem gerar dificuldades de integração social. Imprescindível a adoção de medidas que assegurem a sua dignidade, com a superação dos entraves existentes à efetividade de seus direitos fundamentais.

O Ministério Público da Paraíba tem agido ativamente na defesa dos direitos das pessoas com deficiência, principalmente na fiscalização quanto à acessibilidade, tanto nas instituições de educação, quanto de saúde, e, recentemente, na questão da mobilidade urbana, recomendando a adequação das calçadas das vias públicas, possibilitando sua movimentação regular. A acessibilidade é o ponto de partida à concretização de todos os demais direitos, pois é necessário o acesso à vida social para que se possa exercer com plenitude os demais direitos humanos.

No que diz respeito às mulheres, sabe-se que, no decorrer da história, elas têm sido privadas de exercer com completude os direitos humanos, ficando submetidas a abusos e violências, em especial dentro do ambiente familiar e na vida profissional. Tem, assim, adotado uma função de elevada importância na ampliação do alcance dos direitos humanos, trazendo à tona discussões e conquistas no que se refere à violência doméstica, direitos sexuais e reprodutivos, entre outros temas, colocando-se em pauta de debates tanto no âmbito das Nações Unidas como no contexto nacional. De forma inovadora, surge pela primeira vez na história constitucional do Brasil a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental, nos termos do art. 5º, I da CF/1988.

Com referido fundamento constitucional, há no âmbito do Ministério Público da Paraíba, dentro de seu planejamento estratégico, o projeto “Em mulher não se bate”, tendo por finalidade a capacitação dos seus membros no combate à violência doméstica contra a mulher, mal ainda disseminado na sociedade paraibana.

Por meio das Promotorias de Defesa do Cidadão, são atendidos os mais variados casos de violação a direitos de minorias. No entanto, ainda não se verificam projetos específicos para grupos minoritários que sofrem graves agressões a seus direitos, como os negros e homossexuais.

É fato que os negros ainda formam o grupo social com menor acesso à instrução, a oportunidades profissionais, sendo as maiores vítimas da criminalização e da discriminação social. Do mesmo modo, os homossexuais enfrentam duro preconceito e dificuldades na esfera de relacionamento social, sendo submetidos a sérias violações à sua cidadania. A sociedade

paraibana apresenta um dos maiores índices de violência contra estes grupos minoritários, devendo ser aperfeiçoada e intensificada a intervenção do Ministério Público na seara de proteção de seus direitos fundamentais.

Observa-se, entretanto, que de forma geral o Ministério Público da Paraíba tem se voltado cada vez mais à conscientização da população em relação ao respeito aos direitos humanos, bem como ampliando os meios de acesso para que quaisquer cidadãos tenham a possibilidade de se fazer ouvir e ter seus direitos protegidos.

O sítio eletrônico do Ministério Público ([www.mp.pb.gov.br](http://www.mp.pb.gov.br)), com o objetivo de dar visibilidade a essa instrumentalização da instituição em defesa dos direitos constitucionalmente garantidos, expõe toda sua estrutura e esclarece as ações realizadas pelos seus órgãos de execução, dando conhecimento à população do seu papel e dever de buscar, judicial e extrajudicialmente, a satisfação dos anseios da sociedade. Apresenta-se, sem dúvida, como um meio eficaz de dar conhecimento aos grupos minoritários da existência de um órgão com atribuição legal e constitucional de agir em defesa de seus direitos.

Outros relevantes instrumentos de aproximação do Ministério Público da Paraíba com o povo são o MPTV e o “MP Notícias”, programas de televisão e rádio com o fim informar sobre a atuação da instituição nos mais diversos ramos de sua área fim, permitindo, inclusive, a interlocução do órgão com o cidadão, importando em prestação de serviço e orientação jurídica.

O órgão ministerial deve agir como um ouvidor. Tem o dever de ouvir o povo e substituí-lo nas pretensões que visem garantir os direitos sociais. Nesse sentido, foi criada a Ouvidoria do Ministério Público da Paraíba, como um modelo de promoção democrática que possibilita eficácia e efetividade no atendimento da sociedade civil, consolidando a participação e o controle por parte do cidadão. Visa colaborar com a transparência e eficiência nas ações da instituição, fortalecendo a cidadania daqueles que dela precisam.

## **5 Considerações finais**

As desigualdades sociais a que estão submetidas as minorias na sociedade paraibana prejudicam sobremaneira o reconhecimento e o exercício de seus direitos fundamentais, exigindo atenção direcionada

por parte dos poderes constituídos. Surge, assim, para o Ministério Público da Paraíba, o dever de assumir não só seu papel jurídico, como também o social e político, devendo avançar positivamente na luta pela promoção da igualdade material de todos os cidadãos, respeitando suas diferenças e condições peculiares.

É com esse ideal que o órgão ministerial tem dirigido suas ações, dando início a uma especialização em sua atuação, através dos Centros de Apoio Operacionais e dos Órgãos de Atuação, conscientizando não só a população e os órgãos públicos como também preparando seus próprios membros à defesa dos grupos minoritários.

Percebe-se que ainda há esferas a serem aperfeiçoadas, com a necessidade de abranger, de forma específica, a defesa especializada de outros grupos minoritários, como os negros e os homossexuais, mas já se pode observar que o Ministério Público da Paraíba tem um relevante papel de proteger os direitos ligados às minorias, zelando pela dignidade de cada indivíduo, visando à concretização de maneira igualitária dos direitos da cidadania e fortalecendo as relações sociais, objetivando, assim, efetivar o projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária, sob a égide da democracia.

## Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014

CONCEIÇÃO, Luciano Miron. *O papel do Ministério Público em defesa dos direitos das minorias*. 2011. 45 f. Monografia apresentada à UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul para obtenção do grau de bacharel em Direito.

GÓES, Maria Amélia Sampaio. *O Ministério Público e sua tarefa de defesa do regime democrático: uma visão garantista*. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 17, 2007. Salvador. Livro de Teses. Brasília: CONAMP, 2007.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

MAZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. *Sítio eletrônico do Ministério Público da Paraíba*. Disponível em: <<http://www.mp.pb.gov.br/>>. Acessado em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Resolução CPJ n° 003/2011*. Regulamenta a instalação e o funcionamento do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://arquivos.mp.pb.gov.br/legio/resolucao/resol\\_03\\_2011.pdf](http://arquivos.mp.pb.gov.br/legio/resolucao/resol_03_2011.pdf)>. Acessado em: 15 ago. 2014

PARAÍBA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Paraíba*. <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70448/CE\\_Paraba.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70448/CE_Paraba.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar n° 97 de 22 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado da Paraíba.

<[http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/lomp\\_atual\\_lc98\\_100\\_105.pdf](http://arquivos.mp.pb.gov.br/relatorios/lomp_atual_lc98_100_105.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

PASSOS, Darcy Paulillo. *A defesa do regime democrático pelo Ministério Público*. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 17, 2007. Salvador: Livro de Teses. Brasília: CONAMP, 2007.

TARIN, Denise. *A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas*. In: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOSI, Giuseppe. *Direitos humanos e estado moderno*. João Pessoa: Curso de Especialização em Direitos Humanos e Cidadania, 2012.

## **2 DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITO INTERNACIONAL**



**Praia do Bessa - João Pessoa-PB  
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)**



# **O ABUSO DE DIREITO POR PARTE DAS INCORPORADORAS E CONSTRUTORAS NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS, COM VISTAS A AUFERIR VANTAGEM ECONÔMICA EXCESSIVA**

**Ewerton Pereira Gonçalves**  
Advogado

## **Resumo**

O presente artigo busca analisar o abuso de direito por parte das incorporadoras e construtoras, com vistas a auferirem vantagem economicamente excessiva, na medida em que impõem cláusulas abusivas em seus contratos de adesão de compra e venda de unidades imobiliárias aos consumidores.

Aproveitando-se de sua posição privilegiada (ou de supremacia) na relação de consumo, os aludidos fornecedores violam a boa-fé objetiva, a função social do contrato, os bons costumes e o Código de Defesa do Consumidor ao inserirem cláusulas ilegais em seus instrumentos contratuais de adesão.

Sob essa ótica, serão examinadas as principais cláusulas abusivas praticadas atualmente nos contratos de adesão de compra e venda de imóveis.

**Palavras-chave:** Abusividade. Contratos imobiliários. Desequilíbrio contratual.

## **Abstract**

This article seeks to analyze the abuse of rights by the developers and builders, in order to earn excessive economic advantage insofar as they impose unfair terms in their contracts of adhesion of purchase and sale of real estate units to consumers.

Taking advantage of their privileged position (or supremacy) in the ratio of consumption, alluded suppliers violate the objective good faith, the social function of the contract, morality and the Consumer Protection Code to insert illegal clauses in their instruments contract of adhesion.

Under this view, the key will be examined unfair terms currently practiced in adhesion of buying and selling real estate contracts.

**Keywords:** Unconscionability. Estates contracts. Contractual imbalance.

## 1 Introdução

Nos últimos dez anos, aproximadamente, verificou-se um grande aquecimento no mercado imobiliário. Apartamentos com tamanho reduzido (com a conseqüente redução também em seus valores), a facilitação do acesso ao crédito, a diluição de seu preço de compra em um número maior de parcelas e o aumento no número de brasileiros de classe média foram os principais fatores que ensejaram esse “boom” no mercado de compra e venda de imóveis.

Em meio a um mercado tão intenso, torna-se natural a ocorrência de conflitos, acarretando, assim, a necessidade de os consumidores buscarem orientação jurídica em relação a contratos firmados para aquisição de unidades imobiliárias, até em razão do valor do produto envolvido ser de porte significativo.

Como tais contratos são, quase em sua totalidade, do tipo adesão, ou seja, confeccionados de forma padronizada e unilateral pelas incorporadoras e construtoras, é possível a elaboração de cláusulas que, de alguma maneira, violaram os direitos dos consumidores, na qualidade de compradores.

Com fulcro nessas razões, o presente trabalho tem por escopo examinar profundamente as principais cláusulas abusivas impostas pelas incorporadoras/construtoras em seus contratos de adesão aos consumidores, a saber, a ilegalidade do prazo de tolerância, geralmente de 180 (cento e oitenta) dias somente a favor do fornecedor; o desequilíbrio contratual; o excesso de taxa de retenção no caso de rescisão causada pelo comprador; o exacerbado fracionamento dos valores a serem ressarcidos aos compradores quando ocorrerem essas rescisões e a cobrança indevida de taxa de corretagem.

## 2 Da previsão de prazo de tolerância somente para o fornecedor

Na maioria esmagadora dos contratos de adesão das incorporadoras e construtoras, existe uma cláusula, somente a favor do fornecedor, estipulando um prazo de tolerância, geralmente, 180 (cento e oitenta) dias de atraso na entrega da unidade imobiliária consumidor, independente de qualquer justificativa.

As incorporadoras e construtoras sustentam a razoabilidade deste prazo, alegando que trabalham, na maioria das vezes, com construções complexas, sujeitas a imprevistos.

Todavia, esses contratempos devem estar previstos no cronograma da obra. Não podendo as incorporadoras/construtoras, sem qualquer justificativa, postergarem a data da entrega das chaves ao comprador.

Cumprir registrar que essa tolerância de 180 (cento e oitenta) dias que, aliás, não é estabelecida em favor do consumidor, desfigura a data prevista para conclusão do negócio, flexibilizando o prazo de entrega, pois as empresas, abusivamente, podem se utilizar desses 6 (seis) meses sem a necessidade de apresentarem justo motivo ao consumidor.

Destarte, o consumidor se sujeita ao fardo de suportar até 6 (seis) meses de aluguel e outras despesas, quando este não tem moradia própria, sem haver se preparado para tanto, ou, para os que possuem habitação própria, a impossibilidade de obter renda pelo aluguel de seu imóvel, além da frustração em não ver atendido o seu direito de ocupar o novo imóvel.

Essa cláusula evidencia o abuso de direito por parte das incorporadoras/construtoras, na medida em que, aproveitando-se da vulnerabilidade do consumidor, elas incorrem no comando proibitivo insculpido no 187 do Código Civil. Então vejamos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, *excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Com efeito, fica patente também, nessa relação de compra e venda de unidades imobiliárias, a aplicação da Lei Protetiva Consumerista, por tratar-se de um contrato cuja finalidade é a contemplação de um imóvel, que, por sua vez, é o produto oferecido pela incorporadora/construtora ao destinatário final, consumidor, para uso.

Em razão disso, portanto, resta pacífica a aplicação da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor em tais relações, e, por força de seu art. 1º, é possível a declaração, inclusive “*ex officio*”<sup>1</sup>, de nulidade de pleno direito de disposições contratuais, como aquelas que

<sup>1</sup>Neste sentido, precisas são as palavras de Leonardo Bessa: “As normas de proteção ao consumidor da Lei 8.078/90 são de “ordem pública e interesse social” (art. 1º do CDC). A sanção específica para as cláusulas abusivas é a “nulidade de pleno direito” (art. 51, *caput*) ou “nulidade absoluta”, utilizando-se da terminologia do Código Civil (arts. 166 a 170). Uma das consequências mais visíveis dessas características é justamente a possibilidade de o juiz declarar a nulidade independentemente de pedido. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.294.

impõem ao consumidor excessiva onerosidade e em, contrapartida, consignam vantagem exagerada ao credor, nos termos do art. 51, IV, e §1º do referido diploma legal, eis que abusivas e ofensivas ao princípio geral da boa-fé.

No direito moderno, o princípio “*pacta sunt servanda*” não pode mais ser aplicado isoladamente; pelo contrário, deve ser relativizado, em especial nas relações consumeristas, observando-se o princípio da boa-fé objetiva, a função social nas relações contratuais, enfim, é o contrato um ponto de encontro e equilíbrio dos direitos fundamentais.

Nesse viés, oportuno é escólio do professor Rizzato Nunes acerca das cláusulas que estabelecem desproporcionais<sup>2</sup>, “*ad litteram*”:

A Lei n.º 8.078, com supedâneo nos princípios da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º, III), da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), que decorre da necessidade de aplicação concreta do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), garante o direito de modificações das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como assegura o direito à revisão das cláusulas em função de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, como se verá na sequência.

Desta feita, cumpre ao julgador revisar os encargos decorrentes da relação contratual em apreço, principalmente as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, do Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor), afastando-se o princípio “*pacta sunt servanda*” para dar primazia às normas consumeristas.

Ora, a finalidade das normas estabelecidas na Lei nº 8.078/90 é justamente proteger o consumidor enquanto sujeito vulnerável (art. 4º, inciso I), dentro da perspectiva de que o Estado deve intervir no âmbito das relações contratuais com o objetivo de garantir o equilíbrio entre as partes.

Intimamente ligado à boa-fé objetiva, vigora no direito consume-

<sup>2</sup>NUNES, Luis Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

resta o princípio do equilíbrio contratual entre as partes da relação de consumo<sup>3</sup>.

A par dessas informações, resta claro que a disposição unilateral de um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o qual pode ser utilizado a livre critério e unilateralmente apenas pela fornecedora, é flagrantemente ilegal, por ferir os princípios da isonomia contratual, boa-fé objetiva, e função social do contrato, configurando ainda uma cláusula abusiva consoante o disposto no artigo 51, IV e XV, e § 1º, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup>.

Nesse compasso, o código consumerista impõe a obrigatoriedade de prazo determinado porque sem ele não se pode falar em vencimento da obrigação, que é o termo final do prazo, a partir do qual a obrigação passa a ser exigível.

Nesse contexto, oportunas são as palavras do insigne doutrinador Orlando Gomes: “a determinação do momento em que a obrigação deve ser cumprida é de fundamental importância, atenta à circunstância de a dívida só se tornar exigível quando se vence. A esse momento chama-se vencimento”<sup>5</sup>. Sem a fixação do prazo e seu termo final - o vencimento - não se pode caracterizar a mora do devedor, no caso o fornecedor de consumo. Por isso que o referido mestre leciona que “para se determinar

<sup>3</sup>Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

<sup>4</sup>Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

(...)

§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

(...)

III - *mostra-se excessivamente onerosa para o consumidor*, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.” (grifou-se)

<sup>5</sup>GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 118

o exato momento em que o devedor incorre em mora, é da maior importância saber quando ocorre o vencimento”<sup>6</sup>.

Quadra ressaltar, outrossim, sobre o referido prazo de tolerância, que muitas incorporadoras e construtoras estão fazendo veicular publicidade enganosa por omissão, prevista no artigo 37, § 3º, da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não informam, em sua publicidade, dado essencial sobre o produto, ou seja, que poderão, ao seu unilateral critério, utilizar do prazo de mais 6 (seis) meses para entregar o imóvel, sem ter que justificar os motivos aos compradores.

Percebe-se, destarte, que tal disposição contratual é constantemente utilizada pelas incorporadoras como um embuste, não constando da publicidade utilizada pelo fornecedor a fim de atrair o consumidor. Neste passo, ao anunciar a conclusão do empreendimento em uma data determinada, o fornecedor não informa que na verdade a data é extensiva, ilegitimamente, para 180 (cento e oitenta) dias após a data prenunciada, o que só é conhecido posteriormente no momento da assinatura do contrato e, ainda assim, sem o devido destaque e sem qualquer menção nos denominados contratos prévios ou quadros resumos, como também são denominados.

Com certeza, em decorrência de sua importância, se tal prorrogação injustificada de prazo fosse destacada na publicidade ostensiva da fornecedora, bem como nos contratos prévios, ou quadro resumos, muitos consumidores poderiam deixar de fechar o negócio, em razão de que a vida social hoje em dia se organiza em função do tempo.

Como se isto não bastasse, há que se ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio permite o inadimplemento das obrigações apenas nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, conforme reza o art. 393 do Código Civil Brasileiro<sup>7</sup>.

Nesta linha de raciocínio, um atraso na entrega da obra, ocasionada por situações imprevisíveis e inevitáveis, poderia ser aceita, mas jamais problemas temporários, tais como, chuvas ocasionais, relativos ao terreno a ser construído, falta momentânea de material na praça e falta de mão de obra.

<sup>6</sup>GOMES, Orlando. Op. cit, p. 199.

<sup>7</sup>“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

*Parágrafo único.* O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Isto porque esses contratemplos são facilmente previsíveis, devendo ser computados no planejamento da construção, enfim, o ônus e os riscos da atividade desenvolvida pelas construtoras e incorporadoras não podem ser transferidos aos consumidores.

Além disso, não pode olvidar-se, nesse particular, que incumbe às construtoras e incorporadoras o dever de provar as excludentes de responsabilidade, pois, nos moldes dos arts. 12 e 14, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, respondem objetivamente perante os consumidores.

Acerca desta matéria, os tribunais brasileiros têm consolidado o seguinte entendimento:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PERDAS E DANOS. CONSTRUÇÃO CIVIL - ATRASO NA ENTREGA DE OBRA - MULTA CONTRATUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURADO - SUFICIENTE A ANÁLISE DAS PROVAS DOCUMENTAIS - *CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR NÃO CARACTERIZADOS* - CRISE ECONÔMICA DO SETOR IMOBILIÁRIO - RISCO DA ATIVIDADE INTRANSFERÍVEL AO CONSUMIDOR - CONTRATO DE ADESÃO - CLÁUSULA ABUSIVA TIDA COMO NÃO ESCRITA - AUSÊNCIA DE PROVA - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (...)

1. *O caso fortuito e a força maior*, para excluir a responsabilidade pelo inadimplemento contratual, devem decorrer de eventos *imprevisíveis e inevitáveis*, cujos efeitos impossibilitam de forma absoluta a execução da obra, o que não se evidencia no presente caso, pois as causas arguidas são todas previsíveis no campo da construção civil.

2. A instabilidade econômica, política e social dificulta em muito o desenvolvimento de qualquer ramo de atividade, seja comercial, industrial ou de prestação de serviços. Porém, o ônus de arcar com o risco da atividade desenvolvida não pode ser transferido ao consumidor, não configurando caso fortuito ou força maior a inadimplência de credores, planos econômicos, etc., portanto não eximem a construtora de arcar com multa pelo atraso na entrega da obra. (TJ/PR - 16ª C. Cív., Ap. Cível nº 341.530-5, Rel. Des. Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski, julg. 05.09.2007). (grifou-se)

“CIVIL. CONTRATO. RESCISÃO. CASO FORTUITO E MOTIVO DE FORÇA MAIOR. LIMITES. Eventuais dificulda-

des da construtora para obter financiamento da obra ou contratar mão de obra *não constituem caso fortuito nem motivo de força maior*: Apelo não provido. Unânime. (TJ/DF - 1ª T. Cív., Ap. Cível nº 1999 07 1007021- 8, Rel. Des. Valer Xavier, julg. 23.03.2001)". (grifou-se)

Em suma, o contrato pode estipular uma única hipótese de tolerância, ou seja, as hipóteses legais de caso fortuito e força maior, não cabendo, desta feita, limitar em 120 (cento e vinte) dias ou 180 (cento oitenta) dias, mas sim enquanto a situação anômala perdurar.

Todavia, a tolerância justificada pelas hipóteses legais de caso fortuito ou força maior jamais pode ser somada a qualquer outra tolerância, tal como a injustificada ou automática.

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila parte de louvável sentença proferida pelo juiz da 5ª Vara Cível de Vitória/ES, Dr. Paulo Cesar de Carvalho, nos autos do processo 0024444-46.2011.8.08.0024, ao julgar ação proposta por um consumidor em face de uma construtora, manifestando-se sobre o prazo de tolerância:

#### DO ATRASO NA ENTREGADA OBRA

O atraso na entrega da obra é fato incontroverso nos autos, reconhecido, inclusive, pela própria requerida (...), que afirma que a causa para prorrogação estava prevista no contrato, de modo que, *após o prazo de prorrogação ordinária de 180 (cento e oitenta dias), em razão das chuvas prolongadas, do aquecimento do mercado e da escassez da mão de obra, restou justificada a prorrogação extraordinária.*

É importante frisar que as partes firmaram um contrato de promessa de compra e venda e que todo contrato deve ser cumprido por ambas as partes da forma acordada.

Entretanto, contrariando o disposto no art. 333, II, do CPC, *a Ré não colaciona nenhuma prova de que a escassez da mão de obra e o prolongado período de chuvas foram motivos suficientes para autorizar a aplicação da referida cláusula. Por outro lado, tais fatos, incluindo o aquecimento do mercado imobiliário são fatos perfeitamente previsíveis/presumíveis e certamente são, ou pelo menos deveriam ser levados em consideração quando da fixação do prazo para entrega da obra.*

Com efeito, reconhecida a inadimplência da ré, o consumidor/adquirente poderia até mesmo pleitear a rescisão do contrato, por não

ser obrigado a aguardar a conclusão de uma obra com prazo prorrogado. Deve-se ressaltar novamente que, ao adquirir um imóvel, o consumidor tem planos para com o mesmo, seja para investimento, seja para sua família, enfim, independentemente do propósito, o atraso injustificado dá plenamente ao mesmo a possibilidade de rescindir o pacto firmado e ter, mantendo as proporções, seu dinheiro restituído para que possa dar continuidade a outros intentos. No presente caso, no entanto, o pedido se limita aos danos decorrentes do atraso na entrega do imóvel.

*Considerando o reconhecimento do atraso injustificado em sua entrega, por fatos que não são considerados como caso fortuito ou força maior, por óbvio, há que se reconhecer o direito à indenização pelos danos materiais sofridos.*

“Efetivamente comprovado que o Autor não pode usufruir do imóvel que adquiriram por culpa da Requerida, tem o mesmo direito à indenização correspondente.” (TJES, AC 0024444-46.2011.8.08.0024, Data do julgamento: 04/09/2012, Data da Publicação: 04/10/2012, p. 142)” (grifo nosso)

Na parte dispositiva da aludida decisão, o referido magistrado declara nula a cláusula de tolerância de 180 (cento oitenta) dias, a qual ele denomina de “prorrogação automática” do prazo de entrega do imóvel, consoante trecho abaixo:

“Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido autoral, para DECLARAR nula a cláusula contratual que estabelece prorrogação automática do prazo de entrega do imóvel, bem como o pagamento da comissão de corretagem, condenando a demandada ROSSI a restituir ao autor o valor de 0,5% do imóvel para cada mês de atraso da data prevista no contrato, a título de danos materiais, corrigidos monetariamente pelos índices da tabela da Corregedoria Geral da Justiça do Espírito Santo, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação até o efetivo pagamento. (TJES, AC 0024444-46.2011.8.08.0024, Data do julgamento: 04/09/2012, DJES - Data da Publicação: 04/10/2012, p. 142)” (grifo nosso)

Destarte, verifica-se que o juiz, na decisão acima referida, constatou que os contratos de adesão das ora apeladas estipulam uma prorrogação ordinária ou automática para a entrega do imóvel e uma outra dita extraordinária, sendo este o entendimento do presente trabalho.

Por conta deste prazo de tolerância, somente em favor de uma das

partes, verifica-se, em tais contratos, a existência de um desequilíbrio exacerbado, conforme agora se passa a examinar.

### **3 Do desequilíbrio contratual e da necessidade de inclusão de multa em favor do consumidor**

O fornecedor, além de gozar de diversas formas de tolerância (injustificada, há contratos que listam uma série fatos além das hipóteses de caso fortuito e força maior) para o cumprimento de sua obrigação, não está sujeito a qualquer penalidade relativa ao atraso na prestação de entrega do imóvel, em detrimento das penalidades às quais se sujeita o consumidor, parte hipossuficiente para qual, na maioria dos contratos, não há qualquer tolerância.

Ocupam as incorporadoras e construtoras, de tal sorte, posição privilegiada em seu contrato de adesão, pois, para sua obrigação principal - entrega do imóvel -, não há prazo efetivo, e mesmo considerada a entrega para além da tolerância contratual, não há fixação de multa moratória.

No mesmo sentido, revela-se a imposição de multa rescisória contratual, chegando alguns casos de retenção a até 90% do valor pago, quando o consumidor der causa, proporcionando desequilíbrio extremo ao contrato de adesão, e prejudicando economicamente a parte mais vulnerável da relação.

Outrossim, na hipóteses de rescisão contratual motivada pelo o consumidor, este é obrigado a devolver imediatamente o imóvel ou os direitos sobre o mesmo, caso ainda não lhe tenha sido entregue; já as incorporadoras e construtoras poderão devolver a quantia remanescente dos valores retidos no mesmo número de parcelas pagas pelo comprador. Tal cláusula consta na maioria dos contratos de adesão das fornecedoras de imóveis.

Destarte, por meio da imposição de tais cláusulas em seu contrato de adesão, fica nítido o abuso de direito por parte das incorporadoras/construtoras, com vistas a auferirem vantagem econômica excessiva sobre o consumidor.

Ora, todas elas apontam no sentido de um ganho financeiro para o fornecedor.

Cabe dizer, ainda, que, quando elas se utilizam do prazo de tolerância de seis meses, geralmente o saldo devedor do imóvel é automática-

mente atualizado, acarretando um enorme prejuízo ao consumidor e, por outro lado, grande lucratividade para as referidas empresas.

O que há, em síntese, no presente caso, é uma contratação de adesão que privilegia sobremaneira o fornecedor, em detrimento do consumidor, que justamente é a parte vulnerável da relação jurídica (CDC, art. 4º, inc. I), colocando-o assim em desvantagem exagerada.

O simples reconhecimento de um direito é desvalido juridicamente se não fica assegurado o meio bastante para seu exercício ou uma sanção adequada para a hipótese de seu desrespeito.

Com efeito, de nada serve ao consumidor ter um prazo fixado pelo incorporador/construtor, se o desrespeito a esse prazo não resultar para o fornecedor faltoso em qualquer consequência efetiva e simétrica às sanções previstas para as faltas do consumidor.

A obrigação de adimplir pontualmente o pagamento está prevista no art. 394 do Código Civil Brasileiro<sup>8</sup>.

O devedor impontual pode e deve ficar sujeito à penalidade, não sendo, no entanto, razoável a existência de cláusula penal somente para uma das partes da relação, isso viola os princípios da isonomia contratual, da boa fé-objetiva e da função social do contrato.

Ora, o equilíbrio do contrato de adesão de compra e venda pressupõe a imposição de prazo para ambas as partes cumprirem suas respectivas obrigações, mediante instrumentos que documentem tais prazos, assim como a previsão de sanções simétricas, em desfavor das duas partes igualmente, para o caso de mora.

A simetria entre as sanções contratuais para consumidor e fornecedor é, aliás, a “*ratio lege*” da Portaria SDE nº 4, de 13.03.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (DOU 16.03.1998), que prevê serem nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor”.

No caso dos contratos em apreço, assume a incorporadora ou construtora a obrigação de entregar o imóvel compromissado ao consumidor. Essa obrigação, como visto, deve ter um prazo estabelecido e, para a hipótese de mora, deve estar prevista uma sanção.

<sup>8</sup>Art. 394 - Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

Todavia não é isto o acontece na maioria esmagadora dos contratos, uma vez que não há previsão de multa moratória/compensatória para o fornecedor.

Diante disso, necessário se torna que o contrato de adesão das incorporadoras e construtoras passe a contemplar multa para a sua mora.

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal da Justiça acerca da matéria<sup>9</sup>:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA DA CONSTRUTORA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. RECURSO ESPECIAL. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. JUROS MORATÓRIOS, MULTA E HONORÁRIOS. APLICAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM A PREVISÃO CONTRATUAL, POR EQUIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS PARCELAS A SEREM RESTITUÍDAS. INCC INCIDENTE ATÉ O AJUIZAMENTO DA AÇÃO, POR VINCULAÇÃO À CONSTRUÇÃO. INPC APLICÁVEL A PARTIR DE ENTÃO.

I. (...)

<sup>9</sup>“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. INEXECUÇÃO DE CONTRATO. NÃO ENTREGA DO IMÓVEL. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

(...)

2. A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor que não entrega o imóvel na data estipulada acarreta, além do dano emergente, *figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Precedentes*. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no REsp 1049894 / RJ, Ministro Vasco Della Giustina 19/10/2010)”

“CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA. ARTIGO 924, DO CÓDIGO CIVIL/1916. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL/1916. *RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS E DOS LUCROS CESSANTES PELO VALOR DO ALUGUEL MENSAL QUE IMÓVEL PODERIA TER RENDIDO*. PRECEDENTES.

(...)

- Resolvida a relação obrigacional por culpa do promitente vendedor que não cumpriu a sua obrigação, as partes envolvidas deverão retornar ao estágio anterior à concretização do negócio, devolvendo-se ao promitente vendedor faltoso o direito de livremente dispor do imóvel, cabendo ao promitente-comprador o reembolso da integralidade das parcelas já pagas, acrescida dos lucros cessantes.

- A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, *figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada*. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil).

Recurso não conhecido. (STJ, TERCEIRA TURMA, REsp 644.984/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 16/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 402).” (Grifou-se)

*II. Multa compensatória, juros e honorários estabelecidos de conformidade com a previsão contratual, por aplicação da regra penal, a contrario sensu, por equidade.*

III. (...)

V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.  
(...)

Igualmente, sem nenhuma razão, a apelante principal, quando pleiteia que seja eliminada da condenação a parcela relativa ao pagamento da multa convencional no percentual de 0,5% sobre o valor do imóvel, pois, apesar de não existir previsão contratual desse pagamento em caso de inadimplemento da obrigação por parte da construtora, a solução encontrada na sentença monocrática é justa, pois contempla o promissário comprador - reafirmo, parte mais fraca na relação contratual - com o direito ao recebimento de multa no mesmo percentual devido à apelante principal se se tratasse de mora do adquirente do bem. (...)

(STJ – Quarta Turma - Recurso Especial Nº 510.472 / MG – Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior – Julgado em 02/03/2004 - DJ 29/03/2004 p. 247 – Grifou-se)

Com efeito, o direito à moradia é de grande relevância social. Isso tanto é verdade que a própria Constituição Federal o elevou a direito positivado, inserindo-o no artigo 6º de seu texto, sob o Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, tornando-o cláusula pétrea.

Sem sombra de dúvidas, a aquisição da casa própria é desejo almejado pela maioria das famílias brasileiras, sendo realizados projetos sobre esse fato, como planos de mudança, casamentos, a tão sonhada saída do aluguel, isso legitima o Poder Judiciário a intervir na relação contratual determinado a inclusão de cláusula neste sentido.

E foi isso que aconteceu no Estado do Espírito Santo, nos autos da ação civil pública de n.º 0025118-87.2012.8.08.0024, do Ministério Público Estadual, em cuja sentença o conspícuo magistrado assim determinou, “*ad litteram*”:

*“Assim, determino que haja alteração nos novos contratos padrões das requeridas para que incluam e, quanto aos em curso, aditem no sentido de que os consumidores adimplentes com suas prestações sejam indenizados no valor*

*correspondente ao do aluguel mensal de imóveis de mesmo padrão, dimensão e localidade ao que foi adquirido, a ser pago por cada mês em atraso, expirado o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, cuja validade já foi declarada anteriormente, calculado *pro rata dies* e levantado por 03 (três) imobiliárias no exercício regular de suas atividades e inscritas no CRECI, cuja média aritmética será elaborada, estabelecendo o prazo de 120 (cento e vinte dias) para os ajustes dos contratos já em vigor e aplicação imediata para os contratos a serem celebrados, a contar da ciência da decisão. (TJ-ES; ACP 0025118-87.2012.8.08.0024; DJES 18/07/2013; Pág. 396) (grifo nosso).*

Quadra registrar que, no deferimento da liminar que antecedeu a referida sentença, o magistrado posicionou-se em favor de multa calculada sobre o importe da média de aluguel em imóvel de mesmo padrão<sup>10</sup>.

Desta forma, tendo em vista o princípio da tutela específica, prevista no art. 84, da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, e no art. 461, do Código de Processo Civil, entende-se que a penalidade referente ao valor do aluguel é a que mais se aproxima do direito lesado pelo fornecedor.

Acerca dessa matéria, insta assinalar, ainda, que tramita no Senado Federal um projeto de lei, o PLS 97/2012, cujo teor visa alterar o Código de Defesa do Consumidor para tornar obrigatória a inclusão de multas compensatória e moratória quando as construtoras e incorporadoras não entregarem os imóveis na data acordada aos consumidores. Então vejamos:

<sup>10</sup>“Pretende o requerente, em síntese, que incida multa penal moratória de forma que as requeridas alterem o contrato padrão existente, “devendo os consumidores que estiverem em dia com suas prestações serem indenizados no valor correspondente ao do aluguel mensal de imóveis de mesmo padrão, dimensão e localidade ao que foi adquirido, a ser pago por cada mês em atraso, calculado *pro rata dies*, e levantada por 3 (três) imobiliárias no exercício regular de suas atividades e inscritas no CRECI (fls. 43).”

Neste aspecto entendo que assiste razão ao autor. Estando as requeridas/construtoras em mora tem os consumidores o direito de recebimento de lucros cessantes, no caso, o que estariam deixando de auferir com o imóvel em razão do atraso injustificado na entrega da obra. Isto, por óbvio, após expirado o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, conforme já explanado anteriormente.

Vale registrar ainda que o referido pagamento demonstre da possibilidade tolhida do consumidor em obter lucro com a unidade adquirida pelo atraso injustificado da construtora. De fato, a perda pecuniária deve ser considerada e indenizada. E tais premissas vêm com arrimo nos arts. 389 e 402 do CC/02”. (TJ-ES; ACP 0025118-87.2012.8.08.0024; Data da Decisão: 12/07/2012).”

Art. 53-A. Os contratos de que trata o caput do art. 53 *deverão conter cláusula prevendo que as construtoras e incorporadoras que não entregarem os imóveis na data contratada deverão indenizar o consumidor no valor equivalente a dois por cento do valor total contratado, se outro valor superior não for ajustado, devidamente atualizado, salvo expressa previsão de prazo de tolerância, que em nenhuma hipótese excederá ao de seis meses.*

§ 1º. Sem prejuízo da *multa compensatória* prevista no caput deste artigo, será devida ainda *multa moratória mensal de meio por cento sobre o valor total do imóvel*, devidamente atualizado, na hipótese da entrega não ocorrer na data prevista.

§ 2º. A multa moratória prevista no § 1º deste artigo incidirá a partir da data estipulada no contrato.” (grifo nosso)

Destarte, considerando o relevante valor social dado à matéria (direito à moradia) e o próprio equilíbrio contratual, resta nítida a necessidade de imposição de cláusula penal, a fim de estabelecer, antecipadamente, uma penalidade contratual para eventual impontualidade por parte da fornecedora, cominando multa moratória nos casos em que as construtoras/incorporadoras não entregarem o imóvel no prazo convenicionado.

#### **4 Da excessiva taxa de retenção no caso de rescisão causada pelo adquirente de unidade imobiliária**

Outro ponto questionável na grande parte dos contratos de adesão das incorporadoras e construtoras é o abusivo percentual de retenção no caso de rescisão motivada pelo consumidor, a título de multa penitencial e ressarcimento de despesas com propagandas do empreendimento, dentre outras.

Geralmente esses valores são escalonados nos contratos de adesão, ou seja, à medida que o consumidor tenha efetuado maior parte do pagamento da unidade imobiliária, terá o percentual de retenção dos valores pagos reduzido.

Entrentes, isso não justifica em alguns contratos, mesmo no início das parcelas, deem às incorporadoras e construtoras o direito abusivo de reter abusiva de até 90%, restando ao consumidor apenas 10% da importância paga.

É pacífico na jurisprudência dos Tribunais Superiores que a multa rescisória, isto é, o valor a ser retido pelo vendedor, no caso de rescisão por culpa do comprador na compra e venda de imóveis, deve oscilar entre 10% a 25% do valor pago. Neste sentido, por diversas vezes já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup>.

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO:

1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao *status quo* anterior, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção pelo vendedor de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.

2. O *percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.*

3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art.1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão.

4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensar em parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador. (REsp 1224921 / PR, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, 26/04/2011) (grifou-se)

<sup>11</sup>“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PERDA DAS PRESTAÇÕES PAGAS. CONTRATO PACTUADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NULIDADE DA CLÁUSULA. RETENÇÃO PELA CONSTRUTORA. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.”

- Nula é a cláusula que prevê a perda de metade das prestações pagas, de contrato de compromisso de compra e venda, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor, *podendo a parte inadimplente requerer a restituição do quantum pago*, com correção monetária, desde cada desembolso, *autorizada a retenção, na espécie, de dez por cento (10%) do valor pago*, em razão do descumprimento do contrato. (STJ, 4ª Turma, Resp. n.º 184148 (98/0056671-6) – SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13/10/98, v. u.)” (grifou-se)

Do exposto, resta irrefutável que qualquer percentual imposto pelas incorporadoras/construtoras acima de 25% aos consumidores infringe o art. 6º, inciso IV, art. 51, inciso IV, e art. 53, da Lei nº 8.078/90, além dos princípios da isonomia, equilíbrio, boa-fé, harmonia e função social do contrato e das relações de consumo, incorrendo também as incorporadoras/construtoras em abuso de direito, consoante prescrito no artigo 187, do CC.

Outrossim, o aludido ressarcimento deve ser feito de forma una e imediatamente após a rescisão, conforme se passa a aduzir.

## **5 Da legalidade no pagamento uno dos valores a serem ressarcidos**

Na maioria dos contratos padrões de compromisso de compra e venda das incorporadoras e construtoras, também há previsão de que maneira ocorrerá a restituição dos valores pagos pelo adquirente em caso de rescisão contratual, a qual geralmente determina que acontecerá de forma parcelada e nos mesmos prazos dos pagamentos feitos pelo comprador aos fornecedores, iniciando-se a primeira após 30 (trinta) dias da entrega do imóvel ou da rescisão.

Todavia, esta disposição é de extremo prejuízo para o consumidor, constituindo-se em abuso de direito (art. 187, do CC), além de violar os princípios da isonomia, equilíbrio, boa-fé, harmonia das relações de consumo e função social do contrato.

Ora, os consumidores realizam os pagamentos às fornecedoras em parcelas mensais com intuito de efetivar a compra do imóvel. Assim sendo, com a rescisão do contrato de compra e venda do imóvel, as construtoras passam à condição de meras depositárias dos valores pertencentes aos compradores, referentes a cada pagamento.

Atuando, após a rescisão contratual, meramente na condição de depositárias do dinheiro dos compradores, as incorporadoras/construtoras devem restituí-lo de imediato e em parcela única, eis que a previsão contratual de devolução em parcelas é iníqua, criando uma obrigação injustificada, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante o que dispõe o artigo 51, incisos, II e IV Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, sendo nulas de pleno direito.

Nesse sentido, consolidou-se a escorreta jurisprudência<sup>12</sup>:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. MULTA. RESTITUIÇÃO EM PARCELA ÚNICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. *Redução do percentual da cláusula penal para 10% sobre os valores pagos. Arts. 6º, VI, do CDC e 924 do CCB/1916. Precedentes. Restituição em parcela única, sob pena de propiciar o enriquecimento injustificado da vendedora. Os honorários devem ser fixados em percentual sobre o valor da condenação, por aplicação do art. 20, § 3º, do CPC. Deram parcial provimento. (Apelação Cível Nº 70017272667, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 14/1/2006).*

A fim de que não parem dúvidas sobre esse entendimento, transcreve-se recente julgado do STJ sobre a matéria:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. PARCELA ÚNICA. POSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. DEVIDOS A PARTIR DA CITAÇÃO.

1. Havendo rescisão do contrato de promessa de compra e venda, a devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador *deve ser de forma única, sob pena de enriquecimento ilícito promitente vendedor.*

(...) (RESP Nº 1.187.526 - RS (2010/0055711-3), RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO) (grifou-se)

## 6 Recurso especial a que se nega seguimento

Insta ressaltar, por derradeiro, que, na maioria dos casos, a rescisão provocada pelo consumidor ocorre antes mesmo de as obras serem concluídas, ou seja, as incorporadoras e construtoras ainda terão oportunidade de oferecer no mercado uma unidade habitacional nova, sem uso, a qual será objeto de aquisição por outro consumidor, inexistindo razão

<sup>12</sup>“COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - RESCISÃO CONTRATUAL PLEITEADA PELO COMPRADOR INADIMPLENTE - POSSIBILIDADE - DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO DE IMEDIATO E EM PARCELA ÚNICA - MULTA POR RESCISÃO PREVISTA CONTRATUALMENTE - VANTAGEM EXCESSIVA DO VENDEDOR - CLÁUSULA ABUSIVA. O comprador, mesmo inadimplente, tem legitimidade para pleitear a rescisão contratual e exigir a devolução das parcelas pagas. *A restituição do valor despendido pelo comprador deve ser feita de imediato e em parcela única.* (...) (TJMG, Ap.: 327554-3, Décima Segunda Câmara Cível, rel.: Maria Elza, j.: 07/03/2001) (grifo nosso)”

para a devolução parcelada, o que se afigura mais uma vantagem excessiva imposta pelos fornecedores.

Ante o exposto, fica patente que a restituição deve ocorrer em parcela única, de forma imediata, eis que, com a rescisão contratual, resta claro que tais valores passam a pertencer ao promissário-comprador, não havendo qualquer razão para que a restituição não ocorra dessa forma.

## **7 Da ilegalidade na cobrança de taxa de corretagem**

Em alguns casos, as construtoras e incorporadoras promovem a venda de suas unidades residenciais, com a parceria de outras empresas, mediante financiamento do preço, estipulando a contratação compulsória de serviço de corretagem ao consumidor, sendo que quem realmente contratou a intermediação imobiliária foram as próprias fornecedoras.

Em outras palavras, os corretores são encontrados nos *stands*, lojas, feira de imóveis e pontos de vendas, somente para ofertar imóveis de determinada incorporadora/construtora, muitas vezes usando uniforme da referida incorporadora, não foram escolhidos e nem estão a serviço do consumidor, não podendo lhes ofertar imóveis de outras construtoras/incorporadoras.

Com efeito, numa leitura da Lei Federal nº 6530, de 12 de maio de 1978, que estabelece a necessidade da intermediação imobiliária ser exercida por profissionais inscritos nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis (CRECI), e ainda, dos termos do artigo 724, do Código Civil, a remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei e nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais, infere-se que quem deve pagar a comissão é a pessoa que contratou o corretor para prestar-lhe assistência (as incorporadoras), visto que a remuneração dos profissionais deve ser fixada conforme a praxe do mercado local.

Não bastasse essa irregularidade, em várias ocasiões as incorporadoras, ou empresas contratadas para esse mister, não informam claramente que esses valores não fazem parte do valor de aquisição do imóvel. Ou seja, é primeiro apresentado aos consumidores um contrato prévio ou “Quadro Resumo”, denominação usada pelos corretores com o valor total do negócio e, posteriormente, há a entrega real do contrato, cujo importe vem descontando a taxa de corretagem, muitas vezes sem o inteiro conhecimento do consumidor.

Com efeito, por um embuste no contrato de adesão, o consumidor possivelmente é realmente ludibriado, uma vez que se dirige a um *stand* de compra da própria construtora, pensando não ter nenhuma intermediação, pois está comprando diretamente com o fornecedor, fecha o negócio numa determinada importância e, em momento posterior, é surpreendido com a entrega de um contrato com o valor a menor, por um serviço não claramente contratado.

Não se pode olvidar, ainda, que, se o imóvel tiver financiamento do governo para famílias de baixa renda, como, por exemplo, os projetos “Minha casa, minha vida”, geralmente as instituições financeiras realizam um estudo antecipado do custo das unidades habitacionais, abrangendo todas as despesas necessárias para a viabilização econômica da obra, inclusive o chamado custo de comercialização (gasto com propaganda, *stands* e corretores).

Toda a avaliação é considerada para a composição do preço final dos imóveis e já está contida no contrato firmado entre o banco e a construtora, instrumento que vincula a sua atuação nas vendas do projeto.

Portanto, na comercialização desses imóveis não deveria ser cobrada a comissão de corretagem. Na esteira deste raciocínio, se, de alguma forma, se envolve corretora ou profissional de corretagem na venda dessas unidades construídas nos moldes dos projetos habitacionais do governo, tais custos devem ser suportados pelo vendedor do imóvel, que já teve facilitado crédito para arcar com as despesas de comercialização.

Caso essa cobrança ilegal ocorra, além de os compradores estarem custeando diretamente um serviço prestado pela imobiliária à construtora, eles pagam o valor correspondente à comissão de corretagem à vista, sem a possibilidade de financiá-lo. Só que, pelas regras dos projetos federais do tipo “Minha casa, minha vida”, dentre outros, o cliente pode se beneficiar com financiamento de até 100% do valor do imóvel, tornando-se óbvia a abusividade na cobrança da taxa de corretagem<sup>13</sup>.

Cumprido registrar, por oportuno, que a prática irregular consta às vezes até no próprio contrato de adesão das incorporadoras e construtoras, mediante cláusula, impondo previa e unilateralmente a contratação de terceiros, geralmente um corretor ou empresa do ramo, sem ser

<sup>13</sup>Isso tanto é veraz que existem ações civis públicas buscando o ressarcimento de tais cobranças aos consumidores. Cita-se, por exemplo, a ação do Ministério Público Federal, Seção do Estado do Espírito Santo, de autoria do procurador da República André Pimentel Filho, podendo ser acompanhada no *site* da Justiça Federal: [www.jfes.jus.br](http://www.jfes.jus.br), pelo número 0003712-47.2014.4.02.5001. Disponível em: <<http://www2.jfes.jus.br/jfes/portal/consulta/resconsproc.asp>>.

um profissional de livre escolha do consumidor, e o pior, não informando expressamente que este valor será abatido do valor do imóvel. Cabe dizer que o referido profissional não pode oferecer unidades imobiliárias de outras construtoras, está ali somente para atender a sua incorporadora.

O que ocorre, em síntese, é uma venda casada, uma contratação de adesão que excessivamente privilegia o fornecedor, em detrimento do consumidor, que justamente é a parte vulnerável da relação jurídica (CDC, art. 4º, inc. I), por ter que arcar com o pagamento de um profissional de corretagem que não escolheu, ofertando imóvel estritamente de uma determinada empresa. Tal prática comercial é abusiva e ilegal, sendo sólido o posicionamento dos tribunais pátrios. Então Vejamos<sup>14</sup>:

<sup>14</sup>“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CRECI/SE. REJEIÇÃO. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A CEF E O CRECI-SE PARA VENDA EM CONJUNTO DE IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DA CAIXA. IMPOSIÇÃO EDITALÍCIA PARA INTERMEDIACÃO DO CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DE SERGIPE. CRECI-SE COM PAGAMENTO DE TAXA DE CORRETAGEM. VENDA CASADA. OCORRÊNCIA. VEDAÇÃO LEGAL. CLÁUSULA ABUSIVA. LESÃO AO CONSUMIDOR CARACTERIZADA. IMPROVIMENTO DAS APELAÇÕES. 1. Apelação interposta pela CEF e pelo CRECI-SE contra sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo MPF, condenando, em síntese, a CEF a retirar dos editais de concorrência a obrigatoriedade de contratação de serviço de corretagem nas compras direta dos imóveis de sua propriedade e ao ressarcimento, solidariamente, os danos causados aos consumidores dos imóveis vendidos por este meio. [...] 3. O objeto desta ação trata das regras dos editais lançados pela CEF para venda de imóveis, com o pagamento de taxa de corretagem, que caracterizaria a prática de venda casada, e tendo como principal beneficiário dessa taxa o CRECI-SE, sendo, portanto, descabida sua exclusão da lide. 4. Preliminares rejeitadas. 5. A conduta dos apelantes em exigir do adquirente a obrigatoriedade de contratar serviço de corretagem juntamente com a compra direta dos imóveis, compelindo-os a adquirir prestação de serviço não solicitada, configura a prática de venda casada, expressamente vedada pelo CDC, em seu art. 39, inciso I, da Lei n.º 8.137/90. AC474751 - SE A26. A ilicitude da cláusula resta demonstrada a partir do momento que não se torna prescindível para a realização do negócio jurídico a participação de corretor, pois, se assim fosse, não haveria possibilidade de sua dispensabilidade na venda através do edital de Concorrência Pública, cerceando-se, dessa forma, o direito de livre escolha do consumidor, com um método de comercialização coercitivo e prejudicial aos seus interesses, onerando o valor a ser desembolsado para aquisição do imóvel, com o pagamento de taxa no percentual de cinco por cento sobre o valor da venda. 7. Os elementos probatórios contidos nos autos (editais de licitação, o convênio e respectivos aditivos firmados pela CEF e CRECI/SE, e a relação dos adquirentes de imóveis por meio de venda direta no período de 2004 a 2007), demonstram o preenchimento dos requisitos necessários à responsabilização dos demandados, e comprovam, adequadamente, a existência de prestação defeituosa de serviço, mantendo-se a sentença que determinou a exclusão da cláusula nas próximas vendas e respectiva devolução nas já realizadas. 8. Improvimento das apelações. (TRF 05ª R.; AC 474751; Proc. 0004481-94.2007.4.05.8500; SE; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas; Julg. 28/06/2011; DEJF 08/07/2011; Pág. 546)”  
“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CDC. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. AUMENTO NA

DIREITO CIVIL. TAXA DE CORRETAGEM. PAGAMENTO PELO VENDEDOR. NATUREZA DO NEGÓCIO. USOS LOCAIS. LEIS. VALOR ADIANTADO. DESNECESSIDADE. CONTRATO. INEXISTÊNCIA. NÃO DETERMINAÇÃO POR LEI. RESTITUIÇÃO À COMPRADORA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Não existindo contrato entre as partes, a remuneração do corretor de imóveis será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais, nos termos do art. 724 do Código Civil, da Lei nº 6.530/78 e do Decreto nº 81.871/78. Tendo o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) sido adiantado pela apelante e não sendo necessário ao pagamento do imóvel, indevida se tornou a retenção do mesmo a título de corretagem. Dessa forma, *não havendo contrato e não determinando a Lei que o comprador do imóvel pague a corretagem, deve ser restituída pela corretora de imóveis a importância de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais)*, pois a outra metade já foi entregue à apelante. Recurso de apelação conhecido e provido. (TJ-ES; AC 35060249915; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Ney Batista Coutinho; DJES 23/04/2009; Pág. 65)

A abusividade dos valores cobrados sob tal título advém da prática de venda casada, visto que não foi o consumidor que escolheu o corretor, bem como não pode comprar por intermédio de outro profissional de sua confiança e desvinculado da contratante. Nesse sentido:

18312346 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ILEGITIMIDADE

<sup>14</sup>QUANTIDADE DAS PARCELAS SEM A CIÊNCIA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA NAS ASSINATURAS. COBRANÇA DE TAXA DE CORRETAGEM SEM INFORMAR AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] 4. É cediço que o contrato é manifestação da vontade e obriga as partes, entretanto não pode o poder judiciário, uma vez provocado, com base nos art. 46, 47 e 48 do Código de Defesa do Consumidor, descurar-se de corrigir irregularidades contratuais, como a que altera unilateralmente os termos pactuados, mormente, quando ao consumidor não é dado a oportunidade de opor-se as condições contratuais impostas e não há comprovação de que anuiu com tais condições, cabendo o banco adotar as cautelas para evitar fatos desta natureza, especialmente nos contratos cujas propostas de adesão são encaminhadas por terceiros, já que nos termos do artigo 34 da Lei consumerista, responde por atos desta natureza. 5. *No que tange ao valor de serviços de terceiros (taxa de corretagem), cobrados da recorrida, em que a recorrente alegar que há previsão contratual e legalidade da cobrança de valores a este título, conforme artigos 722 a 728 do Código Civil, não há nos autos provas de que referido valor está previsto em contrato e de que a recorrida foi devidamente informada, de forma que a cobrança nestas condições viola os artigos 6º, inciso III, e 51 do Código de Defesa do Consumidor. (...)* 6. Recurso conhecido e improvido para manter a sentença pelos próprios fundamentos, conforme o artigo 46, da Lei Federal nº 9.099/95, serve a presente Súmula de julgamento como acórdão; [...] (TJ-AC; AC 0500073-29.2010.8.01.0011; Ac. 4.616; Rel. Juiz Marcelo Badaró Duarte; DJAC 15/10/2010; Pág. 66)“.

PASSIVA DO CRECI/SE. REJEIÇÃO. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A CEF E O CRECI-SE PARA *VENDA EM CONJUNTO DE IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DA CAIXA. IMPOSIÇÃO EDITALÍCIA PARA INTERMEDIÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DE SERGIPE. CRECI-SE COM PAGAMENTO DE TAXA DE CORRETAGEM. VENDA CASADA. OCORRÊNCIA. VEDAÇÃO LEGAL. CLÁUSULA ABUSIVA. LESÃO AO CONSUMIDOR CARACTERIZADA. IMPROVIMENTO DAS APELAÇÕES*. 1. Apelação interposta pela CEF e pelo CRECI-SE contra sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo MPF, condenando, em síntese, a CEF a retirar dos editais de concorrência a obrigatoriedade de contratação de serviço de corretagem nas compras direta dos imóveis de sua propriedade e ao ressarcimento, solidariamente, os danos causados aos consumidores dos imóveis vendidos por este meio. (...) 3. O objeto desta ação trata das regras dos editais lançados pela CEF para venda de imóveis, com o pagamento de taxa de corretagem, que caracterizaria a prática de venda casada, e tendo como principal beneficiário dessa taxa o CRECI-SE, sendo, portanto, descabida sua exclusão da lide. 4. *Preliminares rejeitadas*. 5. *A conduta dos apelantes em exigir do adquirente a obrigatoriedade de contratar serviço de corretagem juntamente com a compra direta dos imóveis, compelindo-os a adquirir prestação de serviço não solicitada, configura a prática de venda casada, expressamente vedada pelo CDC, em seu art. 39, inciso I, da Lei n.º 8.137/90. AC474751 - SE A2* 6. A ilicitude da cláusula resta demonstrada a partir do momento que não se torna prescindível para a realização do negócio jurídico a participação de corretor, pois, se assim fosse, não haveria possibilidade de sua dispensabilidade na venda através do edital de Concorrência Pública, cerceando-se, dessa forma, o direito de livre escolha do consumidor, com um método de comercialização coercitivo e prejudicial aos seus interesses, onerando o valor a ser desembolsado para aquisição do imóvel, com o pagamento de taxa no percentual de cinco por cento sobre o valor da venda. 7. Os elementos probatórios contidos nos autos (editais de licitação, o convênio e respectivos aditivos firmados pela CEF e CRECI/SE, e a relação dos adquirentes de imóveis por meio de venda direta no período de 2004 a 2007), demonstram o preenchimento dos requisitos necessários à responsabilização dos demandados, e comprovam, adequadamente, a existência de prestação defeituosa de serviço, mantendo-se a sentença que determinou a exclusão da cláusula nas próximas vendas e respectiva devolução nas já realizadas. 8. Improvimento das apelações. (TRF 05ª R.; AC 474751; Proc. 0004481-94.2007.4.05.8500; SE; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas; Julg. 28/06/2011; DEJF 08/07/2011; Pág. 546)

Do exposto, fica bem delineada a posição da jurisprudência pátria no sentido de que o pagamento de taxa de corretagem para profissional contratado por incorporadora ou construtora para vender única e suas exclusivamente unidades imobiliárias de seu empreendimento é abusivo.

Por derradeiro, cabe sempre lembrar que tal prática abusiva ocorre sempre violando os direitos consumeristas, infringindo o art. 6º, inciso IV, art. 39, inciso I e art. 51, inciso IV, da Lei nº 8.078/90, além dos princípios da isonomia, equilíbrio, boa-fé, harmonia e função social do contrato e das relações de consumo, incorrendo, assim, as incorporadoras/construtoras em abuso de direito, conforme previsão legal descrita no artigo 187, do CC.

## 8 Conclusão

Ante os excertos doutrinários, jurisprudenciais e legais apresentados, conclui-se que há grande desequilíbrio contratual nos contratos de adesão de compra e venda de unidades imobiliárias, sobremaneira em favor das incorporadoras e construtoras, as quais, aproveitando-se de sua posição privilegiada na relação de compra e venda, inserem cláusulas abusivas em seus instrumentos contratuais, com vistas a auferirem vantagem econômica. Entrementes, tais cláusulas podem e devem ser revistas pelo Poder Judiciário ou previamente proibidas pelo Legislativo.

O prazo de tolerância, geralmente de 180 (cento e oitenta) dias, para entrega das unidades imobiliárias somente a favor das incorporadoras e construtoras é ilegal e desarrazoado, colocando o fornecedor em posição excessivamente vantajosa. Ainda mais se, por outro lado, no mesmo contrato não estiver a previsão de multa moratória ou compensatória em favor do consumidor no caso da incorporadora postergar a data da entrega das chaves ao comprador sem justa causa.

Ao inserirem tais cláusulas em seus contratos de adesão, as incorporadoras e construtoras incorrem na prática ilegal descrita no artigo 187, do CC, bem como violam vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Há necessidade premente de colocar-se cláusula penal nos aludidos instrumentos contratuais, com o escopo de desestimular as construtoras a não protelarem a data de entrega das chaves, isso tornará o contrato mais isonômico, além de garantir previamente o direito ao consumidor de ser indenizado.

As abusividades existentes na maioria dos contratos padrões das incorporadoras e construtoras – no que tange ao excesso de taxa de retenção (na hipótese de rescisão causada pelo adquirente do imóvel); ao grande fracionamento dos valores a serem ressarcidos aos compradores quando tais rescisões ocorrerem e à cobrança indevida de taxa de corretagem – já estão sendo corrigidas pelo Judiciário brasileiro, claro, quando colocadas sob o seu crivo, e, destarte, vem se firmando sólido posicionamento em prol do consumidor acerca destas matérias.

## Referências

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

BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO, Marcelo Vieira. *Absuvidade nos contratos imobiliários*. Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.aprombh.com.br/artigos/1229-abusividade-nos-contratos-imobiliarios>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GLOBALIZAÇÃO: DA CONVENIÊNCIA E COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE PRÉVIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AINDA NÃO RATIFICADOS

Mariana Dantas Pereira  
Advogada

## Resumo

As crescentes relações transfronteiriças entre os Estados Nacionais acabaram por ocasionar o surgimento de um novo modelo estatal, denominado pelo doutrinador Peter Häberle de Estado Constitucional Cooperativo, caracterizado principalmente pela abertura dos ordenamentos internos, através de cláusulas de aberturas estabelecidas nas Constituições, para a ingerência de normas constituídas no âmbito internacional e por vontades forâneas com plena aplicabilidade e executoriedade no plano interno; hodiernamente, o principal exemplo desta abertura jurídica é a União Europeia. No Brasil, as cláusulas de abertura estão consubstanciadas no art.4º, no § 2º e § 3º do art. 5º da Constituição, este último introduzido através da EC nº 45/2004, a qual estabeleceu a força de emenda constitucional para tratados de direitos humanos submetidos ao mesmo *quorum* disposto no art.60 da Constituição. Salienta-se que, uma vez ratificados, os tratados possuem plena executoriedade. Contudo, o que se percebe é que, ao contrário do que ocorre nos países europeus, a introdução destas normas internacionais no ordenamento brasileiro veio desacompanhada de um controle de constitucionalidade jurisdicional prévio que tenha por finalidade evitar que normas advindas de fora do Estado adentrem no ordenamento, incompatíveis com dispositivos da própria Constituição, derogando-as. Desta feita, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade e conveniência deste tipo de controle prévio no Brasil, utilizando-se, para tanto, as fontes dogmáticas e jurídico-formais circunscritas à doutrina especializada e estrangeira, as legislações e jurisprudência pertinentes ao assunto, através de uma abordagem dialética quanto do emprego dos métodos analítico-descritivo e correlacional, em análise de direito comparado.

**Palavras-chave:** Direito internacional. Constituição. Tratados. Controle jurisdicional prévio.

## Abstract

The main legal effect caused by the growing political and economic interaction between nations, especially after World War II, is the occurrence of the same legal position being regulated by two, international legal order and the other national. In this situation arises which calls counselor Peter Häberle Cooperative Constitutional State. In this new model the internal state open systems, through openings clauses established in the Constitutions, that standards established externally by forâneas wills start having applicability and enforceability internally; prime example of this in our times the legal opening is the European Union. In Brazil, opening clauses are embodied in art. 4<sup>o</sup>, in § 2 and § 3 of art. 5 of the Federal Constitution, the latter introduced by EC n<sup>o</sup> 45/2004, which established the constitutional amendment to force human rights treaties submitted to the same quorum provisions of art. 60 of CF It is noted that once ratified treaties have full enforceability, basing on the principle of *pacta sunt servanda*. However, what we see is that contrary to what occurs in European countries, the introduction of these international standards the national laws came unaccompanied by a control of constitutionality prior court whose purpose is to prevent standards arising out of state in order adentrem inconsistent with provisions of the Constitution itself, to deviate from them. This time, the present work aims to demonstrate the need and convenience of this type of prior control in Brazil through a comparative study with European legal systems.

**Keywords:** International law. Constitution. Treaties. Preliminary jurisdictional control.

## 1 Introdução

Como consequência da integração cada vez maior entre os Estados nacionais, em virtude principalmente da necessidade de intensificação das políticas econômicas, formando o que se denomina de transnacionalização de mercados, tem-se a celebração cada vez mais contínua de tratados/acordos internacionais como forma de regulação e uniformização nessas políticas entre os Estados.

Resta, pois, evidente a consequente abertura normativa efetuada nos ordenamentos jurídicos dos Estados para permitir a eficácia de

normas elaboradas num plano externo, qual seja o ordenamento internacional, caracterizando o que Peter Häberle denomina de Estado Constitucional Cooperativo, determinado pela predominância de cooperação política, econômica e jurídica entre as comunidades pactuantes.

No ordenamento brasileiro, as cláusulas de abertura consubstanciam-se no art. 4º e §§ 2º e 3º (introduzido com a Emenda Constitucional nº45/2004) do art. 5º da Constituição Federal.

Ressalta-se que, uma vez ratificados, os tratados têm plena eficácia no plano internacional, tornando-se obrigatórios em relação às partes membros, não podendo um Estado-membro invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do respectivo tratado/acordo, tendo em vista o próprio princípio do *pacta sunt servanda*.

O fato é que o §3º do art. 5º, CF, ao firmar a força de emenda constitucional às normas internacionais que versem sobre direitos humanos e que sejam aprovados a semelhança do procedimento de reforma constitucional estabelecido pelo art. 60 da CF sem, contudo, estabelecer qualquer tipo de filtro normativo de compatibilidade constitucional, acaba por permitir que, em um eventual conflito normativo, a norma internacional, incorporada no ordenamento aos moldes do §3º do art. 5º, CF, derogue tacitamente dispositivos da própria Constituição, abrindo espaço, portanto, para um novo tipo de reforma constitucional que não fora estabelecido pelo Poder Constituinte Originário e que tem como legitimados vontades forâneas do nosso Estado.

Este é, pois, o ponto nevrálgico deste estudo, em que objetivamos demonstrar a necessidade e conveniência da institucionalização de um a controle constitucional prévio a ser realizado pelo judiciário antes da ratificação dos tratados que versem sobre direitos humanos, evitando-se, por um lado, a incompatibilidade da norma internacional com o texto constitucional e permitindo, por outro, que se atinjam os objetivos proposto pelo abertura jurídica ocasionado pelo Estado Constitucional Cooperativo.

## **2 Supremacia da Constituição e o conseqüente surgimento do controle de constitucionalidade**

Como é de curial sabença, a Constituição é o conjunto de normas que fundamenta toda a ordem jurídica, política e econômica de uma

comunidade, vez que estabelece os princípios vetores do Estado, fixando os procedimentos de solução de conflitos e criando as bases que formam a unidade política e determinam a atuação estatal (HESSE, 2008).

Na exposição da teoria escalonada do ordenamento jurídico, o doutrinador Hans Kelsen (2000) assentou a tese de que uma norma jurídica para ser válida necessita buscar seu fundamento de validade em uma norma superior, a qual culminaria na Carta Maior.

Deste modo, levando-se em consideração que a Constituição é a norma fundamental de um Estado, na qual se situam as normas de organização estrutural da sociedade, além das garantias essenciais e intrínsecas ao ser humano, caracterizado pelas liberdades públicas, tem-se, pois, que toda a produção normativa deve-se submeter às disposições materiais e formais disciplinadas pela Carta Magna.

O principal fator que explica esse caráter de superioridade é o fato de que toda Constituição é produto do exercício do Poder Constituinte Originário que, através da ruptura jurídica com o ordenamento político anterior, instaura uma nova ordem. Neste ponto, evidencia-se a incondicionalidade e o caráter inicial deste poder, vez que, como rompe com a antiga ordem jurídica, não pode o mesmo ser limitado por qualquer norma presente no ordenamento.

Assim, toda manifestação de criação normativa que não decorra do processo de exercício do Poder Constituinte Originário estará, pois, limitado/condicionado pelas disposições estabelecidas na Lei Maior. Logo, é a Constituição que estabelece as competências, formas e, por vezes, limites aos conteúdos dos atos normativos que venham posteriormente a integrar o ordenamento jurídico interno, sendo, portanto, a norma soberana, devendo todas as demais leis e atos normativos a ela adequar-se (SILVA, 2002).

Consolidando-se a ideia de superioridade da *Lex Mater*, surge o que a doutrina denomina de princípio da supremacia constitucional, caracterizado pelo vínculo de subordinação dos atos públicos e privados à constituição de um Estado.

É justamente a partir deste ponto que surge o mecanismo de controle de constitucionalidade das leis como sendo um dos principais instrumentos de garantia do princípio da supremacia constitucional.

*O controle da constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a ideia de supremacia constitucional, pois na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Por isso, ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente se declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade. (DINIZ, 1998, p. 15).*

Sendo assim, o controle de constitucionalidade serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos Poderes Públicos e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos, os quais são coibidos por meio de uma sanção de invalidade, que poderá ser imposta tanto com efeito *ab initio*, quanto a partir de um determinado momento, seja ele passado ou futuro (RAMOS, 2010).

Para o professor Uadi Lammêgo (2010), os fundamentos que justificam a adoção do controle de constitucionalidade são os seguintes: o primar pela estabilidade constitucional do Estado; a garantia da supremacia constitucional em face dos atos do Poder Público; a preservação do bloco de constitucionalidade da Constituição Federal e, por fim, a segurança dos direitos e garantias fundamentais.

É preciso ter em mente que a supremacia constitucional pode ser entendida sobre dois ângulos - supremacia material e formal – sendo que, em apenas um deles, se conecta o instituto do controle de constitucionalidade.

A primeira delas consiste na consciência constitucional, ou seja, a ideia de que essas normas possuem um conteúdo fundamental que gera uma espécie de acatamento, fazendo com que os Poderes Públicos e os particulares sujeitem suas condutas às normas constitucionais; portanto, é muito mais sociológico ideológica do que propriamente técnico jurídico.

Já a segunda, pelo contrário, é caracterizado pela existência de cláusula especial que atribui um procedimento diferenciado do ordinário para a reforma e que surge como forma de garantir os direitos estabelecidos na carta, para que os governantes não a modifiquem segundo seus interesses. É o que se denomina de rigidez constitucional.

É, pois, em decorrência da superioridade das normas constitucio-

nais que se estabelece uma clara conexão entre a rigidez e o controle de constitucionalidade, salientando-se que, apesar de estarem intimamente ligados, não surgiram na mesma época histórica, tendo em vista que a jurisdição constitucional só veio a ser implementada em grande parte dos sistemas jurídicos da Europa ao longo da primeira metade do século XX.

*La rigidez constitucional, que impide la modificación de la Constitución por una ley y exige procedimientos específicos de reforma, era un presupuesto necesario para que pudiera nacer el control de constitucionalidad de las leyes. (TAJADURA, 2008, p. 19)*

Logo, pode-se afirmar que o controle de Constitucionalidade visa ao combate do vício de inconstitucionalidade - incompatibilidade com a norma constitucional, seja através de uma ação – ou mesmo por uma omissão –, fazendo-se incidir a sanção de invalidade a ele cominada pelo próprio ordenamento, provocado através das medidas/ações judiciais preestabelecidas.

### 3 Estado constitucional cooperativo

Em um sentido moderno e atual, só se pode começar a falar sobre constitucionalismo - Estado Constitucional - a partir das grandes revoluções liberal-burguesas, ao final do século XVIII, quando se consolidaram as ideias de preservação das liberdades individuais. Neste sentido, dispôs o doutrinador Peter Häberle (2001, p. 3):

*El Estado Constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como: sociedad abierta.*

Como se observa, a principal característica do Estado Constitucional é a presença do princípio da dignidade humana, da separação dos poderes, da democracia e pluralidade política como premissas basilares do Estado de Direito.

Ocorre que, com a intensificação das relações jurídicas, políticas e

econômicas transfronteiriças, ocasionados pelo processo de globalização, impôs-se a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais para normas que regessem essas relações exteriores, consubstanciadas nas chamadas cláusulas de abertura, as quais proporcionam e garantem juridicamente os diversos modos de integrações interestatais.

Esta a abertura jurídica, caracterizada principalmente pela ratificação de diversos tratados e pactos entre países, ensejou diversos efeitos jurídicos que acabaram por modificar certos paradigmas jurídicos existentes, dentre os quais a relativização da soberania e da supremacia da Constituição, consequência esta já disposta por Kelsen (2000, p. 527) ao defender a sua teoria monista e seguida por Häberle (2001, p. 75):

Mas se o Direito internacional existe ou é pressuposto como existente, uma ordem jurídica superior à dos Estados é válida. Desse modo, sob o Direito Internacional, os Estados não são soberanos, ou o que redundando no mesmo, a ordem internacional, ao determinar a esfera e o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais, forma juntamente com elas, uma ordem jurídica universal.

*Como un elemento de la imagen del mundo del tipo del 'Estado constitucional' nos atrevemos a afirmar que los diversos Estados constitucionales no existen más 'para si', sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta.*

Deste modo, se por um lado elementos constitutivos de um estado constitucional - tais como procedimentos democráticos e direitos humanos - podem ser exportados para outros países, por outro, tais importações podem pôr em perigo certas identidades jurídicas de um Estado.

O exemplo mais palpável desse fenômeno de cooperação internacional é a União Europeia, o qual se anuncia hoje como uma verdadeira comunidade universal de Estados Constitucionais. É, pois, a comunidade europeia um autêntico produto deste genuíno processo de universalização de direitos.

Logo, quando um Estado Constitucional abre o seu ordenamento para a efetivação de normas impostas por relações internacionais, caracteriza-se o Estado Constitucional Cooperativo.

Com efeito, podemos afirmar que as causas para o surgimento deste tipo de Estado cooperativo pode ser resumido em dois planos: o sociológico-econômico consubstanciado na interdependência econômica dos Estados, intensificada pela globalização e o gerado pelo âmbito

ideal/moral, caracterizado pela universalização dos direitos fundamentais e humanos.

Deste modo, o estado härbeliano é, principalmente, um defensor da abertura constitucional em matéria de direitos humanos, tendo em vista que os Estados inseridos em um contexto cultural semelhante e favorável à proteção desses direitos proporcionam a evolução jurídica da nação, por meio das integrações, neste sentido afirmou Peter Häberle:

*En la 'Internacional del Estado constitucional', en la 'familia' de los Estados constitucionais, el intérprete de los derechos fundamentales tiene que tomar en consideración siempre los textos universales y regionales sobre os derechos humanos. La apertura de los contenidos y las dimensiones de los derechos fundamentales "havia fuera" es consecuencia de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo. De este modo surge una 'comunidad de interpretación de los derechos fundamentales'. O bien: la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales se hace internacional, y se diferencia, inclusive de acuerdo com las convenciones regionales de derechos humanos (como la CEDH y la CE) y la afinidad cultural, por ejemplo, en los espacios europeo, latinoamericano o africano. (HABÉRLE, 2007, PG. 163-164)*

No ordenamento jurídico brasileiro, podemos identificar como cláusulas de abertura para a cooperação internacional, o princípio estabelecido pelo art. 4º, IX, da CF<sup>1</sup>, a dos §§ 2º e 3º (introduzido com a Emenda Constitucional n.º. 45/2004), do art. 5º da CF, que acabaram por corroborar a crescente política de abertura constitucional ao direito internacional caracterizado pela necessidade de regular a nova realidade pelos anseios supranacionais voltados primordialmente à proteção dos direitos humanos.

Desta forma, podemos afirmar que o Estado brasileiro é um Estado Constitucional Cooperativo, vez que expressamente admite a abertura do ordenamento interno para normas oriundas fora do Estado. No entanto, o que se deve indagar é se o sistema jurídico brasileiro possui mecanismos que regulem a incorporação desse direito comunitário no

<sup>1</sup> Art. 5º §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humano que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

direito interno de maneira que não viole os preceitos estabelecidos e fundados na própria Lei Maior, o que caracteriza o objeto deste estudo.

#### **4 O Controle de constitucionalidade preventivo de Tratados Internacionais realizados na Europa**

A mera incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico interno de um Estado, sem qualquer análise sobre a sua compatibilidade com este sistema, e estando essas normas a regular uma mesma situação ou matéria, poderá, pois, ocorrer a existência de colisão entre as mesmas.

Para tanto, faz-se necessária, portanto, a análise sobre a forma de controle de constitucionalidade que seja exercido sobre essas normas oriundas do plano internacional, mormente, antes de sua ratificação, momento em que se pode prevenir a ocorrência do vício de inconstitucionalidade do ato normativo.

Em análise ao modelo de integração Europeia e sua avançada normatividade acerca das questões comunitárias, destacando-se o patente diálogo que se estabelece entre o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e os respectivos Tribunais Constitucionais dos seus Estados-membros em respeito à supremacia estabelecida por suas Constituições, bem como suas respectivas formas de controle de constitucionalidade, podemos concluir pela existência, na maioria dos países membros da UE, de um controle jurisdicional preventivo realizado sobre as normas comunitárias que venham a ingressar no ordenamento interno dos Estados.

Tal controle se consubstancia como garantia de que a norma comunitária adentre sempre no ordenamento interno de maneira compatível com a Constituição. Deste modo, o controle de constitucionalidade prévio poderá ensejar dois tipos de resultados possíveis: a revisão constitucional anterior ao ingresso da norma internacional no ordenamento do Estado, e/ou mesmo, a própria negativa de ratificação do tratado/acordo.

Na Espanha, o art. 93<sup>2</sup> da Constituição estabelece uma patente

<sup>2</sup>Art. 93 – Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

cláusula de abertura para normas constituídas fora do ordenamento. Acontece que, na própria Carta Magna, há o estabelecimento expresso de um controle de constitucionalidade prévio, o qual permite que haja a reforma da constituição em caso de antinomia derivada do confronto entre seu texto legal e o tratado internacional, como se depreende do seu art. 95<sup>3</sup> e como tão bem explicita o doutrinador Barcena (2008, p. 174):

*Por lo demás, como ya se sabe, el sistema español reconoce dos tipos de control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Por un lado, el control prévio a la manifestación del consentimiento en obligarse se contemplado en el artículo 95.1 CE. Por outro, el control de constitucionalidad posterior a la manifestación del consentimiento en obligarse recogido en el artículo 27.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.*

Percebe-se que a institucionalização de uma reforma que compatibilize o texto legal da Constituição com o texto proveniente dos tratados, oportunizada pelo exercício do controle prévio, obsta a existência de um Poder de Reforma advindo de fora do ordenamento jurídico do Estado, vez que o art. 95 da CE embasa a reforma em contornos constitucionais, realizada pelo próprio poder de competência nacional.

Por sua vez, apesar de, na Alemanha, o controle de constitucionalidade ser exercido geralmente *a posteriori*, há a previsão do controle jurisdicional prévio, conforme estabelecido pelo art. 59, II, da LF, o qual permite que as normas que contenham o tratado internacional a ser incorporado no ordenamento jurídico interno seja apreciado, quanto a sua constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão – TCF – antes mesmo da sua incorporação, inclusive na fase de sua elaboração, evitando-se, assim, o conflito com a norma constitucional.

Na França, aos moldes do que ocorre na Espanha, há também a previsão expressa de um controle de constitucionalidade prévio dos tratados internacionais a ser exercido pelo Conselho Constitucional em momento anterior à ratificação dos tratados comunitários, admitindo, assim, que numa eventual controvérsia entre as duas normas, a Constituição seja reformada, conformando-se com o tratado, ou mesmo suspendendo a autorização para aprovar ou ratificar o mesmo, permitindo-se,

<sup>3</sup>Art. 95 – (1) – *La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. (2) – El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.*

por um lado, que a supremacia da constituição seja mantida e, por outro, garantindo que a evolução na construção do ordenamento jurídico comunitário possa ocorrer<sup>4</sup>, conforme art. 54 da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 54 – Se o Conselho Constitucional, requerido pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente de qualquer uma das duas assembleias ou por sessenta deputados ou por sessenta senadores, declara que um compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificar ou aprovar o referido compromisso internacional somente poderá ser outorgado após prévia revisão da Constituição.

Frisa-se, conforme dispôs Eleonora Ceia, em seu artigo sobre os “Tratados internacionais e constituições nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa” (2008), que, apesar do Conselho Constitucional da França possuir natureza política, já se pacificou o entendimento de que se trata, na verdade, de um órgão jurisdicional, portanto o controle prévio exercido por este órgão também tem natureza jurisdicional.

Percebe-se que, na Europa, a despeito da clara existência de verdadeiras cláusulas de aberturas constitucionais frente às normas comunitárias proporcionadas principalmente pelo processo de integração europeu, estabelecem os Estados membros, a exemplo do que fora analisado acima, controles prévios de constitucionalidade realizados anteriormente à ratificação dos tratados, com a finalidade de compatibilizá-los com os princípios e normas essenciais adotados pela própria Lei Maior, ou mesmo, de reformá-la, possibilitando a evolução jurídica ocasionada pelas interações interestatais.

## 5 O Controle de constitucionalidade realizado no sistema brasileiro

O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil é considerado pela grande maioria da doutrina como sendo um controle misto, vez

<sup>4</sup>Um controle semelhante foi exercido com relação ao Tratado de Amsterdã de 1997, cuja constitucionalidade foi questionada pelo Presidente da República e pelo Primeiro Ministro perante o Conselho Constitucional. Neste julgamento, o Conselho declarou duas provisões do tratado incompatíveis com o princípio constitucional da soberania nacional. Somente após a adoção de uma emenda constitucional apropriada, o procedimento de ratificação pôde ser concluído.  
[...]

E, por último, mais recentemente, o Conselho Constitucional declarou que a autorização para ratificar o Tratado de Lisboa dependeria de prévia revisão da Constituição (Decisão nº. 2007-560 DC, de 20/12/2007. (CEIA, 2008, p. 15)

que possibilita a sua realização tanto no âmbito da função legislativa quanto no âmbito da função jurisdicional, bem como pela possibilidade de fiscalização da constitucionalidade normativa em dois momentos: preventivamente, realizado durante a elaboração da espécie normativa, ou seja, no projeto de lei, e, repressivamente, efetuado após a publicação da lei/ato normativo.

Em verdade, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é eminentemente jurisdicional-repressivo. Por oportuno, ressalta-se que, dentro do tipo de controle acima referido, existem dois outros tipos de sistema/métodos caracterizados pelas vias difusas – o controle poderá ser exercido por todos os órgãos do judiciário, próprio dos processos de natureza subjetiva; e pela via concentrada – concentração do controle em um único órgão judiciário, próprio dos processos de natureza objetiva.

Quanto aos tratados internacionais, insta ressaltar a existência de dois tipos de hierarquia normativa estabelecido pela Constituição. Deste modo, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e sejam submetidos ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º da CF, ou seja, forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão força de emendas constitucionais, sendo passível de controle de constitucionalidade jurisdicional apenas quando o texto internacional incorporado com força de emenda constitucional não respeitar os parâmetros fixados no art.60 da CF.

Por outro lado, os tratados internacionais que não versem sobre os direitos humanos e/ou não sejam submetidos ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º da Constituição são considerados infraconstitucionais e, portanto, submetidos ao controle de constitucionalidade, conforme disposição estabelecida no art. 120, III, b, da CF. Neste sentido, explica o professor Alexandre de Moraes (2010, 766):

Esses atos normativos são passíveis de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pois, apesar de originários de instrumento internacional, não guardam nenhuma validade no ordenamento jurídico interno se afrontarem qualquer preceito da Constituição Federal, conforme a decisão prolatada pelo STF – RTJ 84/724; STF - 2ª T. – v.u. – *Habeas Corpus* nº. 73044-2/SP – Rel. Mauricio Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 20 set. 1996, p. 34.534; STF – Adin nº. 1.480-3 – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 jul. 1996.

Todavia, inobstante a disposição normativa do art. 120, III, b, CF, registra-se que o objeto da fiscalização não é o tratado em si, mas, na verdade, o ato que o aprova e incorpora no ordenamento jurídico brasileiro.

O controle de constitucionalidade de tratados internacionais está previsto expressamente no art. 120, III, b da Constituição brasileira. Esta regra corresponde à hipótese de controle indireto de constitucionalidade de tratados internacionais. *Na Constituição brasileira não existe uma disposição explícita que preveja o controle direto de constitucionalidade dos tratados. Todavia, é possível um controle judicial abstrato do ato (em forma de lei federal) que aprova e incorpora o conteúdo do tratado ao ordenamento jurídico interno.* (CEIA, 2008, p. 5).

Sendo assim, diante do escasso tratamento acerca do controle constitucional efetuado sobre os tratados internacionais, mormente os que se submetem ao art. 5º §3º previsto na Constituição, cabe-nos indagar sobre o possível conflito que possa vir a ocorrer entre a Constituição e respectivos acordos internacionais, tendo em vista tanto o ângulo internacionalista relativo à responsabilização internacional do Estado, corolário do princípio *pacta sunt servanda*, quanto o aspecto soberanista acerca da violação da supremacia constitucional.

### 5.1 Processo de celebração dos tratados

Em geral, o processo de celebração de tratados compõe-se de seis fases distintas, qual seja, negociação, assinatura, aprovação, ratificação, promulgação e depósito.

Destaca-se que, segundo o art. 6º da Convenção de Viena, todos os Estados têm a capacidade para celebrar tratados, devendo ser representados por pessoas devidamente autorizadas a praticar as negociações internacionais em seu nome, ou mesmo pelas pessoas que, em virtude dos cargos que ocupem como os chefes de Estado, são dispensadas da autorização.

No Brasil, a competência para celebrar tratados/acordos internacionais é imposta privativamente ao Presidente da República, segundo o art. 84, VIII, da CF. No entanto, esclareça-se que os atos de negociação de ato internacional são, em verdade, acompanhados por funcionário diplomático, segundo dispõe o art. 1º, III, do Anexo I do Decreto nº. 2.246/97. Ademais, a presença

do Presidente da República, em todos os atos de negociações de tratados/acordos internacionais, inviabilizaria a própria administração do Estado.

Desta forma, para a assinatura do tratado, basta que o sujeito seja capaz, ou pelo menos, legalmente habilitado (por meio de carta de plenos poderes assinada pelo Chefe do Executivo e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores), que haja consentimento e o objeto seja lícito e possível.

Registra-se que a assinatura corresponde apenas a um ato formal pelo qual o Estado aceita a forma e o conteúdo do tratado negociado, cessando as negociações, porém sem significar a sua aceitação definitiva, não acarretando, pois, efeitos jurídicos vinculantes, abrindo apenas oportunidade para as reservas<sup>5</sup>.

Após a assinatura, efetuada pelo Poder Executivo, faz-se necessária a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo, de acordo como art. 49, I, da CF, pela qual o Presidente da República envia uma mensagem ao Congresso Nacional, solicitando a apreciação do tratado/acordo pelo Legislativo.

A aprovação pelo Poder Legislativo engloba a vontade conjugada dos dois poderes políticos, ou seja, deverá ser apreciada e aprovada pelas duas casas – Câmara dos Deputados e Senado –, e sua aprovação consistirá em uma promulgação de um Decreto Legislativo, autorizando a sua ratificação pelo Presidente da República. Registra-se que, em caso de rejeição, não há a edição do referido Decreto Legislativo.

A ratificação é, pois, o ato formal pelo qual o Estado expressa o seu consentimento definitivo em estar submetido às disposições de um determinado tratado, vinculando-o internacionalmente.

Segundo a doutrinadora Flávia Piovesan (2010), ao ratificar um tratado o Estado assume as seguintes obrigações: a) respeitar, fazer respeitar e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita a sua jurisdição; b) adaptar sua legislação interna ao estabelecido no tratado; c) assegurar que as suas autoridades não tomem medidas ou ações que vão contra o disposto no tratado, e, por fim, d) colocar à

<sup>5</sup>Art. 2º, §1º, d, da Convenção de Viena - “Reservas é uma declaração unilateral, feita por um sujeito de direito internacional ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação nesse Estado ou Organização Internacional”. Deste modo, a reserva nada mais é do que a vontade do Estado em eximir-se internamente de determinada obrigação estabelecido no tratado, frente aos outros sujeitos/partes, sendo possíveis apenas em tratados multilaterais. Ressalta-se que as reservas serão inadmissíveis quando se mostrarem incompatíveis com o objeto e propósito do tratado, nos termos do art. 19 da Convenção de Viena.

disposição de toda pessoa, que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação.

Por fim, para que uma norma internacional seja aplicada no plano interno de um Estado, deverá esta ser transformada em norma de Direito nacional. Sendo assim, o tratado internacional só passará a vigorar no ordenamento jurídico interno, uma vez aprovado pelo Legislativo, após a promulgação do Decreto Executivo, publicado em órgão oficial do Estado – no caso do Brasil, o Diário Oficial da União – a partir do qual adquire plena aplicabilidade e executoriedade.

## 5.2 A violação da Supremacia da Constituição e a necessidade de um controle jurisdicional prévio dos tratados internacionais

Como visto anteriormente, com a ratificação do tratado, o Estado vincula-se internacionalmente às suas disposições, tornando-se, para as partes signatárias, regras obrigatórias de plena executoriedade.

Logo, o Estado, exercitando a sua soberania ao ratificar um tratado/acordo, não poderá mais invocar disposições de seu próprio direito interno, bem como usar eventual alteração em sua legislação como fundamento para o não cumprimento – derrogar ou ab-rogar – as regras convenionadas externamente, sob pena de responsabilização internacional<sup>6</sup>.

Este fato ocorre em razão de os tratados revestirem-se do princípio do *pacta sunt servanda* – brocardo Latim que significa “*os pactos devem ser respeitados*” ou “*os acordos devem ser cumpridos*” – o qual, no direito civil, caracteriza a intangibilidade do acordo firmado, fazendo lei entre as partes, não podendo o mesmo ser alterado nem pelo juiz, possuindo, no direito internacional, o significado de que todo tratado em vigor obriga as partes ao seu cumprimento, devendo as mesmas agir de boa-fé, objetivando a sua consecução, conforme estabelece o art. 26 e 27 da Convenção de Viena, *verbis*:

Art.26 – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

Art.27 – Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.

<sup>6</sup>A Convenção de Viena estabelece, em seu art. 18, a responsabilidade internacional dos Estados pela ausência de boa-fé no cumprimento dos tratados após a sua assinatura.

Ressalta-se que o único limite ao *pacta sunt servanda* no direito internacional é justamente o *jus cogens* – normas peremptórias gerais do direito internacional, inderrogáveis pela vontade das partes.

Nesse sentido, esclareça-se que o Estado somente se exime da responsabilidade no plano internacional se preexistir o ato de denúncia, consistente no ato formal, privativo do poder executivo, pelo qual o Estado signatário impõe a sua retirada na participação do tratado. Assim, na ausência de tal ato, persiste a responsabilidade da parte.

Fazendo-se uma análise do ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, das cláusulas de abertura consubstanciada principalmente no art. 5º, §3º da CF, percebe-se que o constituinte concentrou, exclusivamente nos Poderes Executivo e Legislativo, as prerrogativas do controle de constitucionalidade de uma norma para cuja elaboração contribuíram vontades políticas forâneas.

O fato é que, quando um tratado internacional que verse sobre direitos humanos for submetido aos procedimentos estabelecidos pelo art. 5º, §3º da CF, as suas normas adentram ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional, portanto, a mais alta hierarquia dentro do nosso ordenamento, não prevendo, ao mesmo tempo, a possibilidade de qualquer conjectura de controle que estabelecesse um filtro normativo para a inserção de tais normas no ordenamento interno.

Por oportuno, frisa-se que, a despeito da supremacia constitucional, o direito internacional deverá vigorar, enfraquecendo a própria normatividade constitucional e soberania estatal, em razão da obrigatoriedade de cumprimento do tratado internacional – princípio do *pacta sunt servanda* –, caracterizando o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno.

Neste sentido, dispôs Canotilho (2003) ao afirmar que a supremacia do direito comunitário “tornaria supérfluas as próprias constituições” e importaria um “processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais”.

Insta esclarecer que, apesar de se tratar o presente trabalho de tratados internacionais sobre direitos humanos, tais acordos internacionais podem englobar direitos que ratifiquem os já dispostos em nossa Constituição, complementá-los/ampliando-os, ou até mesmo conflitá-los; neste caso, se se tratar de uma norma que adentre no ordenamento

jurídico brasileiro com *força* de emenda constitucional, ocorrerá, portanto, a derrogação da própria norma constitucional.

Um exemplo de conflito entre o direito internacionalmente garantido e o dispositivo constitucional é demonstrado pela doutrinadora Flávia Piovesan (2010) em sua obra sobre Direito Internacional, atentando-se para o caso da liberdade sindical. Afirma a professora que, nos termos do art. 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, fica estabelecido o direito de toda pessoa de fundar, com outras, sindicatos e filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias. Idêntico preceito encontra-se previsto no art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como no art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, a Carta Magna brasileira de 1988, por sua vez, consagra o princípio da unicidade sindical, nos termos de seu art. 8º, inciso II, onde prevê que é “*vedada à criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial*”.

Ocorre que os acordos/tratados acima mencionados foram ratificados anteriormente à promulgação da EC nº. 45/2004, que estabeleceu o §3º, no art. 5º, da CF. No entanto, exemplifica perfeitamente a possibilidade de conflitos que possam vir a existir entre tratados internacionais e os dispositivos constitucionais mesmo que aqueles versem sobre direitos humanos.

Deste modo, verifica-se que o problema reside justamente na inexistência de um controle jurisdicional de conformidade dessas normas internacionais com a Constituição Brasileira.

Acontece que a salvaguarda da Constituição não pode ser relegada unicamente ao Poder Político, tendo em vista que é este o órgão produtor dos leis/atos normativos sujeitos à fiscalização constitucional, sendo, portanto, necessária a manifestação do Poder Judiciário. Este é, pois, o pensamento seguido por Hans Kelsen ao afirmar que ninguém pode ser juiz de sua própria causa, e, dessa forma, o poder legislativo não poderia analisar a constitucionalidade de seus próprios atos e normas.

Por outro lado, mesmo que não se verifique a ocorrência de eventual conflito entre a norma comunitária, introduzida pelo o no art.

5º, §3º da CF e o dispositivo constitucional, constata-se que, a despeito do constituinte ter estabelecido apenas dois processos especiais de reforma do texto constitucional – art. 60 e art. 3º da ADCT – exaurindo, naquele momento, através do exercício do Poder Constituinte Originário<sup>7</sup>, qualquer outra forma de modificação da Lei Maior, o referido parágrafo do art. 5º abre espaço para a instauração de uma nova forma de modificação constitucional, mesmo após dezesseis anos da promulgação da carta vigente de 1988.

Manifesta-se, assim, que esta nova forma de modificação do texto constitucional advém de normas oriundas fora do Estado, instaurando, portanto, como tão bem conceitua o professor Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, o Poder Constituinte Derivado Internacional.

Para o ilustre professor, o processo de formação dos tratados foge ao sistema democrático vez que não decorre unicamente de um representante popular – O Presidente da República que o assina e promulga – mas de um corpo diplomático, negociador do mesmo, que não fora eleito pelo povo, e que, portanto, não representa a vontade popular.

Ademais, ainda existe a figura das partes signatárias que condicionam os seus interesses na formação do tratado, existindo assim influências de entidades externas no corpo da Constituição que mitigam a soberania de um Estado.

O fato é que não há qualquer controle jurisdicional sobre a compatibilidade do texto da norma comunitária para com o sistema jurídico brasileiro, mormente o texto constitucional, existindo tão somente a discricionariedade do corpo político pela conveniência das relações internacionais.

Soma-se ainda o fato de não serem os tratados um instrumento elaborado apenas internamente; mesmo que os dispositivos ali previstos derroguem artigos do texto constitucional, o seu conteúdo não poderá ser modificado ou adaptado pelo legislador nacional, devendo ser recebida com o mesmo texto com o qual fora compactuada.

<sup>7</sup>“Nem a emenda e nem a reforma e isso é preciso ser dito, porque é implícito, mas não foi cumprido nos anos todos; qualquer constitucionalista defenderia isto, e de que, se há um poder constituinte originário, que diz como é que o poder constituinte derivado pode emendar ou reformar a Constituição, esse poder constituinte derivado não pode mudar as regras da alteração. Porque as regras da alteração é uma delegação que eles receberam do poder constituinte originário.” – Assembleia Nacional Constituinte (Atas da Comissão)/Subcomissão de Garantia da Constituição, reformas e emenda, Proferida por: José Afonso da Silva, pg. 10.

Ao invés de formar parte do art. 5º, tal parágrafo caberia como uma luva no art. 60, já que altera o procedimento de reforma da Constituição, acrescentando uma nova possibilidade. Criam-se, assim, dois problemas: o primeiro, de caráter político; o segundo, doutrinário.

O problema de caráter político relaciona-se com o tema do déficit democrático [...] o procedimento de elaboração de um tratado, no entanto, está sujeito a uma coordenação que efetivamente foge ao controle da população. Em primeiro lugar, porque o tratado não decorre unicamente do liame povo - Presidente da República. Na equação que conduzirá à aprovação de um tratado internacional, há ao menos duas incógnitas que não estão previstas no texto da Constituição: o corpo diplomático que negocia o tratado, que não representa a vontade popular, e as partes signatárias que, por outro lado, o condicionam a seus próprios interesses.

[...]

O segundo problema, por outro lado, de caráter doutrinário, diz respeito ao paradigma antes mencionado [...] o tratado, nos termos do §3º, acrescido ao art. 5º, não estaria sujeito ao procedimento de discussão, não poderia ser objeto de modificação do seu conteúdo, exatamente porque não é um instrumento elaborado internamente e, sendo aprovado, derogaria artigos do texto constitucional. Nesta hipótese, ao contrário da Constituição espanhola, que no seu art. 95.1 prevê a prévia conformação do texto constitucional a um conteúdo possivelmente contrário de um tratado internacional, autorizando inclusive, condicionalmente, a intervenção do Tribunal Constitucional, a *Constituição brasileira praticamente institucionaliza um Poder Constituinte Derivado Internacional* sem peias, ao permitir uma reforma cujo procedimento se compõe de uma discussão levada a cabo por um número indefinido de entidades não necessariamente representativas da vontade popular e uma aprovação efetuada pelas Casas do Congresso Nacional. (grifo nosso). (GUSMÃO, 2005, p. 110/111).

Se, por um lado, o envolvimento da jurisdição no processo de controle constitucional dos tratados anteriores à sua ratificação poderá gerar uma crise institucional, por outro, tem-se, como visto, uma vez ratificado o tratado não poderá mais ser objeto de modificação, ensejando o seu cumprimento de imediato e sob pena de responsabilização, restando patente a necessidade de implementação de um controle jurisdicional prévio de constitucionalidade anterior à ratificação dos tratados sobre direitos humanos que, posteriormente, sejam submetidos ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º, da CF, à luz do que ocorre nos países europeus integrantes da União Europeia.

Tal posicionamento é corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes que, no voto de julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP - sobre admissibilidade ou não da prisão civil em razão do depositário infiel à luz do Pacto de San José da Costa Rica -, dispôs sobre a necessidade e compatibilidade do controle jurisdicional prévio dos tratados internacionais pelo sistema jurídico brasileiro:

Como afirmou o Tribunal Constitucional da Espanha no caso Maastricht: *'Aunque aquella supremacia quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pacatada'*. É nesse sentido que se impõe a necessidade de utilização de uma espécie de controle prévio, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas. Essa ideia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a exequibilidade. Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil. (Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP – STF, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgado em 03/12/2008, Pg. 1154). (sem grifo no original)

O controle prévio põe-se, assim, como o único instrumento viável para solucionar a crise de legitimidade das normas editadas por vontades forâneas, assegurando-se o paradigma do Poder Constituinte, bem como proporcionar que o ordenamento pátrio evolua juridicamente conforme as novas disposições internacionais, estabelecidas pela política do novo Estado Constitucional Cooperativo, o qual o Brasil se propõe ser.

### 5.3 A Ação Declaratória de Constitucionalidade e o Controle jurisdicional preventivo de tratados internacionais sobre direitos humanos

Conforme analisado, faz-se necessário que, além da análise política, haja a análise jurídica a ser, portanto, efetuada por um órgão

jurisdicional e em momento anterior – prévio – à ratificação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, à luz do que ocorre na Europa, mormente no sistema espanhol.

No entanto, deve-se ter em mente que o modo e o procedimento pelo qual deverá o controle jurisdicional prévio ser exercido, só poderá ser respondido de forma ainda incipiente, vez que enseja estudos mais aprofundados, os quais ainda se encontram em fase inicial em nossa doutrina jurídica.

Além disso, o que propomos aqui é demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio não impossibilita a instauração deste tipo de controle constitucional; muito pelo contrário, apresenta elementos suficientes para a sua exequibilidade, como tão bem ratificou o ilustre Ministro Gilmar Mendes no seu voto de julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP, como transcrito no subitem anterior.

Sendo assim, passaremos a apontar algumas sugestões jurídicas deduzidas principalmente da correlação com o direito comparado, que demonstram a viabilidade e conveniência do controle de constitucionalidade jurisdicional prévio no ordenamento jurídico pátrio, apresentando elementos suficientes para a sua exequibilidade.

Quanto ao órgão fiscalizador, esclarece-se que, nos países europeus, o órgão competente para a análise jurídica do controle de constitucionalidade das normas oriundas no plano internacional são os Tribunais Constitucionais, órgãos estes que, apesar de realizarem atividade jurídica, não fazem parte do estrutura jurisdicional dos Estados.

No Brasil, não existe um Tribunal Constitucional em seu sentido estrito, contudo, se analisarmos o conceito deste tipo de tribunal em um sentido mais amplo, concluiremos que o Supremo Tribunal Federal é o órgão que faz as vezes do Tribunal Constitucional Brasileiro.

Ademais, a própria Constituição brasileira estabelece, em seu art. 102, *caput*, que órgão encarregado pela guarda da própria Carta Magna é justamente o Supremo Tribunal Federal. Deste modo, conclui-se que caberá ao STF a competência para a realização do controle prévio dos tratados internacionais dos quais o Brasil objetiva fazer parte.

Não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade deverá incidir antes que o tratado se torne executável, portanto, em momento anterior à sua ratificação. Tendo-se ainda que o texto do tratado internacional só será enviado ao país, para a análise a ser feita pelo Congresso

Nacional, após a assinatura pelo Presidente da República, conclui-se que o momento para a incidência do controle prévio de constitucionalidade deverá ser necessariamente após a assinatura e anteriormente a apreciação do tratado pelo Congresso Nacional.

Sabendo-se que é de competência do Presidente da República enviar o texto do tratado para a apreciação pelo Congresso Nacional, conclui-se também que deverá ser obrigação do Chefe do Executivo enviá-lo para a consulta no STF, provocando-o por meio de ação judicial.

Assim, uma vez definido o órgão fiscalizador, bem como o momento de incidência do controle, resta-nos apontar a via judicial viável para o exercício da fiscalização constitucional.

Sendo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro eminentemente jurisdicional-repressivo, faz-se necessário que se estabeleça uma nova via de ação judicial que o exerça ou ao menos que haja a alteração do objeto de alguma já existente no ordenamento, para que a mesma abarque a possibilidade do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais ainda não ratificados.

Ocorre que o estabelecimento de uma nova ação judicial para o exercício do controle prévio significaria muitas reformas a serem empreendidas, mormente dentro da própria Constituição, e o que se objetiva é que a Constituição seja alterada o mínimo possível como forma menos nociva de investida contra as disposições previstas no nosso ordenamento jurídico. Logo, o caminho mais viável é a modificação do objeto de uma das vias judiciais de controle já existente.

Nesse contexto, deve-se ter em mente que o controle de constitucionalidade incidirá sobre normas que ainda não foram promulgadas, ou seja, que ainda não são normas concretas, não podendo produzir efeitos jurídicos entre as partes, portanto o processo a ser estabelecido deverá ser necessariamente de natureza objetiva, próprio do controle concentrado.

Ante o exposto, fazendo-se uma análise dentre todas as ações judiciais existentes na via de controle de constitucionalidade concentrado, observa-se que o método que mais se adequa com os fins do controle jurisdicional prévio – em conformidade com a Constituição – é justamente a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

As razões para a escolha desta via judicial podem ser explicitadas pelos seguintes argumentos:

- Processo objetivo: o controle jurisdicional prévio incidirá sobre

normas que ainda não estão em vigor, portanto, não considerados ainda direitos subjetivos. Desta forma, o processo judicial provocado pela fiscalização deverá ser necessariamente de natureza objetiva;

- Inexistência de partes, contraditório, ampla defesa: ocorre que, na ADIn, o que se objetiva é a impugnação de uma lei/ato normativo, portanto faz-se necessária a existência de um contraditório e ampla defesa mais consistente e demorado, voltado especificamente para a inconstitucionalidade da norma, o que não ocorre na ADC, vez que nessa a natureza consultiva torna o processo mais simples;
- Objeto: a ADC poderá ser exercida para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que tenha como pressuposto para seu ajuizamento a existência de controvérsia judicial, que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo em exame. Sendo assim, tendo em vista a existência de controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional, bastar-se-ia que a ADC fosse exercida não só para leis ou atos normativos federais, mas também para os tratados internacionais, excetuando para estes a obrigatoriedade de comprovação de decisões controvertidas sobre a constitucionalidade do ato normativo, vez que a simples presunção de incompatibilidade entre os ordenamentos (internacional e nacional) e o risco de derrogação de dispositivos estabelecidos na própria Constituição, por si só a justificariam.

Salienta-se que o Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 1281), em sua obra sobre Direito Constitucional, contempla a possibilidade de a ADC ser inserida como forma de obstar a ratificação de um tratado internacional, corroborando com a ideia aqui defendida.

Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas.

Insta corroborar que a obrigação de iniciativa da ADC, para os fins do controle jurisdicional prévio, competirá ao Presidente da República,

cabendo aos demais legitimados estabelecidos no rol do art. 103 da Constituição exercê-lo de forma apenas subsidiária.

Por fim, deve-se ter em mente que a apreciação da ADC deverá ser objeto de discussão em Plenário, possibilitando a existência de quatro tipos de acórdão que a) declara a inconstitucionalidade do tratado, quando este for incompatível com o núcleo essencial/intangível da Constituição, vinculando à rejeição do tratado por parte das Casas do Congresso; b) declara a inconstitucionalidade do tratado, referente a algum dispositivo da Constituição, possibilitando ao Congresso a ratificação do tratado desde que anteriormente seja reformada a Constituição para que a mesma seja conformada com a nova realidade, aos moldes do que ocorre na Espanha; c) declara a constitucionalidade do tratado, podendo as Casas do Congresso aprovarem ou não o seu texto; e, por fim, d) declara a constitucionalidade segundo interpretação conforme a Constituição, neste caso, a interpretação do texto do acordo fica adstrita a que foi dada pelo Tribunal.

Desta feita, resta evidente a total compatibilidade e principalmente a conveniência da instauração no ordenamento jurídico brasileiro de um controle jurisdicional prévio a ser exercido no texto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos ainda não ratificados, o qual fora o ponto nevrálgico do presente estudo.

## 6 Considerações finais

Uma das grandes consequências oriundas do contexto pós-guerra foi justamente o que se pode denominar de transnacionalização de mercados. Neste contexto, muito além da estabilização de um Estado Constitucional, garantidor das liberdades individuais, bem como da preservação do estado democrático de direito, surge a política de cooperação interestatal.

Frisa-se que é justamente nessa integração cada vez maior entre os Estados, em que suas relações jurídicas, políticas e econômicas transfronteiras se intensificam, que os Estados-nacionais, por meio de cláusulas normativas, abrem o seu ordenamento interno para que normas produzidas externamente possuam aplicabilidade e executoriedade no plano nacional. É o que o ilustre doutrinador Peter Häberle denomina de Estado Constitucional Cooperativo, sendo a União Europeia a comunidade de integração entre Estados que mais perfeitamente exemplifica esta nova denominação.

O que se pode observar na Europa, principalmente a exemplo do que fora estabelecido nos arts. 93 e 95 da Constituição Espanhola, é que essa internalização das normas comunitárias vêm acompanhada por um processo de compatibilização/conformidade estabelecido entre o texto constitucional e o texto do tratado a ser ratificado, evitando, desta forma, que num eventual conflito entre as mesmas, a norma internacional derogue a norma constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, as cláusulas de abertura estão consubstanciadas nos arts. 4º, §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, este último inserido pela EC nº 45/2004, a qual permitiu que tratados internacionais que versem sobre direitos humanos que sejam submetidos ao *quorum* que é estabelecido no art. 60, CF, passem a vigorar no direito interno com força de emenda constitucional (maior hierarquia), corroborando em parte com a corrente doutrinária que já estabelecia o *status* de constitucionalidade para todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, com a única diferença do *quorum* para a sua aprovação.

Ressalta-se que, uma vez ratificado, o Estado-parte do tratado tem a obrigação de cumpri-lo, não podendo invocar disposições de sua norma interna como forma de descumprimento, estando, pois, fundamentadas no princípio do *pacta sunt servanda*, não podendo mais ser, também, objeto de discussão e/ou modificação.

No entanto, no Brasil, tais normas internacionais não são postas frente a um controle jurídico previamente exercido antes de sua ratificação. Deste modo, num eventual conflito entre o texto da norma internacional e o texto constitucional este será tacitamente derogado.

Observa-se que, em verdade, o §3º do art. 5º da CF instaura um novo tipo de reforma constitucional realizado pelo que fora denominado de Poder Constituinte Derivado Internacional, tendo em vista que, além, os atos negociais dos tratados são realizados por um corpo diplomático que, como visto, não representa a vontade popular, sendo ainda produto de vontades forâneas instituídas pelas outras partes signatárias.

Por conseguinte, verifica-se que o Estado Brasileiro possui legítimas cláusulas de abertura constitucional à dimensão internacional, podendo, sim, ser considerado um Estado Constitucional Cooperativo, mas que, no entanto, apresenta patentes falhas jurídicas ao passo que não estabelece nenhum controle sobre a compatibilidade dessa norma internacional com o ordenamento jurídico pátrio.

Vê-se, pois, a patente ausência normativa o qual, como já demonstrado ao longo deste trabalho, acarreta efeitos jurídicos que põem em risco a própria Supremacia da Constituição, bem como institui um Poder Constituinte de titularidade alheia ao povo e oriunda externamente ao Estado.

Sendo assim, demonstra-se como necessária a instauração de um controle jurisdicional prévio o qual obstenha a ratificação de um tratado que seja conflitante com a nossa Constituição, harmonizando o ordenamento interno e o ordenamento internacional, proporcionando a garantia da supremacia constitucional, bem como os avanços jurídicos almejados pelo Estado Cooperativo, à luz do que já ocorre em países Europeus.

Por fim, reitere-se que, em análise do hodierno ordenamento jurídico pátrio, percebe-se a total compatibilidade e exequibilidade para a instauração deste tipo de controle o qual encontra respaldo no nosso sistema de controle concentrado, mormente na Ação Declaratória de Constitucionalidade, solucionando os problemas institucionais suscitados na incorporação dos tratados/acordos internacionais no sistema jurídico interno.

## Referências

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. STF (Pleno). *Recurso Extraordinário n.º. 466.343-1/SP*. Partes: BANCO BRADESCO S/A; VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S); LUCIANO CARDOSO SANTOS. Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, 03/12/2008. Publicação: DJe-104 DIVULG – 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL – 02363-06PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp-stf>>. Acesso em: 24 set. 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CEIA, Eleonora Mesquita. “*Tratados internacionais e constituições nacionais na jurisprudência constitucional do Brasil e da Europa*”. Trabalho apresentado no Seminário da Conferência Internacional da ILSA. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://jus.academia.edu/emceia/Papers>>. Acesso em: 07 out. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus feitos*. 4. ed. São Paulo: 1998.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo y constitución*. Madrid: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional: concepto y cualidad de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. 2. ed. Madrid, 2008.

GUSMÃO, Hugo César Araújo. Poder constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6, p.95-115, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAJADURA, Javier; VIDAL, Carlos; BÁRCENA, Josu de Miguel.- Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal. In: *Revista Cuadernos e Debates/185*.Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, p. 5-322, 2008.

VARELLA, Marcelo D. Direito dos tratados. In: *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

### **3 DIREITO PENAL**

---



**Praia de Tambaú - João Pessoa-PB  
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)**



# ATIVISMO JUDICIAL E O PROBLEMA METODOLÓGICO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL PARA A FORMAÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL

**Isaac Sabbá Guimarães**

Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina

## Resumo

Este artigo pretende demonstrar as raízes do Ativismo Judicial brasileiro, como fenômeno proporcionado pela deturpada compreensão da aplicação dos princípios jusfundamentais, colocando em destaque, por um lado, sua incongruência com a ideia de Discricionariedade Judicial e, por outro, a produção de uma irreal política criminal.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Discricionariedade. Política Criminal.

## Abstract

This paper aims to demonstrate the roots of the Brazilian Judicial Activism, as a phenomenon provided by distorted understanding of the application of the constitutional principles, placing emphasis firstly, on its incongruity idea of Judicial Discretionary, secondly, the production of an unrealistic criminal policy.

**Keywords:** Judicial activism. Discretionary. Criminal Policy.

## 1 Introdução

A última onda (*vague*) de constitucionalização moderna, a quarta, segundo Hauriou, terá ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, sendo consequente do movimento de descolonização<sup>1</sup>. Depois disso, parece haver um declínio do constitucionalismo, que coincide, por um lado, com o processo de transformações econômicas do século XX que dão os contornos da Globalização; por outro, quem sabe, como fator amalgamado a este, o fenômeno associa-se à crise do Estado que, agigantado em suas funções de satisfação do bem-estar social, já não atua somente por meio do poder político, mas cede espaço às intervenções de políticas não

<sup>1</sup>HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 3.ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968. p.79.

governamentais. Sob este aspecto, o Estado será um ente político bem mais complexo do que definiu Kelsen ao preconizar a teoria da interação, segundo a qual o Estado seria resultante da unidade social e da unidade jurídica<sup>2</sup>: a abertura (circunstancial e necessária) aos espaços transnacionais de política, Direito e Economia, enfraquecem algumas das bases estabelecidas na Constituição, como a ideia de soberania e, claro, as próprias instituições, como o legislativo.

Diante de um legislativo cooptado pela circunstância política – que, aliás, atinge inclusive a ideia de democracia em razão de não se verem quadros ideológicos e programáticos bem definidos entre os partidos políticos –, que desemboca na apatia, senão no imobilismo, os Juízes nacionais têm engrossado as fileiras contramajoritárias, atuando em áreas que, a rigor, competiriam ao Congresso, mas, sob os pretextos da emergência e da discricionariedade que é, ínsita à judicatura. Para preencherem os espaços vazios deixados nas Leis ou pela falta delas, os Juízes servem-se do instrumentário principiológico abrigado na Constituição não apenas para decretarem a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, mas, também, para criarem normas positivadas em suas decisões, um Direito *ex novo* e paradigmático para novas decisões, as quais avançam sobre a política criminal, cada vez mais localizável nos tribunais do que no Congresso.

Pretendendo dar maior força argumentativa à sua política criminal, os tribunais e penalistas, muitos dos quais também pertencentes ao mundo da *práxis* jurídico-jurisdicional, denunciam o Direito Penal simbólico<sup>3</sup>, a existência de alarmismo da mídia quanto à criminalidade<sup>4</sup> e um ambiente de democracia material que não admite medidas restritivas de liberdade<sup>5</sup>

<sup>2</sup>KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265. Título original: *General theory of law and state*.

<sup>3</sup>No Brasil, o desembargador Alberto Silva Franco, amparado em Antonio García-Pablos, opõe-se ao recurso de Leis penais pelos legisladores, que pretendem mais produzir uma impressão tranquilizadora para o público, do que criar mecanismos efetivos de resolução do problema criminal. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Fasc. 2º, abr.-jun. 1996, p.182-183. Também, SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições*. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001, p. 60 e ss.

<sup>4</sup>SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Segurança pública e prisão preventiva no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.22. Amparado no Juiz Alexandre Morais da Rosa, diminui o impacto da violência sobre as medidas de segurança pública, creditando-o ao alarde da mídia.

<sup>5</sup>ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 5 e ss.

(a menos que de forma excepcionalíssima), mas, ao invés, propicia uma viragem liberal rumo às garantias individuais da liberdade, quando não uma mais agressiva política de descriminalização<sup>6</sup>. Isto tudo tem algum cabimento se levarmos em conta a simplificação da política criminal levada a efeito pelo legislador (que atua sem o arrimo de uma bem fundamentada criminologia para criar soluções emergenciais), o sensacionalismo da imprensa (que vive de notícias e fatos capazes de aumentar o número de leitores e a audiência dos telespectadores) e as bases de nossa Constituição em princípios de cariz axiológico (que advêm de incontestáveis valores humanos). Mas esta é apenas uma das perspectivas de se entender a complexa teia fenomênica (que, ao fim e ao cabo, desaguada num complexo sistema social<sup>7</sup>), a todas as luzes político-ideologicamente engajada.

Nosso intuito aqui não é estabelecer uma crítica contra o engajamento político-ideológico de Juízes e tribunais (até porque isso pressuporia nossa adesão a alguma ideologia), mas, antes, tentar descobrir os pontos de contato entre Ativismo Judicial e Discricionariedade, estabelecendo marcos epistemológicos para as duas categorias. Os pontos críticos (de desacerto metodológico) serão descobertos por meio da dialética entre Ativismo e o sistema jurídico vigente e a política criminal debuxada pela experiência jurídico-jurisdicional moderna.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

## 2 Aspectos epistemológicos acerca da discricionariedade judicial

A antiga compreensão do Juiz como *la bouche de la Loi*, própria do sistema jurídico preconizado pela *École de l'exégèse*, quando o positivis-

<sup>6</sup>KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 64, p. 128-144, jan.-fev. 2007, compara a punição do tráfico de drogas à “proibição da circulação de ideias”, o que, a todas as luzes, não se compagina com um Estado democrático de direito, defendendo, por isso, sua descriminalização. O trabalho da Juíza carioca é analisado em SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Lei antidrogas comentada*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Jurúá, 2013. Nos comentários ao art. 33 da Lei, no tópico *aspectos criminais*.

<sup>7</sup>Aliás, reconhecido por Alexandre de Moraes da Rosa, op. cit., p. 5.

mo reduzia a concretização do Direito à interpretação da Lei, levada a efeito pela subsumção do fato à regra legal – e, portanto, a realização do Direito processava-se por meio de silogismos –, não será suficiente para as concreções normativas – as que se verificam nas decisões judiciais. Em primeiro lugar, porque a expressão do Direito por meio de regras legais se sujeita à polissemia, e dificilmente o jurista encontrará exatidão, um sentido preciso para a mítica e propalada vontade da Lei. Não é demais lembrarmos, a propósito disso, que os vocábulos se substantivam de forma variegada consoante os jogos de linguagem em que se encaixam; além do que, adquirem novas conotações a cada arrasto histórico, que ou os desgasta, ou enriquece-os pela agregação de outros significados<sup>8</sup>. Em segundo lugar, temos de considerar que as Leis são fragmentárias, não podendo abranger a totalidade de situações com importância jurídica determinadas pelos fenômenos humanos. Disso já se haviam dado conta os legisladores franceses que redigiram o *Code Napoleon* (1804), em cujo art. 4º reconheceram a possibilidade de silêncio, obscuridade ou insuficiência da Lei, o que requererá do Juiz outros expedientes para dizer o Direito, tarefa da qual não se pode eximir<sup>9</sup>. Isto nos quer indicar que o Juiz, ao positivar uma norma jurídica, concreta e para um caso individuado – elaborando uma norma casuística, portanto –, opera hermeneuticamente, procurando o melhor sentido para as normas “normadas” pelo legislador, de caráter genérico e abstrato. Ou, segundo uma visão da metodologia jurídica, os Juízes transpõem as regras abstratas e genéricas positivadas em Lei, positivando normas para casos concretos e individuados em suas sentenças.

A fixação da premissa de que o Juiz não encontra soluções prontas e acabadas na Lei, seja em razão de suas imperfeições linguísticas, seja por que o ordenamento jurídico é, *tout court*, fragmentário, leva-nos a

<sup>8</sup>Em SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. *MPMG Jurídico*, v. 20, 2010, p. 20, lê-se: “as palavras, ou o agrupamento delas em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, v.g., segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa *sub examen* numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sociolinguísticas).” V., também, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico: investigações filosóficas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002 (há boas edições brasileiras das *Investigações filosóficas*).

<sup>9</sup>Art. 4. *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

admitir que o ofício judicante só será possível na medida em que aceitarmos uma figura de magistrado diversa do ser autômato, o que executa seu mister mecânica e burocraticamente. Por outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individuação do Direito exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do Juiz que, dispondo da prerrogativa/dever de decidibilidade, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da Discricionariedade Judicial.

Mas isso não quer dizer que o Juiz, tal como um *Deus ex machina*, possa irromper no processo com uma decisão de todo em todo inusitada e original. A liberdade para interpretar e criar a norma positiva não equivale, pois, a um poder ilimitado. A atuação judicial e a *bondade*<sup>10</sup> das decisões devem ser aferidas, por um lado, internamente ao desenvolvimento decisório, de modo que se evidencie o cabimento da norma casuisticamente positivada dentro de limites legalmente estabelecidos; e, por outro, externamente, onde a decisão produz seus efeitos, devendo ela manifestar um *bonum*, a expressão daquilo que é jurídica e eticamente aceitável. Assim, nesta primeira aproximação à categoria, podemos dizer que Discricionariedade Judicial “*es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones.*”<sup>11</sup> Desta forma, o Juiz que, *v.g.*, na operação de dosagem de pena de um réu condenado verificar a concorrência dos requisitos descritos no art. 44 do Código Penal (pena privativa de liberdade atribuível ao fato não superior a quatro anos, correspondente a crime não cometido com violência ou grave ameaça; ou, se o crime for culposos; se a culpabilidade e circunstâncias pessoais indicarem a adequação da substituição da pena), substituirá a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direitos; e sua escolha, em forma de norma positiva concreta e individualizada, recairá sobre aquelas descritas no art. 43, CP (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

<sup>10</sup>O termo é aqui empregue, em parte apoiado na acepção moral de Tomás de Aquino, relacionado com a noção de justiça do ato.

<sup>11</sup>LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 25, 2002, p. 417.

A noção acima descrita, no entanto, contempla uma das formas de encarar-se a Discricionariedade Judicial, que se refere à possibilidade de escolha entre várias alternativas, todas elas possíveis<sup>12</sup> e, em caso de aplicação, juridicamente válidas. Neste sentido, a Discricionariedade convergirá para a ideia de *poder* ou *faculdade de escolher* sobre uma de duas ou mais soluções possíveis. Além desta, Lifante Vidal, arrimada em Dworkin, destaca que, diante da *falta de padrões jurídicos* que se prestem a guiar a decisão judicial, pode pensar-se na *discricionariedade em sentido forte*. Neste sentido, a decisão não se vinculará a qualquer padrão precedente<sup>13</sup>, embora, em nosso entender, deva guardar correspondência com a noção de juridicidade.

O quadro categorial exposto, induz-nos a admitir a Discricionariedade Judicial do *civil law*, como se vê nos sistemas jurídicos da Europa continental e do Brasil, e a do sistema *common law*, notoriamente anglo-americano. Se neste modelo de Direito, a liberdade concedida ao Juiz faz parte de uma cultura jurídica forjada desde o século XIII, surgindo como problema metodológico cuja complexidade se radica especialmente no âmbito dos *hard cases*; no outro, as características conceituais de Discricionariedade Judicial, a *liberdade*, a *indeterminação do Direito* e o *poder*, formarão o sistema problemático a ser enfrentado por uma metodologia que pretenda fixar as bases seguras da atividade jurisdicional. Os problemas adquirem maior dimensão quando se percebem distintos movimentos político-jurídicos que ou demonstram certa rebeldia à interpretação e aplicação de normas legais, como se vê entre os que advogam o alternativismo jurídico e os juízes para a democracia, ou claramente postulam a passagem do nosso modelo de Direito para o *common law*, num entendimento algo *naïf* sobre o caráter da Súmula vinculante, tudo, claro, em nome de uma atividade judicial que contribua “para o progresso social da sociedade (*sic*), fazendo avançar o Direito no rumo da liberdade, igualdade e fraternidade<sup>14</sup>”.

Para uma tentativa de dissolução do problema metodológico,

---

<sup>12</sup>Ibidem, ibidem.

<sup>13</sup>Ibidem, p. 417-418.

<sup>14</sup>MARQUES, Luiz Guilherme. *Bocadalei*. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/?secao=artigo\\_detalle&art\\_id=105](http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalle&art_id=105)>. Acesso em: 10 mar.2014.

impende, inicialmente, sublinhar que a *liberdade* – ou como Castanheira Neves prefere, a *desvinculação*<sup>15</sup> – não quer simplesmente significar uma atuação judicial despedada de qualquer limite ou referencial de inerente juridicidade. Ou seja, queremos dizer que a Discricionariedade deriva de uma *liberdade* relativa, na medida em que se devem aferir os contornos de juridicidade da decisão judicial. Parece-nos, neste sentido, fugir completamente dos limites de Discricionariedade a decisão na qual o Juiz estabelece uma solução que conflitue com Leis, princípios e costumes sedimentados numa cultura jurídica<sup>16</sup>. O problema que aqui surge, então, é o de saber qual é a medida de *liberdade* concedida ao Juiz, de modo que suas decisões convirjam para a realização do Direito.

Castanheira Neves especula um arranjo metodológico para o problema da *liberdade* (na Discricionariedade) a partir da contraposição de *desvinculação* à ideia de *vinculação* (do Juiz à norma regradada em Lei). Ora, por este critério, o Juiz estaria irremediavelmente preso ao processo lógico-subsuntivo de aplicação da Lei. Então,

*Decisão juridicamente vinculada é a decisão a proferir mediante a aplicação subsuntiva de uma norma legal, e juridicamente desvinculada a decisão que houver de reconhecer-se como válida (juridicamente válida) embora não tenha sido subsuntivamente deduzida, directa ou indirectamente, de uma norma legal, ou, em termos mais amplos, de uma norma jurídica*<sup>17</sup>.

Este será, portanto, um critério negativo de Discricionariedade. Ou, de outra forma, o contrário de Discricionariedade. Mas, ao indicar esta referência conceitual para a categoria, o jurisfilósofo conimbricense

<sup>15</sup>NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 534.

<sup>16</sup>No início de 2014, causou (justificada) celeuma a decisão de um Juiz de Brasília que, considerando ser a *cannabis sativa* uma *droga recreativa*, absolveu o réu acusado de tráfico ilícito de drogas. O magistrado faz expressa menção à Portaria 344/98, da ANVISA, que estabelece o controle sobre medicamentos e substâncias, considerando tratar-se de “um ato administrativo que restringe direitos, [carecendo] de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo.” Numa palavra, não concorda que a Portaria do órgão do Ministério da Saúde inclua a maconha entre as drogas proibidas, apesar de, pela sistemática penal, aquele regramento preencher a norma penal em branco contida no art. 33, da Lei 11.343/06. COUTINHO, Felipe. *Juiz considera maconha 'recreativa' e absolve traficante*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-e-absolve-trafficante-confesso.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

<sup>17</sup>NEVES, A. Castanheira. *O problema da discricionariedade*, op. cit., p. 534.

adverte-nos que a falta de vinculação da Discricionariedade Judicial não significa “um espaço vazio de Direito”, ou que as decisões emanadas pelo recurso a essa prerrogativa não se projetam “para além do domínio coberto pelo direito, pois [...] a decisão discricionária surge no seio da ordem jurídica e como *modo jurídico* de juízo ou de conduta – só que com *conteúdo* em si não jurídico, por não ter sido ele obtido pela imediata aplicação de critérios jurídicos”<sup>18</sup>. Por outras palavras, o ato de Discricionariedade Judicial não deriva imediatamente de critério legal, mas não pode – não deve – renunciar por completo às determinações político-jurídicas da Lei, nela encontrando o estabelecimento de seu fundamento e limites<sup>19</sup>. O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/42), *v.g.*, concede uma área de liberdade discricionária, dispondo que, em caso de omissão da Lei, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”<sup>20</sup>; a individualização da pena, segundo dispõe a Constituição, será regulada por Lei (art. 5º, XLVI), cabendo ao Juiz fazer a escolha (*discricionária*) daquela que seja adequada e necessária para dar cumprimento ao objetivo preventivo-especial do Direito Penal, dosando-a proporcionalmente ao grau de culpabilidade do réu.

Em segundo lugar, temos de considerar que, pelo critério de contraposição de *vinculação à desvinculação*, vamos encontrar, no primeiro caso, uma área de decidibilidade restrita a uma só solução jurídica, depreendida pelo processo subsuntivo da regra legal, ao passo que, nos casos de autorizada e fundada Discricionariedade, o órgão decisor encontrará várias alternativas, ou várias possibilidades de decisões válidas, autorizadas por norma legal. “Todas elas – esclarece Castanheira Neves – seriam, para essa norma, *juridicamente equivalentes*, já que cada uma dessas decisões era uma sua realização possível, surgindo assim perante elas (por parte da norma) como que uma situação de indiferença jurídica a implicar que qualquer das decisões fosse válida, que se oferecessem todas como *juridicamente válidas*”<sup>21</sup>. Se é assim, então teremos de convir que o poder Discricionário Judicial concede uma

---

<sup>18</sup>Ibidem, p. 535.

<sup>19</sup>Ibidem, p. 536.

<sup>20</sup>BRASIL. *Lei 4.657/42*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2014.

<sup>21</sup>NEVES, A. Castanheira. *O problema da discricionariedade*, op. cit., p. 537.0

liberdade para fazer-se uma opção dentre as várias alternativas possíveis.

Por fim, esta liberdade para a escolha de uma decisão dentre várias possíveis, não se confunde com um puro arbítrio. O Juiz, antes de escolher aleatoriamente a solução para o problema jurídico, fará sua opção sobre aquela que, equacionada segundo os estalões de juridicidade ou de Direito, tenha aceitabilidade e efetividade não apenas no mundo jurídico, mas na comunidade. Por este motivo, será lícito afirmar, com Castanheira Neves, que a *liberdade discricionária* implica uma *desvinculação* do Juiz a uma solução única alcançável pela subsunção, mas não “uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral; assim, pode dizer-se que a Discricionariedade Judicial será ‘uma liberdade para o cumprimento do dever’” o que significa dizer que a atuação judicial estará *vinculada ao cumprimento do dever* - “um dever que encontraria o seu fundamento numa intencionalidade à ordem jurídica, ou mesmo ao direito, o qual a decisão discricionária, a seu modo, também haveria de realizar”<sup>22</sup>. Assim, em razão do caráter preventivo/especial da pena, seria um completo absurdo para os padrões do sistema jurídico-penal em vigor que, *v.g.*, o Juiz, usando de seu poder discricionário, aplicasse menor carga de (res)socialização à condenação do réu agente de prática delituosa flagrantemente abjeta e contrastante com os valores de uma comunidade.

### 3 Constitucionalização dos problemas jurídicos e ativismo judicial

A última onda de constitucionalização, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, consolida o modelo de Constituição que não apenas encarta os direitos fundamentais individuais e sociais, mas, também, princípios fundamentais com fortes traços ontológicos e axiológicos. As Constituições alemãs, imbuídas do humanismo jurídico reconhecido pela Declaração dos Direitos do Homem, inscrevem a dignidade da pessoa humana; a portuguesa, de 1976, abre o capítulo da fundamentação do Estado com princípios, o que, de forma parecida, veremos na Constituição espanhola, de 1978. Não é diferente o que se vê na Constituição Cidadã, responsável por implantar as bases de redemocratização do Brasil, caracterizada, por um lado, pela abstenção estatal de intromissão na área de liberdade individual, que entra em direta concordância, *v.g.*,

<sup>22</sup>Ibidem, p. 540.

com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da universalidade e da tolerância, caracterizando, em suma, a ideia de *liberdade negativa* (o *liberty from*, formulado por Isaiah Berlin<sup>23</sup>), significando que deve atribuir-se às pessoas o Direito de estar *livre de* (intromissões estatais); por outro lado, nossa Constituição também avança sobre a previsão de Direitos sociais, aqueles que dependem das prestações estatais e vão conformar a ideia de *liberdade positiva* (ou, segundo a formulação de Berlin, *liberty to*<sup>24</sup>), ou seja a liberdade para a autorrealização.

A ideia constitucional de liberdade é complexa. Implica a concessão de autonomia para o homem, que se realiza pela não intervenção do Estado na esfera da individualidade, mas, também, pela atividade estatal naquelas áreas fundamentais para o aperfeiçoamento – educação, saúde, previdência, segurança, acesso à Justiça etc. Os valores integrantes dessa intenção político-jurídica de realização do homem (ou de seu aperfeiçoamento como ser humano) não cabem, portanto, em regras, nem num rigoroso esquema programático. Por isso a admissão dos princípios<sup>25</sup>, que colmatam a vida político-jurídica do Estado num nível em que se acham presentes valores ético-sociais<sup>26</sup>. Esta situação modela o novo Estado, no qual observamos uma verdadeira viragem de paradigmas por sairmos da *democracia formal* (essencialmente marcada pelo direito de eleger e ser eleito) rumo à *democracia material* (em que se estruturam condições para o aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade), de maneira que o Estado já não será apenas *democrático de direito*, mas um Estado adjetivado por valores de relevo humano e social.

<sup>23</sup>BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza, 1998. p. 220-231. Título original: *Four essays on liberty*.

<sup>24</sup>Ibidem, p.231-236.

<sup>25</sup>ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009, confirma a inserção da Constituição brasileira no neoconstitucionalismo, destacando as distintas funções das regras e princípios constitucionais, sendo que estes auxiliam na interpretação e integração das regras infraconstitucionais.

<sup>26</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.6, set. 2006. p. 32, refere que os “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.”

Essas características do novo constitucionalismo autorizam-nos a reconhecer maior dinamismo ao sistema jurídico-constitucional. Não exatamente em sua estrutura interna, pois que a Constituição é rígida, e o processo para sua alteração apresenta redobrados mecanismos de segurança, de modo que se torne difícil imprimirem-se reformas ditadas, v.g., pelo programa político de um governo<sup>27</sup>, mas pela possibilidade de *constitucionalizarem-se* matérias regradas no âmbito infraconstitucional ou que sequer tiveram um tratamento legislativo<sup>28</sup>. Tentemos explicar.

A Constituição e as normas positivadas em Leis são assimétrica, seja em razão do caráter fragmentário do Direito, seja pelo fato de tornarem-se desgastadas pelo decurso do tempo, necessitando de ajustamentos que reflitam a atualidade histórico-social. Essa circunstância é sensivelmente clara na área do Direito punitivo (em que incluímos o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a execução penal), por um lado, em razão de termos legislações anteriores a 1988 que, mesmo passando por alterações, estão em descompasso com o *corpus iuris* fundado pela Constituição; por outro, pelo fato de que vários fatores exercem direta influência sobre o monopólio da tutela penal de bens jurídicos, exigindo políticas de criminalização ou de descriminalização, e de reforço de instrumentos a tornarem o processo apto à consecução dos fins do Direito Penal. É possível pensar-se, v.g., que os avanços tecnológicos facultam medidas cautelares menos

<sup>27</sup>Pelo menos em tese. Nossa experiência político-partidária não revela alternância dos quadros programáticos, nem uma oposição que permita o refreio do aparelhamento estatal e do controle da vida política. RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional*. Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013, p. 227, refere, a propósito: “A proliferação de partidos políticos gera um fisiologismo que esconde as verdadeiras ideologias, fazendo com que, entre nós, a coalisão partidária não seja formada por razões puramente ideológicas. Todos se assumem como de “centro-esquerda”, como se não houvesse “direita” no Brasil.

<sup>28</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 1, 2011. Também Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-cons-titucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 25 mar. 2014), sintetiza a ideia de constitucionalização da seguinte forma: “A constitucionalização [...] expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforma a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional”. Esta definição, contudo, não exaure a noção total de *constitucionalização*, nem aflora as questões problemáticas que aqui serão tratadas.

drásticas do que a prisão preventiva, como se vê pela adoção do monitoramento eletrônico do indiciado ou do réu sob medida cautelar coercitiva; mas a vida artificial, que se desenvolve no ambiente virtual da internet, é pródiga em criar novos perigos para as pessoas, reivindicando tanto políticas de criminalização, como de criação de medidas cautelares necessárias para impedir os riscos, bem como para constituir matéria de prova.

Ora, nesse campo entremeado de armadilhas, algumas delas plantadas pelo legislador penal quando tenta criar uma sensação de paz por meio da criminalização (sem que para isto tenha o arrimo da criminologia e da máxima que entende o Direito punitivo como a *ultima ratio* do sistema jurídico), tem se tornado frequente a realização do controle de constitucionalidade de normas jurídico-penais, em boa verdade escritas com má técnica legislativa e jurídica. Mas, não só. Os tribunais, especialmente o STF, que acaba por estabelecer modelos interpretativos de normas legais, chancelando ou não sua constitucionalidade, ultrapassam os lindes exegéticos e mesmo de uma hermenêutica crítica para dissentirem da política criminal formulada por processos legislativos formal e materialmente sustentáveis. Atraem para sua esfera de realização político-criminal, por meio da *constitucionalização*, matérias estranhas ao controle constitucional, ou que não reivindicam a aferição de sua conformidade com a Constituição.

A postura de nosso judiciário, que trilha caminhos distintos para a concretização do Direito Penal (não se podendo falar, por isso, de uma política criminal consolidada pelas decisões judiciais, mas de *experimentação* de soluções que, a todas as luzes, quebram o desenvolvimento metódico de entendimentos jurídicos), dizendo-se *proativo, democrático, preocupado com a Justiça social, garantista*, enfeixando, portanto, o movimento denominado de Ativismo Judicial, está longe de configurar uma jurisdição constitucional dedicada a “interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, como refere Barroso<sup>29</sup>. Não trata propriamente de estabelecer marcos definidores de normas constitucionais, ou de fazer o exame de constitucionalidade de regras legais quando para isso é provocado<sup>30</sup>, mas atua, como eufemisticamente podemos referir, *proativamente*, intervindo, de maneira difusa, em questões penais

<sup>29</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2014.

ou processuais penais que, a rigor, não reclamam sua conformação à Constituição. Por outras palavras, essa postura judicial visa tornar *constitucional* matéria que, em sua essência, não reclama uma leitura interpretativa através das lupas da Constituição.

O excessivo manejo de princípios fundamentais - que é excessivo por se os empregarem corriqueira e indistintamente para a generalidade dos problemas jurídicos ao invés de se os reservar para os casos em que se requiera a otimização das regras do Direito infraconstitucional, para que se as integre ao sistema jurídico-constitucional - vai para além, portanto, do exame de constitucionalidade das regras legais: por um lado, é uma forma de aplacar algumas das deficiências dos legisladores, *regrando* aquilo que não chegou a ser contemplado pela atividade legislativa e que, à evidência, carecia de *regramento*; por outro, o Ativismo assumir-se-á como fator de catalisação da formação de uma política criminal ditada pelos Tribunais, ou seja, diretamente pelos aplicadores do Direito. Mas essa propensão não é isenta de uma extensa teia problemática, só perceptível quando incluímos no Ativismo Judicial as decisões que transbordam o âmbito de controle de constitucionalidade<sup>31</sup>.

A *constitucionalização* de matérias as quais, a toda evidência, estariam fora da órbita problemática de *adequação constitucional*, como vemos, *v.g.*, na edição da Súmula vinculante 11, que trata do uso das algemas, vulgariza a atuação do STF. Mas, também, enfraquece o eixo ético-jurídico da Constituição, especialmente pelo fato de que, na falta de regras constitucionais em direto conflito com o ordenamento infraconstitucional (e, em boa verdade, não se encontrará essa colisão quando pensamos no uso de algemas, que não é, repitamos, problema constitucional, mas, simplesmente, regra de segurança), os magistrados só poderão laborar mediante grande esforço argumentativo para abrigar sua iniciativa político-criminal em algum dos princípios fundamentais. E quando não o encontram, sempre se socorrem do princípio que é a panaceia para todos os problemas, o da dignidade da pessoa humana. Mas afinal,

<sup>30</sup>Aliás, STRECK, Lênio. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>>. Acesso em: 19 fev. 2014. Ao fazer aproximações conceituais do Ativismo, refere: “é necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional”, conduzindo-nos a entender que este fenômeno está para além do exame de controle de constitucionalidade.

<sup>31</sup>A propósito, BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial*, op. cit., rebate todas as críticas normalmente feitas ao Ativismo, mas parte de sua definição estreita, como já anteriormente referido.

podemos nos socorrer a qualquer instante dos princípios fundamentais?

Os princípios da Constituição, segundo se depreende da dogmática e de uma consolidada doutrina<sup>32</sup>, são normas jurídicas com alto grau de generalidade, e, por isso, antes de fundarem-se exclusivamente como mandados deônticos, neles vemos hipóteses de concreção somente “dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”<sup>33</sup>. Não se aplicam ordinariamente, como determinações de *dever-ser*, mas, prioritariamente<sup>34</sup>, quando houver a necessidade de interpretarem-se regras infraconstitucionais e integrá-las ao *telos* constitucional<sup>35</sup>. São, como denomina Alexy, *mandados de otimização*<sup>36</sup>. Já por isso, seu manejo não deve ser ordinário, mas extraordinário, naquelas situações em que a aplicação de uma regra legal é problemática, reivindicando a atestação de sua constitucionalidade. Contudo, ao que temos assistido sob a roupagem de Ativismo Judicial é a inversão dessa lógica, de maneira que o Juiz, não concordando com os resultados possíveis em razão da aplicação de regra legal, substitui-a pela argumentação alcançada a partir da definição de um princípio<sup>37</sup>.

As (re) definições desenvolvidas ao longo da argumentação jurídica das decisões, têm, no entanto, outras consequências para além da já citada inversão, nomeadamente quando o Juiz pretere a aplicação da regra legal para *constitucionalizar* a situação problemática. Diz-se, então, que a nova postura judicial põe em risco o princípio democrático, uma vez que os Juízes passam a ocupar o *locus* caracteristicamente

<sup>32</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: *Theorie der Grundrechte*, p. 83 e ss.

<sup>33</sup>Ibidem, p. 86.

<sup>34</sup>A ressalva deve-se à hipótese de que, como orientações *jusumanistas*, vemos possível a hipótese de o legislador orientar-se pelos princípios.

<sup>35</sup>ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”, op. cit., ao tratar da função dos princípios fundamentais, refere que “servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada.»

<sup>36</sup>Ibidem, ibidem.

<sup>37</sup>A propósito, ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”, op. cit., afirma que “Ele [o aplicador do Direito] não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese.”

reservado ao legislador, que é o agente político constituído pelo mandato outorgado pelos cidadãos. A situação é sensivelmente percebida na área do Direito que estamos a tratar, onde observamos um choque frontal entre a política criminal legislada e aquela estruturada pelos Juízes. É exemplo disso o novo conteúdo dado pelo STF ao princípio da individualização da pena, que conferiria “irreprimível discricionariedade” ao Juiz sentenciante, inclusive para, ao aplicar a sanção, escolher aquela que lhe pareça mais adequada, mesmo que não prevista em Lei<sup>38</sup>. Observe-se que, neste exemplo, a *discricionariedade* judicial vai ao ponto de mudar o sentido do princípio constitucional.

Como se pode observar, essa *discricionariedade* discrepa da noção de Discricionariedade Judicial, não guardando qualquer relação com seus fundamentos. As decisões dela emanadas, não operam metodicamente uma argumentação juridicamente refletida (sobre as fontes do Direito ou de juridicidade), mas são prenhes de muito subjetivismo e de nenhum critério material que as torne plausíveis. Esta circunstância, conforme observa Ávila, leva “à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito.”<sup>39</sup>

Ora, a ampliação do *decisionismo* judicial por meio da aplicação direta de princípios constitucionais, essencialmente abertos ao variado desenvolvimento argumentativo, no lugar de regras legais, causa inegáveis riscos. No âmbito jurídico-cível, relativamente aos diretos receptores de uma decisão - que será a norma jurídico-

<sup>38</sup>No *Habeas Corpus* 97256-STF, o relator, Min. Ayres Britto, apóia-se no princípio da individualização da pena e na prescrição das modalidades punitivas descritas no art. 5º XLVI, CR (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”), para inquirar de inconstitucional a regra então contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11343/06, que não permitia a conversão da pena de reclusão por restritivas de direito. Em seu entender, a Lei comum não poderia subtrair ao Juiz o poder-dever de atribuir ao réu pena que lhe parecer “como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação [...] implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional”. Mais adiante, o antigo Ministro do STF, estabelece um grau de equivalência entre discricionariedade e liberdade de decisão, referindo: “o Juiz sentenciante se movimentaria com irreprimível discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição de liberdade e outra que já não tivesse por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado, sem prejuízo de que a proposição da lei pudesse ser endurecedora nos crimes enunciados na Constituição Federal”. Ocorre que, a bem da verdade, o impedimento de conversão da pena para os casos de tráfico de drogas não impede a individualização da pena, que é levada a efeito por ocasião de sua dosagem. Além do mais, o enunciado do princípio mencionado é no sentido de que “a lei regulará a individualização da pena”, ou seja, a Constituição defere a discricionariedade ao Juiz, mas dentro das balizas da Lei penal. Sobre a questão, ver: SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Lei antidrogas comentada*, op. cit., p.120-125.

<sup>39</sup>ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”, op.cit.

positiva casuística para um caso concreto - pelo fato de os interessados não poderem prever a metódica construção da norma jurídica (quebrando-se, então, a ideia de segurança jurídica); enquanto que na área jurídico-penal, os riscos decorrem da possível colisão entre a política criminal orientadora dos fins de um sistema jurídico-penal e a política criminal individualizada pelo Juiz ou Tribunal. Os reflexos dessa postura serão mais drásticos na área da Justiça criminal, uma vez que as decisões emanadas da liberalidade judicial destinar-se-ão, em última análise, à coletividade, que é carecedora da atividade estatal que promova paz e segurança por meio da tutela de bens jurídicos de relevo social.

A zona compromissória e de incertezas do Ativismo Judicial torna-se mais perceptível quando passamos a analisar algumas das posições sustentadas pelos tribunais superiores, que a seguir encetaremos.

#### 4A política criminal ditada pelo ativismo judicial

Apesar de muito difundida uma ideia de política criminal estruturada a partir dos tribunais, v.g., ao falar-se da aplicação do princípio da insignificância e do perdão judicial, o fato é que esta não é apenas uma área prático-forense. Nem se pode dizer que tenha ali seu *locus* prioritário, já que as realizações político-criminais devem ingressar no discurso *juscriminal* sobre sólidas bases. Na lição de Correia, a política criminal “recolhe e valora os resultados da criminologia”<sup>40</sup>. Ou seja, os processos de criminalização e de descriminalização, a definição das finalidades das penas e de seu caráter preventivo e do modelo de execução penal - em suma, a “*definição das estratégias de controlo social* do fenómeno da criminalidade”<sup>41</sup> -, são dependentes dos elementos integrantes do fenómeno criminal estudados pela criminologia. Mas, não só. Essa *definição das estratégias* levada a efeito num Estado democrático de direito não pode contrastar com os valores e

<sup>40</sup>CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias). *Direito criminal*. v. I Coimbra: Almedina, 1996, p. 8.

<sup>41</sup>DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral.. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 19. t. I.

diretrizes constitucionais. De forma que as opções político-criminais partem das fontes criminológicas, mas não cruzam os limites impostos pela Constituição<sup>42</sup>.

A política criminal tem seu lugar, como se vê, nas decisões formuladas pelo legislador penal. No entanto, ao perspectivar-se esta ciência do mundo jurídico a partir da nova hermenêutica que, antes de se conformar ao processo silogístico, impõe ao órgão decisor o dever de estabelecer a solução para o problema jurídico convocando informações *metajurídicas*, passa-se a perceber que as concretizações político-criminais são realizadas pelos Juízes. O que nos leva a reconhecer sua importância na formulação da política criminal, na medida em que a desconstrução de antigos paradigmas e a construção de novos, plasmadas na jurisprudência, orientarão as estratégias de controle do fenômeno criminal.

O que se tem visto em nossa experiência jurídico-jurisdicional, no entanto, não é a pavimentação ordenada de uma jurisprudência apta a provocar (re)definições político-criminais, mas manifestações de ativismo e decisões de significativa rebeldia dos Juízes contra a Lei penal e, até mesmo, contra a Constituição. Num extremo, encontram-se as posições (caóticas) dos Juízes para democracia e dos alternativistas, que não chegam a criar postulados metodicamente ordenados de reforma dogmático-jurídica, mas revelam engajamento político-ideológico. Os Juízes democratas pregam uma maior independência do judiciário, tanto no plano estatal, como em relação a grupos “internos ou externos à Magistratura”<sup>43</sup>. Em tom notadamente marxista, os adeptos desse grupo preconizam “a defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva de emancipação social dos desfavorecidos”<sup>44</sup>, um compromisso arriscado que conota *parcialidade* (quando, sabidamente, os Juízes devem promover a *Justiça para todos*). Seu ativismo vai a

<sup>42</sup>*Ibidem*, p.35. O penalista português refere, a este propósito, que a política criminal é “imaneente ao sistema jurídico-constitucional”, não sendo exata, por isso, a afirmação de que ela “possa e deva fazer apelo directo e imediato ao sistema social como tal para estabelecimento das suas finalidades e das suas proposições. Exacto é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devam, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição.”

<sup>43</sup>ESTATUTO da AJD. Disponível em: <[http://ajd.org.br/quem\\_somos\\_estatuto.php](http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php)>. Acesso em: 6 abr. 2014.

<sup>44</sup>*Ibidem*, art. 2º, 6.

ponto de criticar políticas de criminalização, como se vê no *Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de terrorismo*, que, segundo lhes parece, são próprias de um “Estado penal segregacionista”, que constituiria um “mecanismo de contenção das lutas sociais democráticas e eliminação seletiva de uma classe da população brasileira”<sup>45</sup>. Há quem, como Karam, apregoe ideias libertárias em nome, claro, da *emancipação pessoal* e do modelo de Estado democrático, como a da descriminalização do tráfico de drogas<sup>46</sup>, sem considerar qualquer estudo criminológico sobre a matéria, nem, muito menos, que a questão é político-criminalmente definida na Constituição (art. 5º, XLIII) e na Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, de 1988, da qual somos signatários e que foi formalmente incluída em nosso *corpus iuris* (Decreto n.º 154/91). Esses discursos, desenvolvidos precariamente com base em lugares-comuns, não atestados metodologicamente, têm repercutido em decisões que afrontam regras legais e a Constituição, como no caso em que a absolvição de traficante se fulcra no convencimento pessoal (e não do Juiz a partir do conteúdo probatório) de que o comércio da *cannabis sativa* não deve ser proibido. Ou, quando o Juiz catarinense João Marcos Buch *relaxa a prisão* de um autor de furto não em razão de abuso de autoridade ou de ilegalidade do ato coercitivo, mas porque aquele foi detido por populares, que se mostravam “pessoas nutridas por sentimento paranoico coletivo (*sic*)”, e passaram a agredi-lo. O magistrado observa que “Os novos padrões de civilidade e os fundamentos do Estado democrático de direito não permitem, em absoluto, a medieval “justiça pelas próprias mãos”<sup>47</sup>.

Noutro polo, estão as decisões do STF, tendentes a *constitucional*

<sup>45</sup>MANIFESTO de repúdio às propostas de tipificação do crime de terrorismo. Disponível em: <[http://ajd.org.br/documentos\\_ver.php?idConteudo=140](http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140)>. Acesso em: 29 nov. 2013. É de frisar-se que os projetos não atentam contra os grupos de pressão e as manifestações de rua, mas proíbem a provocação de “terror e pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação de liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial ou étnico” (Projeto Romero Jucá); “incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado” (Projeto Miro Teixeira). Ambos, visam a tutela de bens com dignidade penal e arrimam-se nos princípios constitucionais da liberdade de expressão (art. 5º, IX, CR) e da liberdade de reunião, desde que seja pacífica (art. 5º, XVI, CR). Portanto, ditos projetos não colocam em causa o princípio democrático do poder político.

<sup>46</sup>KARAM, Maria Lúcia. *Drogas e redução de danos*, op.cit.

<sup>47</sup>DECISÕES. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/decisoes\\_ver.php?idConteudo=29](http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=29)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

zar matérias ordinárias que, em geral, não requerem o controle de constitucionalidade nem, a rigor, podem ser categorizadas como *casos difíceis*. Diga-se, aliás, que, no julgado do HC 95.009-4/SP, o então Ministro Eros Grau repelia, terminantemente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual leva ao entendimento de que não haveria direitos absolutos; o Juiz que se socorre desse “postulado normativo” para interpretar o Direito dirá que ele existe, mas nem sempre é aplicável, enquanto que exalça em suas decisões a “atividade persecutória do Estado” e a “supremacia do interesse público sobre o privado”. Em arremate de seu raciocínio, Grau afirmava que o correto é dar prevalência ao “direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”<sup>48</sup>. Nesta suma, contudo, não invectivava contra a *constitucionalização* vulgarizada dos problemas penais, mas desenvolvia, *tout court*, a absolutização da esfera de individualidade, sem considerar os interesses da coletividade, pois que, em caso de conflito entre estes dois âmbitos, deverá prevalecer o preceito “garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão”<sup>49</sup>.

A posição de quase completo consenso dos magistrados das Cortes Superiores sobre esta linha argumentativa, parte da sacramentalização da esfera de individualidade, ora em nome do princípio da presunção da inocência, ora invocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que são aplicados como instrumentos resolutivos de problemas jurídicos, nos quais nem sempre se evidenciam colisões de princípios<sup>50</sup>. O caso Pimenta Neves é paradigmático: o jornalista confessou ter matado a namorada Sandra Gomide, em 20 de agosto de 2000; nunca apresentou tese de exclusão de antijuridicidade, de forma que o julgamento de dezembro de 2006, com veredicto condenatório, não teria hipótese de reforma (não quanto ao mérito); mesmo assim, Pimenta Neves obteve o *writ* de *habeas corpus* (HC 72726-STJ), com base na aplicação do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CR<sup>51</sup>), mesmo que a

<sup>48</sup>STF. HC 95.009-4/SP. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

<sup>49</sup>Idem.

<sup>50</sup>Em muitos julgados, o mesmo Min. Eros Grau considerou inconstitucional a prisão preventiva *ex lege* prevista no art. 44, da Lei 11.343/06, alicerçando-se na aplicação dos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, sem sequer se ocupar do enunciado contido no art. 5º, XLIII, da CR (v.g. HC 100.872-MC/MG). Este julgado serviu de paradigma para muitos outros daquela Casa Excelsa (v.g. HC 100.959/TO, rel. Min. Celso de Mello).

<sup>51</sup>STJ. HC 72726. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

verdade material já estivesse concretizada e que, diante do princípio da soberania do júri popular, não se pudesse alterar a condenação.

Ao que parece, os Juízes tornaram-se insensíveis às tragédias que assolam inumeráveis pessoas sujeitas à criminalidade grave, assumindo posições político-criminais baseadas em antigos postulados da sociologia marxista, que atribuem à sociedade a responsabilidade pelos criminosos que nela habitam. Arcar com a situação criminal é, portanto, o ônus que se lhe atribui em nome de falaciosos fundamentos jusumanistas, como a já tão desgastada dignidade da pessoa humana. Assim, em momento algum ponderaram os interesses da coletividade - relativamente à paz, à segurança, à Justiça -, ao fim e ao cabo com o mesmo peso constitucional que os direitos individuais. Esquecem-se, em suma, de que a Constituição deve ser interpretada segundo o princípio da unidade de que nos fala Hesse, de acordo com o qual é necessário evitarem-se colisões entre normas constitucionais<sup>52</sup>, fazendo equacionamentos de concordância prática<sup>53</sup>, dos quais se possam deduzir realizações do Direito possível, aquele que se compagina com uma realidade histórico-social.

## 5 Considerações finais

É interessante notar que a viragem constitucional brasileira não ficou historicamente limitada aos fatos políticos e jurídicos ocorridos há vinte e cinco anos. A Constituição ainda contrasta com um sistema jurídico-legal de grandes assimetrias. Há muito por fazer, inclusive no âmbito da política criminal, já que, de uma forma geral, nem o Código Penal nem o Código de Processo Penal se alinham às diretrizes constitucionais. Por um lado, há de se pensar em políticas de descriminalização,

<sup>52</sup>HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45.

<sup>53</sup>Em algumas situações, o balanceamento entre as normas jurídico-constitucionais - quando, de fato, a ele o Juiz é levado por imposição da situação problemática - pode determinar maior peso para os interesses da coletividade, sem que, por isso, haja irremediável negação de direitos individuais. A propósito disso, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 33. Refere que “o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento maioritário - precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria -, mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de protecção, em circunstâncias em que essa compreensão seja exigível, uma relevância susceptível de justificar a restrição do direito fundamental”.

especialmente de condutas que hoje seriam mais bem tratadas pelo Direito civil ou administrativo. Não se vê, hoje, a necessidade de punirem-se condutas como a do estelionato por emissão de cheque, nem carência de tutela penal para as condutas contravencionais. Mas, também, há de se pensar em políticas de criminalização, de fenômenos como o do terrorismo, que, por sinal, é já tratada na Constituição (art. 5º, XLIII). Por outro lado, nosso processo penal e, fundamentalmente, nossa experiência jurídico-processual, cristalizam circunstâncias anômalas para os intervenientes processuais, existindo um órgão acusador que também deve zelar pela regularidade processual, sendo, pois, fiscal do processo, e um Juiz que se intromete arriscadamente na produção de prova, tomando testemunhos, interrogando e podendo produzir provas de ofício (v.g., inclusive para determinar a produção antecipada de provas e quebrar o sigilo das comunicações), o que, inegavelmente, compromete a imparcialidade.

Apesar disso, o legislador pouco tem feito para mitigar as defasagens, o que vem servindo de pretexto para uma atuação judicial mais contundente, a partir de uma verticalização do tratamento dos problemas jurídicos, por meio do manejo de normas constitucionais. Mas, ao apoiarem-se exclusivamente no sistema de princípios inscrito na Magna Carta, muitas vezes pretendendo constitucionalizar matérias que não reclamam o controle constitucional, os Juízes deram um sentido absolutamente estranho à noção de Discricionariedade Judicial. Declaram-se Ativistas de um regime jurídico mais democrático e preocupado com a promoção social sem que, no entanto, se apercebam do paradoxo aí emergente. Em nome da democracia, colocam em causa o princípio democrático; ao tratarem dos inúmeros flagelos sociais pela via penal, criam desassossego e insatisfação da comunidade. Desprezam a circunstância da criminalidade grave, que, em 2012, causou a morte de 50.108 pessoas<sup>54</sup>, ou quase a metade das vítimas da guerra civil na Síria entre 2011 e 2013, uma das mais cruentas que já se tem visto no Oriente Médio. Isso representa um índice de 25,8 mortes por cada cem mil habitantes, que é bastante significativo se comparado com os índices do Peru, Chile, Uruguai e Argentina (menos de dez

<sup>54</sup>ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. Ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao>>. Acesso em: 21 nov. 2013. Convém destacar que o Anuário é publicação organizada conjuntamente com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), sendo disponibilizada também pelo Ministério da Justiça.

homicídios por cada cem mil habitantes), com o Paraguai e o México (menos de vinte homicídios por cada cem mil habitantes)<sup>55</sup>. Não por outro motivo, notícias de linchamento de criminosos - a realização da Justiça com as próprias mãos - tornaram-se frequentes nos grandes centros urbanos brasileiros, o que, certamente, só será refreado com uma mudança de discurso político-criminal, talvez mais consentâneo com a dura realidade criminal brasileira.

---

<sup>55</sup>UNITED NATIONS Office on Drugs and Crime (UNODC). International homicide, count and rate per 100,000 population. Disponível em: < [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ANUÁRIO *Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n.6, set. 2006.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, 2011. 1v.

BRASIL. *Lei 4.657/42*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2014.

CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias). *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996.

COUTINHO, Felipe. *Juiz considera maconha ‘recreativa’ e absolve traficante*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/>>

2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-e-absolve-  
traficante-confesso.shtml>. Acesso em: 16 mar. 2014.

DECISÕES. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/decisoes\\_](http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=29)  
[ver.php?idConteudo=29](http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=29)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2.ed. portugue-  
sa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

ESTATUTO da AJD. Disponível em: <[http://ajd.org.br/quem\\_somos\\_](http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php)  
[estatuto.php](http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php)>. Acesso em: 6 abr. 2014.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao  
princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência*  
*Criminal*, abr.-jun. p. 175-187, 1976.

HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et institutions poliques*.  
3.ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Seleção,  
tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de  
Estudios Constitucionales, 1992.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira*  
*de Ciências Criminais*. São Paulo, n.64, p. 128-144, jan.-fev. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de  
Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original:  
*General theory of law and state*.

LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica.  
*Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, 2002, p. 413-419.

MANIFESTO de repúdio às propostas de tipificação do crime de  
terrorismo. Disponível em: <[http://ajd.org.br/documentos\\_](http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140)  
[ver.php?idConteudo=140](http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140)>. Acesso em: 29 nov.2013.

MARQUES, Luiz Guilherme. *Boca da lei*. Disponível em:

<[http://www.amb.com.br/?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=105](http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=105)>.  
Acesso em: 10 mar. 2014.

NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade.  
In: NEVES, A. *Castanheira Digesta*: escritos acerca do Direito, do  
pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coim-  
bra, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria.  
Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional*. Constituição e  
identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de  
constitucionalidade material*: aportes hermenêuticos. 2.ed. Rio de  
Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do direito:  
um problema da filosofia da linguagem. *MPMG Jurídico*. v. 20, p. 16-  
18, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dogmática penal e poder punitivo*: novos rumos e redefini-  
ções. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lei antidrogas comentada*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Curitiba:  
Juruá, 2013.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Segurança pública e prisão preventiva  
no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.  
STJ. *HC 72726*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

STF. *HC 95.009-4/SP*. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>.  
Acesso em: 08 abr. 2014.

STRECK, Lênio. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de*

*alguns?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

UNITED NATIONS Office on Drugs and Crime (UNODC). International homicide, count and rate per 100,000 population. Disponível em: < [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf) >. Acesso em: 13 abr. 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*: investigações filosóficas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

# **A PRÁTICA DE CRIMES NA REDE INTERNET E SUAS CONSEQUENTES IMPLICAÇÕES NA APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

**Fernando A. Vasconcelos**

Professor do Curso de Direito na UFPB e no UNIPÊ

## **Resumo**

A internet tem se mostrado campo fértil para a prática de delitos, dada a facilidade de anonimato dos agentes delituosos. Várias tentativas têm sido feitas com o intuito de coibir e punir esses infocriminosos, muitas delas sem êxito. Neste artigo, busca-se correlacionar os efeitos criminais dessas condutas à responsabilização civil, evidenciando os aspectos modernos da responsabilidade objetiva.

**Palavras-chave:** Internet. Crimes. Responsabilidade civil

## **Abstract**

The internet has proved fertile ground for the commission of delicts, given the ease of anonymity criminal agents. Several attempts have been made in order to prevent and punish these info-criminals, many of them unsuccessful. In this article we seek to correlate the effects of such conduct criminal civil responsibility, highlighting the modern aspects of strict liability.

**Keywords:** Internet. Crimes. Liability

## **1 Introdução**

O objetivo do presente trabalho não passa, necessariamente, pela análise criminal das relações que se verificam no mundo da internet. Entretanto, como a prática criminosa e algumas condutas levarão, com certeza, a alguma avaliação de possíveis aspectos da responsabilidade civil, entendemos por bem abordar, no presente estudo, alguns crimes cometidos na rede, com repercussões no mundo civil, especialmente quando afetam os direitos dos usuários da internet.

A internet, quando foi concebida com finalidade de uso militar, estava projetada, inclusive, para resistir a guerras e revoluções. Mas, àquela época, não se sabia ainda sobre a velocidade dos acontecimentos

que a esperavam. Também não se sonhava com o poder dos *hackers*. Estudos recentes revelam que a internet, apesar de aparentar fortaleza e robustez, pode entrar em colapso, caso os *hackers* do mundo todo promovam atos intencionais de bloqueio e destruição. Pela concepção inicial da rede, seria algo inimaginável.

Analisando essa nova criminalidade na internet, principalmente através dos *hackers*, Eduardo Marcelo Castella<sup>1</sup> adverte que os avanços nas áreas das telecomunicações e da informática vêm causando transformações cada vez mais rápidas. Estamos vivendo realmente um “novo tempo”, quando informações e serviços circulam com uma rapidez nunca antes imaginada, fazendo com que as pessoas conversem em tempo real de locais tão distantes quanto improváveis.

E quanto aos *hackers*, salienta Castella que, devido a toda essa explosão de conceitos, de comércio e de delitos, os conceitos sobre aqueles têm se tornado bastante comuns. Alguns autores procuram mostrar facetas desses seres habilidosos, salientando os transtornos por eles causados, seja com relação ao tumulto que provocam na vida das pessoas, seja causando transtornos com consequências criminais.

Assim, partindo dessa constatação do aumento da criminalidade na Rede Internet, buscar-se-á um comparativo das consequências desses atos culposos ou dolosos na apuração da responsabilidade civil.

## 2 Aspectos legais do uso da internet

Muito se tem discutido no Brasil acerca da aplicabilidade da lei no uso da internet. Vários aspectos podem ser enfocados, desde os contratuais aos decorrentes da prática de ilícitos. Se a lei não acompanhou a evolução tecnológica, os juristas e operadores do direito não podem ficar de braços cruzados, esperando por milagres. Hoje já se constata que dispositivos de códigos os mais distintos têm aplicação imediata às relações jurídicas decorrentes do uso dessa ferramenta tecnológica.

Através da internet, pode-se comprar, vender, oferecer toda espécie de serviço, trocar correspondências, informações e ideias. Tudo isso em tempo real e de forma mais barata e rápida do que jamais seria imaginável, já que os custos de manutenção de sites, páginas e “correios” são muito

<sup>1</sup>CASTELLA, Eduardo M. *Investigação criminal e informática: inteligência artificial x boletim de ocorrência*. Curitiba: Juruá, 2005. p.107. Internet: novos aspectos da responsabilidade civil.

inferiores aos de uma empresa do mundo físico, não virtual. Sem esses custos, é possível oferecer produtos e serviços a preços inferiores àqueles que a concorrência tradicional pode praticar. Por isso mesmo, leis internas e internacionais estão sendo preparadas e adotadas em todos os países e blocos econômicos do planeta, dentro de uma lógica comum, para a proteção dos indivíduos que fazem parte dessa nova comunidade.

Certificação eletrônica, segurança na rede, privacidade, são temas em destaque. O comércio eletrônico é uma realidade indiscutível. Novos problemas surgem a cada minuto e deverão ser enfrentados com rapidez, tirocínio, bom senso. As compras coletivas, através de *sites* especializados, tiveram o seu auge há poucos anos, mas, da forma como surgiram rapidamente, também estão desaparecendo da preferência dos internautas consumidores<sup>2</sup>.

Problema jurídico relevante é a utilização da internet para transferência ilegal de moeda, a célebre “lavagem de dinheiro”. Bancos Centrais de alguns países já estão tomando medidas preventivas para coibir esse campo fértil da ilicitude. Novos sistemas de financiamento, de troca eletrônica de moedas e de pagamentos *on-line*, deverão sofrer regulamentação mais adequada, a fim de que não se constituam ameaça aos sistemas existentes de controle de moedas.

Ainda hoje, para a maioria dos que se preocupam com a informática e a internet, há dificuldades para uma ação policial eficaz, pela utilização de cadastros falsos nos registros em provedores, roubo de senhas em *cybercafés*, mecanismos pelos quais agem *hackers* e outros especialistas em crimes e danos internéticos. Quando não há registro do usuário, a polícia busca localizar a linha da qual é feito o acesso. Esse tipo de identificação só é possível se o criminoso voltar ao local do crime, tentando conectar-se novamente.

Quando se analisa a necessidade de adaptação da legislação aos fenômenos sociais, verifica-se que uma das características fundamentais do ordenamento jurídico é o dinamismo de seus preceitos, que permite a adequação das normas jurídicas às constantes evoluções nos diversos campos da atividade humana. Seria temerário se o Poder Legislativo permanecesse inerte ante os relevantes fenômenos sociais, não editando os postulados legais a reger as novas situações de fato.

<sup>2</sup>VASCONCELOS, Fernando A. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005. p.45.

Evidentemente, seria impossível uma abrangência integral do texto da lei para todos os casos que fossem surgindo, em lugares e situações as mais diversificadas. Não seria coerente nem salutar que os operadores do direito fossem obrigados a utilizar, por longo lapso temporal, as fontes subsidiárias para a resolução das pendências. A necessidade de criação da norma pode ser indicada por diversos fatores, dentre estes, os econômicos, os políticos e os sociais.

### 3 Informática e invasão de computadores

Especialistas em manutenção e supervisão técnica da rede internet vêm alertando, com dados precisos, sobre a possibilidade de falhas na estrutura da rede, vulnerável a um ataque maciço de *hackers*. Um ataque aos servidores que armazenam endereços de todos os *sites* registrados na *Web* poderia travar a internet. O papel desses servidores é redirecionar o tráfego na rede, para que o usuário possa chegar ao domínio requisitado.

Um estudo realizado pelo CERT (*Computer Emergency Response Team*<sup>3</sup>), do governo norte-americano, revelou que, em entre 2001 e 2011, aconteceram milhares de ataques a computadores em todo o mundo, ocasionando não só responsabilidade criminal, mas também a possibilidade de reparação de danos. Por outro lado, os relatos de fraudes em aquisições de produtos na internet já congestionam a própria rede mundial de computadores. Vários *sites* dedicam páginas e mais páginas ao assunto. Ofertas mirabolantes, produtos inacessíveis, negócios impossíveis são detectados a todo o momento, ocasionando grande desconfiança no meio virtual e, conseqüentemente, descrédito em relação aos que lidam com a internet.

À medida que a tecnologia do mundo virtual vai-se sofisticando e tornando-se mais poderosa, pode chegar o momento em que a sociedade precisará regulamentar a realidade virtual, do mesmo modo como regula o mundo real, físico. Mas as dificuldades serão inúmeras. Tome-se, como exemplo, a decisão, no longínquo ano de 2002, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que rejeitou, por sete votos a dois, um projeto de lei que teria transformado em delito penal “fazer, vender ou possuir pornografia infantil virtual que utilize imagens computadorizadas de crianças, em vez de fotos reais”. Nessa decisão, o juiz da Suprema Corte, Anthony

<sup>3</sup>Cf. Disponível em: <<http://www.cert.org/>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

Kennedy, no seu voto em favor da maioria, afirmou que essa lei tornaria ilegal a retratação virtual de uma ideia - neste caso, adolescentes praticando atividades sexuais. Mas, como adolescentes reais fazem sexo e como crianças imaginárias não podem ser vítimas de um crime, a lei proíbe uma linguagem, ou expressão, que não registra nenhum crime e não cria nenhuma vítima<sup>4</sup>.

Registrar domínios com nomes ou expressões características de outrem, além das sanções civis, pode ser considerado crime. A FAPESP<sup>5</sup>, que é a entidade responsável pelo registro de domínio na internet, aponta que ultimamente ocorreram vários casos de registro de domínio de nomes famosos por terceiros, que geralmente agem de má-fé. Assim, para adquirir o domínio, o nome deve ser “registrável”. Entende-se por não registrável, dentre outros, o nome que possa “induzir terceiro a erro”, como aqueles que representam marcas famosas ou notoriamente conhecidas.

Ainda de acordo com a FAPESP, a marca é, com certeza, o patrimônio mais importante de qualquer negócio. O nome da sua marca representa a identidade e a reputação de um negócio, seja ele baseado em uma atividade de profissional liberal ou de uma empresa. O nome de domínio é, no mundo negocial, a identidade digital, permitindo que pessoas físicas ou empresas sejam localizadas na Internet. Registrar e proteger nomes de domínio são tão importantes quanto garantir direitos sobre marcas e patentes. Ter uma identidade digital não é um luxo, e sim uma necessidade para qualquer empresa ou profissional que pretende atuar na rede.

#### 4 Danos e possíveis soluções

A nova era da intercomunicação traz problemas gravíssimos, ainda não devidamente debatidos. A internet é alvo de novas espécies de meliantes, os “infocriminosos”, que agem anonimamente e se consideram inatingíveis. Chegar a esses criminosos não é tão difícil como pode parecer, desde que certos fatos estejam sob controle. Como a conexão à rede se dá por meio de um protocolo denominado IP (*Internet Protocol*), cada provedor tem números próprios, concedendo a seus usuários

<sup>4</sup>Cf. JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <www.estadao.com.br>. Acesso em: 20 abr. 2002.

<sup>5</sup>Cf. Disponível em: <http://www.fapesp.org/oque\_e.htm>. Acesso em: 24 jun. 2012.

números IP subordinados ao seu. Rastreado o IP do infrator (o que é simples), chega-se a seu provedor. Mediante ordem judicial, é então possível obter o cadastro do agente delitivo, que pode então ser detido. Já os provedores gratuitos, que oferecem prestação de serviços não remunerada, deixam à disposição dos usuários uma senha coletiva e um único nome de referência, proporcionando o aparecimento de questões de suma gravidade, envolvendo responsabilidade civil e criminal.

Os provedores de acesso podem parar de guardar registros individuais dos seus usuários, pois não mais necessitam deles para cobrança. De igual modo, não têm mais interesse econômico em manter esses registros de acesso. Embora os cadastros tenham valor econômico, a guarda desses dados torna-se cara e inútil, para os provedores gratuitos.

Dadas as facilidades de acesso, qualquer pessoa pode entrar anonimamente na internet com objetivos criminosos, com mínima chance de identificação. A segurança só aumentará quando instrumentos eficazes de combate ao crime forem criados. Entidades de certificação, autorizadas pelo Estado na forma do art. 174 da Constituição, podem certificar registros internos de sistemas e assinaturas eletrônicas em documentos e contratos, oferecendo maior segurança ao sistema de intercomunicação e contratação eletrônica.

Uma providência que minimizaria alguns problemas poderia ser tomada, determinando-se aos provedores de acesso à internet que mantenham em seus sistemas os cadastros individuais de seus usuários e, durante certo período, os registros de acesso e identificadores de chamada nas linhas de acesso. A manutenção desses cadastros e registros, visando a preservar os macrointeresses da sociedade cibernética, contribuiria para a evolução segura das comunicações virtuais, exercendo os provedores papel relevante nesse emaranhado de sistemas intercomunicativos.

O acesso gratuito à rede mundial se constituiu, quando da implantação da internet no Brasil, uma revolução dentro da informática, praticada por alguns provedores e bancos, que oferecem, com relativa frequência, esse serviço à sua clientela. A competição entre os provedores de acesso tornou simples e grátis o acesso à rede, popularizando rapidamente esse revolucionário instrumento de comunicação coletiva.

Através da internet, pode-se comprar, vender, oferecer e fornecer serviços, trocar correspondências, informações e ideias, tudo em tempo real e de forma mais barata e rápida nunca antes imaginada. Com o barateamento

mento dos custos, é possível oferecer produtos e serviços a preços inferiores àqueles normalmente praticados no mundo real. Por isso mesmo, leis de caráter interno e internacional estão sendo preparadas e adotadas em todos os países e blocos econômicos do planeta, dentro de uma lógica comum, visando à proteção dos indivíduos e da comunidade chamada cibernética<sup>6</sup>.

## 5 Massificação e atitudes delitivas

Existe certo receio do que poderá advir com a massificação das comunicações eletrônicas. O temor decorrente da utilização dos cartões de crédito, por exemplo, será superado pelos usuários da rede se cartões de compra ou de negociação eletrônica existirem, transferindo o risco para empresas ou determinados profissionais.

A lavagem de dinheiro pela internet, que já é perfeitamente constável, necessita ser coibida. De acordo com os estudos até agora realizados, principalmente através de matérias publicadas em jornais e em *sites* jurídicos, os *hackers* e criminosos internéticos dificultam a ação policial, utilizando cadastros falsos nos registros dos provedores, roubando senhas em *cybercafés*, além das mais variadas formas de invasão.

Quando não consegue interceptar o registro do usuário, a polícia busca localizar a linha através da qual é feito o acesso a determinado ponto. Esse tipo de identificação só é possível se o criminoso voltar ao local do crime, ou seja, se vier a conectar-se novamente, sob certas condições. Exemplo recente foi relatado pela grande imprensa e ocorreu quando conhecido empresário brasileiro foi acusado de ter cometido crime eletrônico, tendo sido localizado apenas porque acessou novamente seu *e-mail* anônimo. Se não o tivesse feito, nunca teria sido encontrado.

O colunista Patrick Collinson, do jornal londrino *The Guardian*<sup>7</sup>, publicou interessante matéria a respeito das facilidades para obter-se o número do cartão de crédito, data de vencimento, número de telefone e endereço para cobrança de uma pessoa. Precisa-se só de alguns segundos para obterem-se essas informações, penetrando nos florescentes *cyber-bazares* operados pela internet, nos quais especialistas criminosos e organizados compram e vendem cartões de crédito e identidades.

<sup>6</sup>VASCONCELOS, Fernando A. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005. p.56

<sup>7</sup>Cf. <[www.guardian.co.uk/profile/patrickcollinson](http://www.guardian.co.uk/profile/patrickcollinson)>. Acesso em: 5 set. 2011.

Mas esses são participantes em pequena escala. Segundo a matéria jornalística enfocada, o centro de comércio de cartões de crédito do mundo é São Petersburgo, na Rússia. É o local de muitos mercados secretos na internet, onde detalhes sobre cartões são oferecidos no atacado, geralmente custando US\$ 1,00 por cartão, vendidos em lotes de quinhentos a cinco mil.

O negócio geralmente é feito por meio de *websites* de acesso aberto ou em *newsgroups*, que são sessões de *chat* ponto a ponto, que fazem a ligação de pessoas interessadas num determinado assunto. Nesses *chats*, podem se reunir grupos de *hackers* com objetivos comuns. *Hackers* de menor potencial ofensivo podem ser convidados para um canal de escalão superior, mais limitado, onde pessoas trocam dicas, truques e cartões de crédito. Piratar um cartão de crédito está se tornando um ato normal no mundo criminoso dos que se utilizam da internet com objetivos pouco convencionais.

Uma prova alarmante da tendência de globalização da fraude com cartões é o fato de que um terço do uso fraudulento de cartões, registrados em território britânico, ocorre no estrangeiro, pois “chupadores de dados” e *hackers* recolhem as informações no Reino Unido, mas usam-nas longe do domicílio de seu detentor. Avanços na tecnologia facilitam que quadrilhas movimentem informações ao redor do mundo com extrema facilidade.

*Hackers* raramente buscam os bancos de dados das instituições bancárias e dos emissores de cartões de crédito ou os sistemas de transmissão conhecidos. Estes são sistemas ferozmente protegidos que até agora se revelaram impenetráveis a quadrilhas. Mas existe um meio muito mais fácil de obter detalhes sobre cartões de crédito: os criminosos visam aos servidores de empresas *on-line* onde são mantidos os detalhes dos cartões dos clientes. A insegurança da internet não está na transmissão, por uma pessoa, de seus detalhes sobre o cartão de crédito através da Rede ou do telefone, mas no modo como esses detalhes são guardados nos seus arquivos pessoais.

Alguns casos relatados na grande imprensa nos dão uma ideia da sofisticação dos criminosos virtuais. Senão vejamos: números de cartões de crédito revelados em *websites* para adultos, quando *hackers* penetraram em suas páginas e acessaram detalhes sobre números; números de mais de cem cartões de crédito furtados de Administradoras; revendedoras de obras musicais, que perderam detalhes sobre cartões de

crédito de milhares de seus clientes para *hackers*; fechamento de *websites* por vários dias, depois que uma falha na segurança permitiu a *hackers* acesso a milhões de registros contendo detalhes sobre cartões de crédito e de débito.

## 6 Soluções legislativas

No Brasil, embora timidamente, já se começam a esboçar reações legislativas. Figuras delitivas inimagináveis pelo legislador de 1940 foram tipificadas por intermédio da Lei 9.983, de 2000, modificando a parte especial do Código Penal, com vistas a combater os delitos previdenciários e a utilização da informática ou banco de dados dos órgãos de seguridade social e do Estado de forma geral. E a reforma do Código Penal, em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de revisão do Código Penal - PLS 236/2012) promete mudanças na área dos crimes virtuais<sup>8</sup>.

Entre os novos tipos penais, merece destaque a alteração do art. 325 do CP, que prevê o crime de violação do sigilo funcional inserto no Título XI: “Dos Crimes Praticados contra a Administração Pública”. O legislador de 1940 buscou proteger a pessoa no tocante à inviolabilidade do segredo, pois o agente revela um fato da vida íntima de alguém que tinha o interesse no sigilo, mas que confia a outrem em razão de sua especialidade profissional. Daí estarem previstos no capítulo que trata dos crimes contra a pessoa, protegendo especificamente o atributo liberdade individual: os segredos.

Na redação atual, os modos de execução do crime foram ampliados. O legislador estabeleceu uma forma de falsidade ideológica especial, quando o modo de execução do crime consiste “na manipulação dos dados contidos no sistema de informação ou banco de dados da administração”. O sigilo profissional pode ser violado quando o funcionário público não comunica, verbalmente ou por escrito, o fato a terceiro. Entretanto, permite ou facilita que o particular ou funcionário não autorizado ingresse no sistema de informação ou banco de dados da administração pública, de forma a ter acesso a todas as informações ou dados desejados, que deveriam

<sup>8</sup>SENADO FEDERAL. Disponível em: <[www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes)>. Acesso em: 5 ago. 2015.

permanecer em segredo, mediante o empréstimo ou a cessão de senha ou possibilitando outra forma de ingresso no sistema de informações.

O delito tem como autor aquele que possui acesso, lícito ou ilícito, ao sistema ou banco de dados, seja servidor público ou particular. O funcionário público, autor da infração penal, pode ser o que tem por função atribuir ou fornecer a senha, logo, quem tenha controle de acesso ao sistema, ou que recebe, mediante atribuição ou fornecimento da autoridade competente, ou ainda na terceira hipótese, o que empresta a senha a outrem.

O receptor, igualmente autor do ilícito, é pessoa que não tem acesso ao sistema ou apenas a determinadas informações que não englobam aquelas que foram objeto de violação, só tendo conhecimento em decorrência do ilícito penal ocorrido. O particular, por sua vez, será autor do crime quando agir em concurso com o servidor público, nos termos do art. 30 do Código Penal.

Poderá ainda ser autor do delito aquele que viola o sistema mediante “quebra de acesso restrito”, implicando dizer que irá ingressar no banco de dados ou sistema sem possuir autorização, mas usando um procedimento dos chamados *hackers*, que invadem sistema ou banco de dados em razão do conhecimento de equipamentos com tecnologia cibernética avançada e do fato de se depararem com sistema de segurança fragilizado. Não escapam à ação penal aqueles que realizam função pública terceirizada, porque a alteração penal ocorrida visou precipuamente a proteger o sistema de informação da Previdência Social.

Note-se, por fim, que a modificação do Código Penal vem corroborar a premente necessidade de previsão de crimes praticados com o auxílio da informática, através do computador ou contra o sistema de Internet: informação ou bancos de dados nele contidos, resguardando a integridade dos órgãos que compõem a Previdência Social.

Casos de difamação e injúria vêm se tornando cada vez mais frequentes em meio virtual. Por conta disso, magistrados e tribunais já estão fazendo o necessário relacionamento entre o crime e o dano, para efeito de responsabilização civil. Entretanto, é necessário que se tenha sempre em mente a ideia de que não é só pelo simples fato de uma conduta ter sido praticada pela internet, que irá, necessariamente, ser analisada

sob os princípios do Direito Eletrônico (Cibernético), esquecendo-se dos operadores jurídicos das normas penais<sup>9</sup>.

Se a conduta ou o fato constituírem crime, já previsto expressamente no Código Penal, a apuração e punibilidade pertencem a este ramo do Direito, independentemente do meio através do qual é cometido (seja verbalmente, por escrito, pela internet) e sem prejuízo da possível reparação. Pertencem, pois, à área dos crimes de informática comuns, já que estão tipificados no Código Penal apenas pelo fato de terem sido praticados através da internet.

Constantemente, pessoas procuram órgãos policiais, denunciando que foram alvo de alguma brincadeira ofensiva ou maldosa pela internet, desde a criação de *sites* em que se expõem fotos da ex-namorada em situações constrangedoras, até a produção de informações falsas contra a honra, passando por aqueles que divulgam, pela rede, casos falsos de traição de terceiros ou a realização de fotomontagens.

Nesses casos, estaremos diante dos crimes previstos nos artigos 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, injúria e difamação. São crimes que atingem a honra subjetiva da pessoa e o sentimento quanto aos seus atributos físicos, morais, intelectuais e demais valores da pessoa humana, tendo o autor do crime plena consciência de que está lesando voluntariamente a honra do outro, ofendendo a sua moral e expondo ao público um ato agressivo à sua reputação.

Ao praticar estes crimes, muitas vezes o autor tem a falsa ideia de que irá conseguir se manter no anonimato, usando *e-mails* gratuitos criados livremente, ou montando páginas em *sites* que não exigem os dados do autor. Entretanto, para a polícia não é difícil descobrir quem está por trás da agressão. A investigação baseia-se em um número que cada computador recebe toda vez que acessa a internet e fica registrado nos provedores: é a chamada sequência IP. Identificando-se o autor e quando a vítima possui a mensagem difamatória, abrem-se para ela duas opções:

a) o ingresso imediato com a ação penal por injúria ou difamação (buscando a condenação criminal do agente), com posterior execução na esfera civil da sentença criminal, para fins de indenização;

b) o ingresso, unicamente, com a ação civil de indenização por danos morais, devendo, neste caso, ser provadas a autoria e a materialidade.

<sup>9</sup>ARRUDA JR. Itamar. *Provedores não colaboram com processos de ofensas pela web*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/provedores\\_colaborar\\_informacoes\\_acoes](http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/provedores_colaborar_informacoes_acoes)>. Acesso em: 12 maio 2012.

dade do fato. Ressalte-se, aqui, que, ao optar por esta segunda alternativa, a vítima pugna apenas pelo recebimento da indenização em dinheiro, abrindo mão da condenação criminal do agente. Embora a questão aparente simplicidade, há grande dificuldade de ordem prática de localizar-se o agente criminoso, em virtude da ausência de cooperação dos provedores de internet. Estes, na maioria das vezes, se negam a fornecer informações às vítimas, somente o fazendo mediante determinação judicial, ocasionando danos de natureza às vezes irreversível. Como exemplo desse tipo de ocorrência, citamos um caso envolvendo aspectos criminais e reparação de danos de natureza civil, em que o provedor somente forneceu as informações necessárias judicialmente.

A conhecida “Lei Carolina Dieckmann” (Lei n.º 12.737/2012) foi sancionada em 3 de dezembro de 2012 pela Presidente *Dilma Rousseff* e promoveu alterações no *Código Penal Brasileiro*, tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos. A legislação pune, principalmente, os delitos praticados por *hackers*, incluindo os crimes de sabotagem, falsidade e fraude informática. O texto legal autoriza ainda as autoridades a interceptarem dados dos provedores e prevê a pena de prisão para quem armazena, em meio eletrônico, material pornográfico, envolvendo criança ou adolescente.

Referida lei tem merecido críticas de juristas, peritos, especialistas e profissionais de segurança da informação, pois seus dispositivos são amplos, confusos e podem gerar dupla interpretação, ou mesmo interpretação subjetiva. Isso poderá ensejar enquadramento criminal de condutas triviais ou mesmo para a defesa e respaldo de infratores cibernéticos, o que tornaria a lei injusta e ineficaz. Para outros, as penas são pouco inibidoras, sendo muitas situações enquadráveis nos procedimentos dos Juizados Especiais, o que poderia contribuir para a não eficiência no combate ao crime cibernético no Brasil.

De novidade, tivemos, finalmente, a sanção da Lei N° 12.965, de 23 abril de 2014, o denominado Marco Civil, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil”. Não é um texto que cuida da parte criminal da área tecnológica. Aliás, ficou muito aquém das expectativas dos estudiosos da área. No artigo 2.º, percebe-se que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”. São, ainda, respeitadas a pluralidade e a diversidade, a livre

iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a finalidade social da rede.

O Marco Civil poderá ajudar na discussão sobre os efeitos civis da responsabilidade criminal quando trata do “direito de acesso à internet a todos, acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos”. Ainda consta do texto a guarda e utilização dos dados, muito pertinente à preservação da privacidade.

### 6.1 O caso e a decisão

Foram postadas no serviço de um determinado provedor diversas mensagens de cunho difamatório, assinadas supostamente por um advogado, inclusive constando seu *e-mail* utilizado na época. Diversas pessoas chegaram a “conversar” com o falso “advogado”, tendo inclusive colocado no ar mensagens altamente ofensivas e ameaçadoras em relação ao mesmo. O advogado real somente tomou conhecimento do fato ao ser avisado por terceiros, pois nunca teria utilizado aquele serviço.

Como o provedor se negou a fornecer o nome do responsável pelas mensagens, o prejudicado ajuizou “ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela” contra a empresa provedora, tendo sido deferida a tutela antecipada para imediata retirada das mensagens da internet. Em audiência de conciliação, o provedor de acesso informou que o responsável por todas as mensagens assinadas em nome do advogado era um antigo desafeto deste.

Posteriormente, foi ajuizada uma ação de reparação de danos extrapatrimoniais contra o indigitado falsário<sup>10</sup>, encerrada através de composição amigável e sendo plenamente esclarecido o lamentável episódio. Todavia, não se podem esquecer os prejuízos sofridos pelo advogado, personagem do mundo jurídico real, fato que poderá ocorrer rotineiramente, afetando cada um dos que atuam no mundo cibernético.

Constata-se, com certa facilidade, que as ocorrências criminosas, envolvendo difamação ou injúria praticadas na *Web*, devem ser apuradas de acordo com as disposições constantes do Código Penal, sendo rapidamente resolvidas se houver uma maior cooperação dos provedores para

<sup>10</sup>Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2010.

com os ofendidos. E, uma vez apuradas ou não essas práticas, ao ofendido cabe buscar a reparação pelos danos contra ele praticados.

## 6.2 Pesquisa e as soluções

Nos Estados Unidos, de acordo com a legislação de cibercrimes do país e uma pesquisa realizada pela empresa de segurança digital *Symantec*<sup>11</sup>, onde a preocupação com esses criminosos beiram às raias da paranoia, *hackers* que colocarem vidas humanas em risco, invadindo computadores pela internet, poderão ser condenados à prisão perpétua. A punição para os cibercriminosos se baseia no dano econômico que eles tenham causados, o que muitas vezes isenta os responsáveis de penas mais severas.

A pesquisa estimou que o prejuízo global com golpes virtuais passou dos US\$ 110 bilhões (ou R\$ 224,35 bilhões) no último ano. O estudo ouviu treze mil pessoas de dezoito a 64 anos em 24 países, entre eles o Brasil. Somente por aqui, o valor desperdiçado com cibercrimes giraria em torno de US\$ 8 bilhões (cerca de R\$ 16,3 bilhões), enquanto em países como Estados Unidos (US\$ 21 bilhões ou R\$ 42,8 bilhões) e China (US\$ 46 bilhões ou R\$ 93,8 bilhões), a perda seria ainda maior.

O levantamento descobriu, ainda, que, apenas nos últimos doze meses, 556 milhões foram vítimas de golpes virtuais, o que representa mais de 1,5 milhão de vítimas por dia ou dezoito por segundo. Assim, tudo está a indicar que o prejuízo médio com golpes virtuais ficou em torno de US\$ 197 (cerca de R\$ 400) por pessoa.

Por outro lado, o governo americano diminuiu as restrições de monitoramento antes tomadas pelos provedores de acesso, o que garantia a privacidade na internet. Desde algum tempo, os provedores podem informar a polícia sobre atividades suspeitas em suas redes, mesmo que elas não representem ameaça imediata. A legislação anterior proibia os provedores de abrirem informações sobre seus usuários, a não ser que elas causassem perigo imediato de morte ou ferimento. Também permitia aos usuários processarem as empresas em caso de violação de privacidade.

Estudiosos querem que a Justiça dos EUA também leve em conta as intenções do criminoso e outros fatores, a exemplo do alvo do ataque:

<sup>11</sup>Cf. Disponível em: <<http://www.modulo.com.br/comunidade/noticias/2862>>. Acesso em: 19 set. 2012.

computadores importantes do governo ou de empresas. Por outro lado, na onda de paranoia que tomou conta dos EUA depois dos atentados de 11 de setembro, o governo diminuiu as restrições de monitoramento antes tomadas pelos provedores de acesso, o que garantia a privacidade na internet.

A partir de então, os provedores passaram a informar à polícia sobre atividades suspeitas em suas redes, mesmo que elas não representem ameaça imediata. A legislação anterior proibia os provedores de abrir informações de seus usuários, a não ser que elas causassem perigo imediato de morte ou ferimento. Também permitia aos usuários processar as empresas em caso de violação de privacidade.

## 7 Conclusão

Pelo que foi visto acima, é fácil se concluir quão difícil é separar, no mundo virtual, a responsabilidade civil da criminal, pois as várias formas de conduta estão intimamente relacionadas, mesmo que o autor do dano não aja de forma dolosa. Espera-se, num futuro próximo, que o legislador trate das duas formas punitivas de maneira interligada, a fim de facilitar o trabalho dos operadores do direito na análise do crime e do dano.

Ações como invasão de computadores, furto de senhas e conteúdo de *e-mails*, além da comercialização do material obtido de forma ilegal, são consideradas crime. Condutas mais danosas, como obter pela invasão conteúdo de “comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas” podem ter pena de três meses a dois anos de prisão, além de multa. Também agrava o quadro a divulgação, comercialização ou transmissão a terceiros, por meio de venda ou repasse gratuito, do material obtido com a invasão.

Todas essas condutas criminosas geram, por consequência, possibilidade de reparação de danos. A modernidade caminha para uma responsabilidade civil de caráter objetivo, sem aquelas dificuldades da apuração subjetiva de uma conduta delituosa. E, com a consolidação dessa relação fato/dano/nexo de causalidade, sem as artimanhas da dupla culpa/dolo, com certeza os julgadores terão maior campo de atuação para responsabilizar civilmente os criminosos cibernéticos.

## Referências

ARRUDA JR. Itamar. *Provedores não colaboram com processos de ofensas pela web*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/provedores\\_colaborar\\_informacoes\\_acoes](http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/provedores_colaborar_informacoes_acoes)>. Acesso em: 12 maio 2012.

CASTELLA, Eduardo M. *Investigação criminal e informática: inteligência artificial x boletim de ocorrência*. Curitiba: Juruá, 2005. p.107. Internet: novos aspectos da responsabilidade civil.

CERT. Disponível em: <<http://www.cert.org/>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

FAPESP. Disponível em: <[http://www.fapesp.org/oque\\_e.htm](http://www.fapesp.org/oque_e.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2012.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <[www.estado.com.br](http://www.estado.com.br)>. Acesso em: 20 abr. 2002.

MÓDULO COMUNIDADE. Disponível em: <<http://www.modulo.com.br/comunidade/noticias/2862>>. Acesso em: 19 set. 2012.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <[www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes)>. Acesso em: 5 ago. 2014.

THE GUARDIAN. Disponível em: <[www.guardian.co.uk/profile/patrickcollinson](http://www.guardian.co.uk/profile/patrickcollinson)>. Acesso em: 5 set. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 12 dez. 2010.

VASCONCELOS, Fernando A. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005.

# O DIREITO NA TRAGÉDIA, NA CARICATURA E NA CHARGE: ANÁLISE DAS OBRAS DE FRANÇOIS OST E MÔNICA SETTE LOPES

**Fernanda H. de Vasconcelos Brandão**  
Professora do Curso de Direito na UFPB e no UNIPÊ

## Resumo

No mundo globalizado em que vivemos não é difícil de perceber a necessidade de o direito dialogar com outras disciplinas. E torna-se necessário entender como o direito dialoga com as artes e o que é que as artes têm a dizer ao direito: direito e imagem, direito e música, direito e poesia, direito e literatura, direito e narração, direito e artes plásticas, direito e cinema, direito e tragédia, direito e estética, direito e teatro, direito e caricatura, direito e charge etc. É o que pretende o presente artigo no que diz respeito à análise da interface do direito com a tragédia, a caricatura e a charge, mais especificamente nas obras de François Ost e Mônica Sette Lopes.

**Palavras-Chave:** Direito. Arte. Tragédia. Charge.

## Abstract

It is urgent for the right to engage in dialogue with other disciplines. We know that the law is language and concepts, but also know that the narratives of life involve not only the right, but mostly art. Thus, one must understand how the right dialogue with the arts and what the arts have to say the right. Even as the law was seen as imagery for a long time, only then started to walk to the word image. The law has been rather a knowing look, worrying about the ceremony in a ritualistic mode, whose manifestations were externalized in symbols, gestures, colors, metaphors, rituals, liturgies, maps etc. Currently, we have observed that return the image to the right and the technology is one of those responsible for it, it has changed the ways of presenting the right. It is the return of visibility of law, return to the symbolic world of law. And right image, and right music, poetry and law, law and literature, law and narrative, law and arts, law and film, law and tragedy, law and aesthetics, law and theater, law and caricature, law and charge are some of the examples of the interconnection between law and other fields of knowledge, between law and art. In this article, we analyze the interface right

with the tragedy , the caricature and the cartoon , specifically the works of François Ost (jurist and philosopher, an expert on Human Rights and Environmental Law) and Monica Lopes Sette (philosopher , teacher and researcher of law), respectively.

**Keywords:** Right. Art. Tragedy. Charge.

## 1 Introdução

É premente a necessidade de o direito dialogar com outras disciplinas. Sabe-se que o direito é linguagem e conceitos, mas sabe-se também que as narrativas da vida envolvem não só o direito, mas, principalmente, a arte. Assim, é preciso entender como o direito dialoga com as artes e o que é que as artes têm a dizer ao direito. Mesmo porque o direito foi tido como imagético durante muito tempo, só depois passou a caminhar da imagem para a palavra.

O direito já foi sim um saber visual, preocupando-se com a solenidade numa modalidade ritualística, cujas manifestações eram exteriorizadas por símbolos, gestos, cores, metáforas, rituais, liturgias, mapas etc. Atualmente, tem-se percebido esse retorno da imagem para o direito, e a tecnologia é uma das responsáveis por isso, pois tem alterado os modos de se apresentar o direito. É a volta da visualidade do direito, o retorno ao mundo simbólico do direito.

Direito e imagem, direito e música, direito e poesia, direito e literatura, direito e narração, direito e artes plásticas, direito e cinema, direito e tragédia, direito e estética, direito e teatro, direito e caricatura, direito e charge, são alguns dos exemplos da interligação entre o direito e outros campos de conhecimento, entre o direito e a arte.

No presente artigo, analisaremos a interface do direito com a tragédia, a caricatura e a charge, mais especificamente nas obras de François Ost (jurista e filósofo, especialista dos Direitos do Homem e do Direito do Ambiente) e Mônica Sette Lopes (filósofa, professora e pesquisadora de direito), respectivamente.

O texto de François Ost faz parte da Coleção *Dike*, que reúne obras de autores nacionais e estrangeiros sobre temas essenciais do pensamento jurídico e é dividido em Prólogo; Capítulo I: No começo era a lei - O Sinai ou a lei negociada; Capítulo II: No começo era o juiz - A Oréstia ou a invenção da justiça; Capítulo III: No começo era minha consciência - A

Antígona de Sófocles: resistência, aporias jurídicas e paradoxos políticos; Capítulo IV: No começo era meu direito - Robinson Crusoe e a apropriação do mundo - O Pacto faustiano ou os avatares da liberdade; Capítulo V: E no fim? - Kafka ou o aquém da lei.

O objetivo do presente estudo é analisar, em especial, o capítulo segundo desta coleção, intitulado *No começo era o juiz - A Oréstia ou a invenção da justiça*, que trata da relação entre direito e literatura, propondo o autor uma forma de perceber o Direito a partir da sua manifestação no imaginário social do indivíduo, o que demonstra a importância da interdisciplinaridade.

Já a obra *Imagens da Justiça* é de autoria de Mônica Sette Lopes juntamente com o professor Bruno Amaro Lacerda. O livro é composto por oito capítulos, quatro de cada um dos autores, nos quais se enfocam as relações entre direito e arte. Os dele voltados para a cultura e pintura, e os dela, para a charge, a caricatura e a literatura. Evidencia-se a presença de símbolos marcantes do Direito na arte e monumentos públicos, como a balança, a espada, a mulher de olhos vendados, entre outros.

Em *A ironia e a imagem do direito: a expressão da justiça na caricatura e na charge*, Mônica Sette Lopes se dedica, principalmente, à obra já clássica do francês Daumier e ao cartunista brasileiro Angeli.

## **2 No começo era o juiz : a Oréstia ou a invenção da justiça**

François Ost inicia o capítulo sobre a justiça falando da relação entre a literatura e o direito, com ênfase, em especial, nos temas jurídicos tratados por ela, relacionando a vingança com a justiça, abordando o processo de evolução da própria justiça e terminando com a análise de Billy Budd sobre a justiça como um mal necessário.

Efetivamente, de todos os temas jurídicos tratados pela literatura, o do juiz (que envolve julgamento, processo, condenação, etc.) se torna o mais corriqueiro, em razão da intensidade dramática e da forma teatral, e porque o processo é o direito em ação (é a vida que interroga a lei), e a ficção judiciária ultrapassa a ficção jurídica, o que também acontece com as caricaturas, o que será visto mais adiante.

Na história do direito, consta que o juiz foi a primeira autoridade que, destacando-se da comunidade, foi investida da tarefa de dizer o direito para a comunidade. Mas foi a comunidade que renunciou a fazer

justiça por si mesma, recorrendo a um terceiro imparcial para decidir a contenda e que estava acima das partes. É o que afirma François Ost:

A Oréstia de Ésquilo é uma trilogia trágica escrita no século V a.C. que conta essa passagem e é representada diante de um público ateniense que, nesse momento preciso, fazia a experiência histórica sem precedente da democracia e da renúncia progressiva à lei do talião, em favor de uma justiça deliberativa baseada em provas fatuais, em argumentos racionais, em votações e na referência a uma lei comum (OST, p. 97).

O texto mostra, então, a passagem do PRÉ-DIREITO (DA VINGANÇA) ao DIREITO (DA JUSTIÇA), o que implica também o recuo da palavra mágica (maldição, juramento, ordálio, etc.) em favor de uma palavra dialógica que busca convencer por argumentos racionais e provas verificáveis (OST, p. 98).

Na verdade, “esse entrelaçamento da vingança e da justiça e os retornos sempre ameaçadores do talião ocupam um lugar considerável na ficção literária” (OST, p. 99), afirma o autor, citando exemplos: Racine, Shakespeare (Tito Andrônico, Júlio César, Macbeth, Hamlet, O mercador de Veneza, Romeu e Julieta) e Kleist (O Cântaro Quebrado e a Tragédia Justiceira Michäel Kohlhaas).

Verifica-se, assim, que a ficção literária tem por função crítica não se limitar a lembrar à justiça suas origens violentas e sua face oculta vingadora, dedicando-se também a denunciar (temas como arbitrariedade dos juízes, lentidão e custo da justiça, formalismo e imbróglio dos procedimentos e venalidade dos homens da justiça são repisados no tema literário).

Exemplos são vários: após As Eumênides, Aristófanes oferece As Vespas; dez anos após, Eurípedes compõe Orestes. A partir daí, aparecem O Juiz Bridoye, de Rabelais; Montaigne; As Fábulas, de La Fontaine; O Asno, de Les Animaux; La Bruyère, o Scapin de Molière; Victor Hugo, em Les Châtiments; Charles Dickens, em Bleak House; O Magistrado Bourriche, descrito por Anatole France, etc.

Observa-se que as sátiras e críticas elevam-se à meditação metafísica ou à impreciação religiosa: exemplo é a denúncia do sacrilégio que é a presença do crucifixo numa sala de audiências onde se pratica uma justiça corrupta e criminosa, que é feita por Victor Hugo, Anatole France e Tolstoi (OST, p. 102).

O que faz François Ost, na obra *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*, é analisar a trilogia grega *Oréstia*, escrita por Ésquilo em 460-459 a.C. A trilogia narra uma história baseada na lenda dos Atridas, composta por três peças distintas: *Agamêmnon*, *As Coéforas* e *As Eumênides*, ou seja,

Narra as aporias da lei do talião e, em contraponto, a experimentação da justiça humana que sabe integrar a dimensão do perdão e confia na deliberação: é que Orestes, o matricida, acabará sendo finalmente absolvido, quando se esperava que se juntasse à sua mãe Clitemnestra (assassina do esposo Agamêmnon) na posição maldita do vingador condenado (OST, p. 105).

*Agamêmnon* é a primeira peça da trilogia, que se realiza em Argos, mais precisamente no Palácio dos Atridas, onde há uma ansiosa espera pelo retorno das naus gregas que há dez anos saíram em expedição a Troia. É com a pergunta: um novo vingador irá surgir? que se inicia *As Coéforas*. O momento agora é de ação, a palavra reencontra seu poder de afirmação, e a inquietude do passado dá lugar à resolução quanto ao futuro. Quando acabará a maldição dos Atridas? No momento em que a cortina se ergue na abertura da terceira peça, *As Eumênides*, reencontramos Orestes em Delfos, como suplicante no templo de Apolo. Ao fundar o tribunal do Areópago, Atena consegue pôr um fim ao implacável determinismo do talião e inventa a justiça dos homens – uma justiça decidida por votos. A tragédia se encerra com um grito de alegria que antecipa o êxito da aposta feita na justiça deliberativa e no respeito às leis.

Conforme explica Ost, todos estes crimes logo serão quitados em Argos, onde reinam a mulher de Agamêmnon e mãe de Ifigênia, Clitemnestra, e seu amante, Egisto. O casal de amantes planeja e assassina Agamêmnon. Os anciãos advertem que Orestes, filho de Agamêmnon, então no exílio, regressaria para vingar a morte do pai.

Já na peça as *Coéforas*, o tom não é impotente e nem enganador como na primeira peça. Ost explica que o título da peça designa as “portadoras de libação”. Portanto, a palavra é liberada, violenta e mortífera. O coro é composto por cativas estrangeiras que lamentam a morte de Agamêmnon e denunciam as desordens correntes no reino de Argos. Dentre as mulheres que compõem o coro, encontra-se Electra, irmã de Orestes, filha de Clitemnestra e Agamêmnon.

Orestes representa a esperança de que a morte humilhante do rei

seja vingada. Nesse sentido, o desfecho da peça está claramente desenhado: Orestes deve matar a própria mãe e o amante desta, Egisto, uma vez que foram estes os responsáveis pelo assassinato do rei. Ele passa a ser movido pela persuasão do deus Apolo e pelas Erínias paternas que clamam por justiça. E, ao cometer o matricídio, Orestes é tido como criminoso e passa a ser perseguido pelas Fúrias maternas, tornando-se alvo da lei de talião. E decide fugir.

Na peça *Eumênides*, Orestes, em Delfos, apresenta-se como suplicante no templo de Apolo. Orestes é reintegrado ao convívio humano em virtude do ritual da purificação. Mas Apolo encaminha seu protegido ao tribunal em Atenas. Aqui, o coro é encenado pelas Erínias, vingadoras de Clitemnestra, que tentam de todas as formas enlouquecer Orestes. Este faz uma prece a Atena, suplicando ajuda. A deusa intercede em favor da vítima, convencendo as Erínias a concordarem com o julgamento da causa. Iniciado o julgamento, Apolo se apresenta como defensor de seu suplicante.

Fica instituído o Tribunal do Areópago. Os jurados (juízes) depositam seus votos numa urna, e a deusa esclarece que seu voto deve ser contado a favor de Orestes e, havendo empate, o réu será absolvido. E assim acontece: há o empate, e Orestes sai vitorioso com o voto de Atena.

Após a absolvição de Orestes, o momento crucial se dá com o debate entre as Erínias, que querem verter sobre a cidade toda a sua cólera por meio de infortúnios e calamidades. Contudo, Atena convence as Erínias a encarnarem um novo papel. Convencidas, um pacto é selado entre as Erínias e Atena e, assim, um processo transmutador se opera. As Fúrias devastadoras não são aniquiladas por Atena, elas deixam de ser as deusas do ódio e se transformam em Eumênides, as deusas protetoras da Cidade.

Atena, ao fundar o Areópago, consegue conduzir a lei vindita a transformar-se em justiça, uma justiça humana decidida por votos após a análise de provas levadas ao tribunal.

### **3 Uma composição polifônica na Oréstia**

François Ost consegue captar na Oréstia, e em cada peça, a presença de cinco “vozes” que ressoam harmonicamente e de forma simultânea, num verdadeiro estilo contrapontístico. Mas Ost prefere desenvolver a análise específica dessas vozes em cada peça.

A reflexão política se faz presente em virtude da instalação do

Tribunal do Areópago, e tal fundação se dá com bases no poder do *demos*, o qual, por sua vez, somente está assegurado graças ao apoio da aristocracia. Mas toda esta estrutura é ameaçada pela guerra civil preenchida pelas sedições e acertos de contas privados.

A voz de natureza religiosa mostra a *pólis* como que inserida na totalidade do *cosmos*, e só há harmonia na cidade, quando os deuses se encontram em plena paz. Nesse sentido, a Oréstia pode ser lida como um drama que pretextua assuntos humanos para encenar um drama divino.

Outra voz destacada por Ost é relativa à questão da responsabilidade individual. Ele explica que de Agamêmnon às Eumênides, “opera-se uma passagem destinada a extrair as noções de culpa e de responsabilidade do magma confuso de erro, infração, loucura e infortúnio no qual estavam mergulhadas.” (OST, p. 111). Aos poucos, as motivações individuais e as culpas subjetivas vão sendo consideradas, ocupando o espaço antes preenchido por formas coletivas e materiais. Na ausência de pelo menos um embrião de responsabilidade pessoal, é a vingança (lei de talião) que se aplica de forma mecânica e coletiva; nesse sentido, os descendentes carregavam consigo as faltas cometidas pelos ascendentes.

Finalmente, Ost destaca a última voz representada pelas modalidades e poderes do próprio discurso, como se o acesso da cidade ao meta-nível da justiça se desse somente pela via da liberação da palavra (linguagem). Tal palavra, frisa Ost, é enganadora ou impotente no Agamêmnon. Contudo, ela recupera sua ação e a veracidade no término das Eumênides. Mas esse processo evolutivo da palavra é paralelo ao processo evolutivo do próprio direito. E a justiça, ao substituir a vindita, passará a invocar paulatinamente o predomínio da palavra racional, dialógica e argumentativa.

O que se observa de tudo isso é que, apesar de aparentemente as mutações jurídicas ressoarem certa importância, é a palavra o tema fundamental na obra de Ésquilo. Por exemplo, na primeira peça, Agamêmnon, quando não existe ação, toda a tensão da peça se concentra nos rodeios de palavras, nos não ditos, nos desvios de linguagem, no discurso confuso, dissimulado e falso. A linguagem é ambígua, silenciosa e incontrolável. Nas Coéforas, a palavra ganha força e verdade. Nas Eumênides, a persuasão triunfa. Argumentos racionais substituem as palavras mágicas e imprecisões do pré-direito. O novo modelo jurídico (justiça/direito) exige a evolução da linguagem. As palavras, antes

sobrecarregadas de emoção, agora são substituídas por palavras racionais e dialógicas.

Analisando-se, detalhadamente, a presença das referidas vozes em cada peça, verifica-se que, na peça *Agamêmnon*, todo o potencial dramático se concentra nos não ditos, nos subtendidos e nos desvios da palavra, conforme destaca Ost:

Transbordante de paixão contida, prestes a explodir, e cuja própria contenção aumenta ainda mais a violência potencial. Dez anos de espera e uma soma incalculável de crimes montaram uma máquina infernal cuja explosão iminente é pressentida por todos (p. 113).

No que se refere ao tema jurídico, este é representado pela lei de talião. Este modelo de justiça se impõe como uma necessidade interior da história, estruturando a intriga sem surpresas. Na peça, há inúmeras alusões à vindita, muitas das vezes personificadas, conforme esclarece Ost, nas formas hediondas das Erínias, as Fúrias vingadoras.

O autor prossegue sua explanação ressaltando que, nesta primeira peça, não ocorre qualquer distinção entre justiça e vingança. Mas é o próprio termo grego *dikè* e seus derivados que exprimem as ideias de justiça, de vingança e de castigo. Portanto, nesta etapa da trilogia, os juízes são verdadeiros justiceiros. O talião é, pois, apresentado como lei social geral e implacável. Trata-se de um círculo vicioso, interminável, que se prolonga pelos descendentes, uns contra os outros, procurando fazer justiça com as próprias mãos.

A voz da culpabilidade ou responsabilidade se faz ouvir em contraponto ao tema da vindita. Prosseguindo com suas explanações, Ost destaca que sem um mínimo de imputação de uma responsabilidade, não se pode falar em julgamento. Na peça *Agamêmnon*, discute-se a responsabilidade de dois crimes: o primeiro, no qual o próprio *Agamêmnon* mata a filha *Ifigênia* e o segundo, no qual *Clitemnestra* mata o marido *Agamêmnon* com a ajuda do amante, *Egisto*. E não menos relevante é a determinação das responsabilidades sobre o assassinato de *Agamêmnon*.

O tema político é outra voz destacada por Ost e que, segundo ele, é desenvolvida em menor grau no *Agamêmnon*. Nesta peça, *Ésquilo* diz o suficiente, mas sugere que “há algo de podre” no reino de *Argos*. Já a voz relativa ao tema teológico é semelhante ao tema político, ou seja, é fraca e não se faz ouvir plenamente. O tema teológico somente ganhará signifi-

cância na última peça da trilogia, ou seja, nas *Eumênides*, quando haverá uma grande explosão de rivalidades entre os deuses subterrâneos e as novas divindades olímpicas, até que selam um acordo que reintegra a paz à cidade.

Já na peça as *Coéforas*, que conta a história do assassinato de Clitemnestra e seu amante, Egisto, o campo de visão é o futuro e longe de ser temido, e o crime é desejado pelos personagens principais. A alteração do ponto de vista se exprime com clareza no coro. Este não é mais composto por anciãos, mas sim por prisioneiras, ou seja, cativas revoltadas.

Para atingir o ápice da peça, que é o matricídio praticado por Orestes, filho de Clitemnestra e Agamêmnon, Ost explica que se faz necessária uma longa preparação psicológica. Após uma série de imprecações, súplicas e juramentos, o espírito vingador do cadáver de Agamêmnon é despertado. Clitemnestra tem um pesadelo e para se ver livre da cólera do ex-marido, ela acredita que, com libações em seu túmulo, poderá ter o sossego e satisfazer o espírito de Agamêmnon. Assim, ela envia as cativas ao túmulo do rei, no sentido de que, por intermédio de libações rituais, acompanhadas de palavras propiciatórias, o espírito do ex-marido se dê por satisfeito e deixe-a em paz.

Ost explica que, nesta segunda peça, não é difícil identificar as cinco “vozes” da composição contrapontística de Ésquilo. O tema jurídico ganha relevo com a reiteração quase obsessiva da lei do talião: Orestes triunfa ao defender a causa do pai, mas compromete-se ao cometer o matricídio.

O tema relativo à responsabilidade/culpabilidade é muito semelhante ao desenvolvido na primeira peça. Contudo, aqui se percebe a questão da responsabilidade no ato criminoso de Orestes que mata a mãe e o amante desta para vingar a morte do pai.

A palavra/linguagem ganha força em *Coéforas*. Cessa o clima de impotência e de fingimentos tão frequentes em *Agamêmnon*. Não há mais palavras veladas e antífrases. As cativas possuem agora o poder de liberar a prece de Electra e dar um sentido às enganadoras libações de Clitemnestra.

A política é, conforme explica Ost, algo muito discreto nas *Coéforas*. Orestes, ao insistir no desvio da ordem feminina, anuncia um tema que se revelará decisivo na terceira parte da trilogia e que vem tratar justamente da ascensão da força masculina.

O tema teológico opera em segundo plano para explodir com vigor na última parte da trilogia. Contudo, nas Coéforas se destaca a disputa de interesses entre Apolo, que é o deus olímpico guardião da ordem masculina e paterna, e as Fúrias vingadoras, as guardiãs dos túmulos.

As *Eumênides*, a última peça da trilogia, é dedicada principalmente ao tema teológico. Nesta parte, Orestes nada mais é que um mero brinquedo entre forças e interesses rivais: os novos deuses *versus* os deuses antigos, representados pelas Erínias. As Erínias representam a opinião pública, o senso comum dos gregos. Mas haverá um ponto importante na peça em que ocorre uma mudança, uma transmutação: de Erínias para Eumênides. Tal mudança é acompanhada por outras mudanças simbólicas: de Argos para Delfos e, depois, para Atenas. Esta última cidade representa o modelo das cidades boas e somente numa cidade modelo é que se poderia operar a transição da vingança para a justiça.

O ponto crucial da peça é quando Apolo indaga às Erínias os motivos pelos quais não exigiram o julgamento de Clitemnestra quando esta matou o marido. As Erínias respondem que a vítima não era do próprio sangue de Clitemnestra. Portanto, para as Erínias o vínculo genealógico prevalecia sobre o vínculo matrimonial. Daí Apolo introduz a prevalência de seu novo regime, o regime masculino, que deveria substituir a prevalência do feminino. As Erínias se defendem justificando a necessidade da lei de talião e dizendo que, quando um mortal derrama seu próprio sangue, elas têm o dever de perseguir-lo.

Com a entrada de Atena, inicia-se o processo de Orestes, ato que, pela primeira vez, substituirá a vindita e a espada. Atena ouve as Erínias e, após, Orestes. As Erínias insistem em finalizar o processo, dizendo que Orestes não pode jurar inocência, pois está claro que ele cometeu um crime e por isso deve ser punido. Atena se preocupa em instaurar o mundo das provas objetivas e das argumentações racionais e pede a Orestes que nomeie e faça valer seus meios de defesa. Ele, em sua primeira réplica, toma o cuidado de explicar novamente que recuperou o direito da palavra pública, uma vez que se purificou no templo de Delfos. Em seguida, Orestes assume a responsabilidade de seu gesto, não sem esclarecer que foi para pagar o assassinato de seu pai e que Apolo tomou parte nele, pois foi seu cúmplice.

A instituição do Tribunal do Areópago vem justamente para decidir um conflito que mistura desejos humanos e vontades divinas. O processo é claramente teológico, conforme explica Ost. Apolo argumenta que Orestes

não é do mesmo sangue da mãe, mas apenas nutridora do germe nela semeado, de modo que quem engendra é o homem que a fecunda.

As Erínias ficam sem voz, e Atena pode concluir o processo, pedindo aos juízes para votarem em conformidade com a consciência de cada um. Ela aproveita o ensejo para dizer que o Areópago foi instituído “para sempre” e pede que os cidadãos sejam tomados pelo respeito e temor às leis, afastando-se assim dos crimes e que eles se preservem tanto da anarquia quanto do despotismo.

Os jurados são convidados a depositar seus votos na urna, e, falando por último, a fim de não influenciar o júri, Atena anuncia que votará a favor de Orestes e que, em caso da igualdade de votos, Orestes vence. Na dúvida, a vitória pertence ao mais fraco, ou seja, ao réu. As Erínias se sentem humilhadas com a derrota e anunciam catástrofes e calamidades que devem atingir a cidade. Atena então se vale do último recurso: a persuasão – o encanto da voz, a magia das palavras, a força que a palavra exerce sobre outrem. Mas será um empreendimento difícil, segundo ressalta Ost. Atena prefere não destruir as Erínias e convida-as para que convivam com ela na cidade. Atena promete honrarias e, por fim, elas acolhem a proposta da deusa.

Com o fim do talião, as Erínias perdem seu campo de atuação. Ao lado da justiça, as Erínias não desenvolveriam bem o seu papel, portanto nada mais restava do que se adaptarem ao novo modelo jurídico que acabava de ser instaurado. De vingadoras, deveriam assumir o papel de benévolas – as Eumênides.

O que a *Oréstia* nos mostra é o caráter interdisciplinar do Direito com as Ciências Humanas, com ênfase na literatura, o que nos faz entender, como afirma Roberta Drehmer de Miranda (2011, p. 30), que o direito não vive sem a narração e que esta não vive sem o imaginário que a precede:

Ost intenta, principalmente em *Contar a Lei*, retornar às verdadeiras fontes do direito, que, para “escândalo” de alguns, para surpresa de outros, e para encanto de muitos, encontra proximidade com a própria origem da poesia. Ost fala da “origem comum do direito e da poesia”<sup>4</sup>, quer dizer, a confluência existente entre o gênero lírico e o didático que influenciam, desde os clássicos gregos, a narrativa do direito e da justiça. O direito não vive sem uma narração; e a narração, não vive sem um lirismo e um imaginário que a precede.

É o que também se verifica quando se relaciona o direito e a caricatura, e o direito e a charge, como será visto no próximo item.

#### **4 Direito, conhecimento, auditório e ironia: imagens da justiça**

Na obra *A ironia e a imagem do direito: a expressão da justiça na caricatura e na charge*, Mônica Sette Lopes vem demonstrar que o direito está interligado a várias outras ciências do conhecimento, por isso ela afirma que “nada há mais interdisciplinar do que o direito” e que “o conhecimento do direito não se esgota nele, já que o caracteriza a intervenção em todas as áreas de interesse da vida humana porque alcança a polivalência dos conflitos” (LOPES, p. 210).

Para isso, a autora mostra a ironia como um recurso de retórica de formas múltiplas, que mostra clareza e equívocidade, além de espaços de ambiguidade na análise do cotidiano. De acordo com Mônica Sette Lopes, a ironia trata o direito a partir do ressaltado da incongruência e da falência das expectativas formais.

Ironias como aquela que traduz o desconforto que vem do ato de julgar, que é incindível do ofício do juiz, e como aquela que recobra da advocacia uma linha comezinha de crítica, ou seja, a possibilidade de usar argumentos em favor de quaisquer das partes, desde que se estabeleça o contrato e pagamento pelos serviços, são comuns.

Frases como a de Millôr Fernandes, citadas por Mônica Sette Lopes, como “se tua causa é justa, é melhor dar no pé”, “justiça – loteria togada” ou “a justiça, como todo mundo sabe, é a busca da verdade. Ao contrário da lei, que, como ninguém ignora, é o encobrimento da mentira”, demonstram que a incerteza ganha o centro do jogo argumentativo em sua apreciação sobre a justiça, além de mostrar a ineficiência dos tribunais, das leis e da própria justiça.

Trata-se, na verdade, de “perceber a imagem do direito pela imagem propriamente em sua aceção visual e muito especialmente por aquela que vem carregada de ironia na charge e na caricatura”, esclarece a autora (LOPES, p. 218).

De vários nomes citados por ela, o de Honoré-Victorien Daumier ganha destaque especial, tendo em vista que fez caricaturas de profissões, em especial, das profissões jurídicas. Ele se liberta do humor puro e simples e busca a expressão. E é considerado um dos

grandes nomes durante a fundação da caricatura como matéria jornalística.

Daumier foi um *caricaturista, chargista, pintor e ilustrador francês*. Ele foi conhecido em seu tempo como o “Michelangelo da caricatura” Atualmente ele também é considerado um dos mestres da *litografia* e um dos pioneiros do *naturalismo*.

Suas primeiras *litografias* datam de 1820, quando Daumier estava empregado como ilustrador em diferentes centros gráficos da cidade. Sua *caricatura Gargântua*, que ridicularizava o rei *Luís Filipe*, custou-lhe seis meses de prisão em 1831. Privado da liberdade, o ilustrador matava o tempo retratando os presos. Já em liberdade, assinou um contrato com a revista *La Caricature* e mais tarde com a célebre *Le Charivari*.

São conhecidas mais de 4000 *litografias* de Daumier. De fato, ele foi um dos litógrafos mais especializados. Nelas reproduziu uma visão crítica, às vezes irônica, às vezes direta e certa, dos acontecimentos de sua época. Seu estilo é dinâmico e jovial.

Depois de dominar a técnica da *litografia*, Daumier trabalhou como *ilustrador* para a *publicidade* e o mercado editorial, influenciado pelo estilo de *Charlet*. Ele desenvolveu a linguagem da *charge* e da *caricatura*, caracterizada pela crítica social e política.

## 5 Na saúde e na doença: a força da caricatura em Daumier

De acordo com Mônica Sette Lopes, uma forma de mostrar a força das caricaturas de Daumier está centrada na comparatividade das ideias de saúde com a de justiça, e de doença com a de injustiça, em que o ressaltado do desequilíbrio e da destemperança são focos de intervenção na natureza das coisas. Neste caso, médicos e juizes são os artificios, pois só têm lugar onde não há saúde e onde não há justiça; não há decisão que esgote absolutamente os papéis que os personagens/sujeitos desempenham, pois apenas somam circunstâncias e atraem consequências.

Nas caricaturas feitas por Daumier (*Les Amis* e *La Comédie Humaine*), Mônica Sette diz que, nas duas caricaturas, tanto o médico quanto o advogado/orador parecem falar para si, e nenhum deles atina para a reação do destinatário: na primeira, o médico reporta-se ao paciente como se fora seu amigo, mas as palavras em torno da amizade escondem um tratamento violento e doloroso que se seguirá em busca da

saúde, não se explicando os porquês; e, na segunda, o advogado treina o uso da retórica diante de uma imagem de juiz composta de um chapéu e um pedaço de pau, para a qual ele se dirige como se fosse uma alta autoridade real.

Em outra caricatura analisada por Mônica Sette Lopes, *Les Jeux Jours de La Vie*, Daumier mostra o médico examinando o paciente, concluindo que ele padece de febre amarela. Na figura, o médico se regozija de haver diagnosticado a doença pela primeira vez. Já na figura quatro, *Les Gens de Justice*, a mensagem diz que o juiz de paz acaba de dar seu veredicto e que as partes se acertaram. Mas não é isso que se percebe da imagem. De costas para um juiz com aparência resignada, duas mulheres discutem e se olham com desprezo, demonstrando uma disposição que é totalmente diversa da ideia de conciliação.

Por sua vez, a figura intitulada *Croquis Parisiens* mostra a relação entre dois advogados cujos clientes litigam um com o outro. A postura deles é de impulsão para o conflito. O ar arrogante afasta a possibilidade de solução por outro meio qualquer. Já em outra caricatura, sem título, Daumier mostra o advogado gastando todos os seus recursos físicos e verbais de argumentação, mas não conseguindo manter acordados aqueles a quem se dirige. E, na figura sete, intitulada novamente como *Les Gens de Justice*, ele ressalta o interesse escuso do advogado na abordagem de uma cliente, fomentando-se a imagem da distância entre forma e substância e do discurso para fins escusos.

Na figura oito, também sem título, um homem acompanha, com uma altivez forçada, uma mulher e seu filho, ambos cabisbaixos. Frustrada e sem rumo pelo destino dado a seu processo, a cliente tem que ouvir o excesso que denota a pura e absurda retórica da eloquência inútil. A pompa do advogado contrasta com o sofrimento da parte (“A senhora perdeu seu processo, mas experimentou o prazer de me ouvir sustentando”). (LOPES, p. 236/237).

Na caricatura *Les Avocats et les Plaideurs*, o personagem é o tempo, a temporalidade especial que percorre os fazeres da justiça. Já na figura *Actualités* percebe-se uma dança de medidas entre os personagens, um incensando o outro, com raízes perfumadas e medicinais. Segundo Mônica Sette, não se pode concluir que a dança encerre uma sinceridade no relacionamento entre eles. A deferência recíproca pode ser artificial, mas é ela que se faz visível ao público. A figura onze “anuncia o advoga-

do que não conseguiu provar a inocência do seu cliente. No entanto, ele acena para dias melhores: no próximo roubo, ele espera ter mais sorte” (LOPES, p. 239).

O que se verifica é que há na caricatura uma face aberta para a interlocução e mesmo para a troca de papéis entre verdade/mentira, justiça/injustiça, a partir da noção de sorte ou azar. Não interessa o que aconteceu efetivamente, mas puramente o sucesso no manejo dos instrumentos jurídicos. Mônica Sette Lopes afirma que não há nada irreal nas cenas retratadas, mas que é por meio delas que se reelabora o âmbito das necessidades no campo da pesquisa da atuação do direito.

## **6 O direito na era da imagem: a charge jornalística de Angeli**

De Daumier, passa-se à charge jornalística contemporânea, especialmente Angeli, que tem publicações na Folha de São Paulo e na Internet, bastando o exame delas, o acesso aos desenhos, para entender o teor da crítica e sua enorme importância, ressaltando-se o caricato numa situação relacionada com a lei ou com a justiça, num sentido mais amplo. O traço detalha aspectos da cena e alarga-os para degradar a eminência ou a seriedade de uma circunstância cara à base conceitual do direito.

Arnaldo Angeli Filho é um dos mais conhecidos *chargistas brasileiros* e que vem desenvolvendo uma galeria de personagens famosos por seu humor anárquico e urbano, a exemplo do esquerdista anacrônico *Meia Oito* e Nanico, *Rê Bordosa*, *Luke e Tantra*, *Wood & Stock*, os *Skrotinhos*, as *Skrotinhas*, *Mara Tara*, *Rhalah Rikota*, *Edi Campana*, etc. Ele mesmo também se tornou um personagem, estrelando de início as tiras “Angeli em crise”. Outra versão caricata sua é o personagem Angel Villa de *Los Três Amigos*.

As figuras de Angeli que são analisadas por Mônica Sette Lopes tratam da justiça, especialmente da balança e da espada. Em uma das figuras, a justiça caminha com um andador, o que não só mostra suas dificuldades em mover-se, mas também lhe ocupa as mãos que deveriam estar livres para o uso da espada e da balança. Em uma outra, a balança cai no chão e, ao tentar pegá-la, com as dificuldades impostas pela venda dos olhos, a justiça agacha-se e deixa à mostra suas peças íntimas, desnudando o que não pode ser mostrado, o que mostra a reflexão sobre o estado em que a justiça se encontra, conforme afirma a autora (LOPES, p. 245).

Nas figuras de O Crime Organizado, vê-se a assimilação de um

padrão tradicional de organização do crime: o uso de uniforme e a identificação com crachá e foto; em *O Fim do Crime Organizado*, o paradoxo está entre a imagem da solução do problema e o que é nela representada, não tubarões, mas simples peixinhos de aquário; em *Os Dois Poderes do Brasil*, ressalta-se o pluralismo das visões: o direito não tem penetração espontânea e por isto não se oficializa, não se efetiva; em *Segurança Pública*, a segurança pública exigiria, na versão dos afoitos, esse simples pisar e trucidar dos maus; em *Espetáculos em Cartaz*, juízes, delegados, procuradores podem se transformar em seres televisivos, visuais, em modelos da propaganda dos órgãos de imprensa? Aí está a crítica da figura 18.

Nas demais, *O Crime Organizado*, *A Banalização do Crime* e *Cela Comum Cela Especial*, ressaltam-se, respectivamente, a frugalidade do crime, a concorrência entre seus agentes e a perda da dimensão de consistência para o próprio crime, cuja banalidade é o dado característico e a diversidade na compreensão do crime, a partir de fatores valorativos inerentes na sociedade.

Todas se referem, de acordo com Mônica Sette Lopes (p. 245), às leis penais e à execução da sanção penal, mostrando a impossibilidade de se fazer justiça com as próprias mãos, criando um centralismo que exige atuação intensa do Estado na condução do julgamento e na execução das sanções, quando houver condenação.

Já a figura intitulada *O Pagador de Tributos* vale-se da coincidência que normalmente se dá entre o prazo para a declaração do Imposto de Renda e a Semana Santa, para usar o arquétipo mais significativo do período para representar a sobrecarga tributária brasileira. E a figura *Salário Mínimo* toca no aspecto contundente que é a precariedade do nível de salário no Brasil e a distância que se instala quanto à distribuição de rendas.

O silêncio também caracteriza algumas das charges de Angeli, como se observa das figuras que tratam sobre o Brasil e a Revolução Digital (a figura 24) e as figuras 26 e 27, pois expõem fatores da modernidade das regulações e/ou dos projetos da atualidade: a revolução digital que alcança o direito, a previsibilidade de sua captação dos fluxos processuais, o movimento produtivo da cidade, a preservação da história pelo tombamento. E todos esses silêncios deságuam na prece feita na figura 25: O agradecimento a Deus é sincero, mas o que se volta para o intérprete é a certeza da insuficiência. Todas essas figuras estão disponíveis para consulta na internet.

O que se percebe é que a imagem, por si só, fala, não sendo necessária a utilização de palavras para se conseguir transmitir uma mensagem, o que nos leva a entender que o direito estará sempre acompanhado de imagens, como elucida Roberta Drehmer de Miranda (2011, p. 30):

O direito e a justiça sempre são acompanhados de imagens. Símbolos. Caricaturas. Arquiteturas clássicas, por vezes gigantescas. Mesmo no século tecnológico-cibernético em que vivemos, a justiça sempre anda acompanhada da simbologia – às vezes personificada nos próprios atores do jogo jurídico, como o juiz de toga preta e o advogado acompanhado de sua pasta de couro.

É preciso que se entenda que o direito é feito não só por palavras, mas, principalmente, por símbolos, símbolos esses que muitas vezes valem mais do que as palavras, as quais não precisam ser ditas para serem passadas e compreendidas. É assim que se observa a ligação do direito com as artes, que exige, acima de tudo, a interpretação, como afirma Paulo Queiroz (<http://pauloqueiroz.net/direito-e-arte/>), que, para ser boa, é exigido talento e sensibilidade:

Não se deve, pois, confundir lei e direito, assim como não se deve confundir partitura e música: a música é o que decorre da execução do músico; o direito é o que resulta da interpretação do juiz ou tribunal. O direito, como a música, não é a lei nem a partitura: o direito é interpretação. Algumas interpretações julgamos boas e aplaudimos, outras julgamos ruins e condenamos.

Conforme esclarecem Germano Schwartz e Elaine Macedo (ver site: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)), não é difícil de apontar que Direito e Arte estão conectados e que o primeiro expoente dessa interação é o *Law and Literature Movement*:

Assim, concorda-se com Bagnall, que aponta algumas contribuições do *Law and Literature* para o estabelecimento da conexão do Direito e da Arte: (1) O movimento reconectou o Direito com a Arte; (2) Com isso, tornou credível o uso de métodos e conceitos artísticos na interpretação do Direito; (3) Consequentemente, metáforas e narrativas constituem-se em

elementos aceitáveis na explicação de idéias e paradigmas jurídicos; (4) O ceticismo e o relativismo podem destruir o Direito assim como são malignos para a Arte.

Portanto, cabe aos operadores do direito a tarefa de saber fazer a ligação entre o direito e as artes, seja na música, na literatura, na charge, na estética, na caricatura, na tragédia, etc., utilizando-as de forma harmônica e sabendo fazer a interpretação correta a que cabe cada uma.

## 7 Considerações finais

A relação entre Direito e Arte não é facilmente percebida e nem difundida muito no Brasil. Assim, o mundo acadêmico e o profissional devem começar a reconhecer o ensino da arte aplicado ao direito. A Universidade de Columbia, por exemplo, possui, desde 1975, um periódico trimestral – *The Columbia Journal of Law & the Arts*, com temas abordando a relação entre Direito e Arte.

É o que já vêm fazendo alguns estudiosos do direito, a exemplo de François Ost, que percebeu a aplicação do direito na tragédia, em especial, na *Oréstia*, onde ele enxerga a figura do juiz desde a sua gênese. A escolha da *Oréstia*, de Ésquilo, se deve pelo que o autor chama de invenção da justiça, então fundada nos deuses e realizada mediante a lei de talião que, aos poucos, vai sendo transferida para o Tribunal, símbolo da democracia ateniense, o que dá lugar à deliberação humana e ao discurso jurídico.

Ost constata uma composição polifônica de cinco vozes presentes nas três peças da *Oréstia*: *Agamêmnon*, *As Coéforas* e *As Eumênides*, o que, na verdade, nada mais são do que temas abordados na referida tragédia, como o jurídico (lei de talião), teológico, político, responsabilidade (culpabilidade) e linguagem (evolução da palavra), que, ao se articularem, constituem para o autor a “invenção da justiça”.

Na verdade, Ost mostra a existência de um diálogo interdisciplinar do direito com as demais disciplinas das ciências humanas, o que também é feito por Mônica Sette Lopes ao analisar a aplicação e a relação do direito com a caricatura de Daumier e a charge de Angeli, que demonstram a utilização dessas ferramentas para falar sobre direito, sobre justiça e injustiça, para denunciar, etc.

Cada uma das imagens de Daumier, analisadas pela autora, encerra, pela ironia, a descrição do muito que há a fazer para que o direito retenha e contenha verdadeiramente o sentido da justiça, pois as manifestações da arte e da cultura que tratam de conflitos e soluções pelo direito podem ser comparadas a um “caleidoscópio”.

No que se refere às charges feitas por Angeli, Mônica Sette Lopes afirma que não há nada de irreal nas cenas retratadas por ele e que é por meio delas que se reelabora o âmbito das necessidades no campo da pesquisa da atuação do direito.

## Referências

LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. *Imagens da justiça*. São Paulo: LTr, 2010.

MACEDO, Elaine; SCHWARTZ, Germano. *Pode o direito ser arte?* Respostas a partir do Direito & Literatura. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/germano\\_schwartz.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. François Ost e a hermenêutica jurídica: um estudo de Contar a Lei. *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 30-35, jan./jun. 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Direito e arte*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/direito-e-arte/>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Coleção Díke. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2005.

## O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: PERSPECTIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS

**Beatriz de Santi Vieira**

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade de Londrina

### Resumo

O presente trabalho tem como objetivo abordar as transformações ocorridas no âmbito do direito penal, com o escopo de adequação do atual paradigma penal aos novos desafios suscitados pela sociedade de risco, de modo a evidenciar o fenômeno da expansão da tutela penal. Sob o enfoque da política criminal, o atual contexto da sociedade de risco e suas ameaças civilizacionais ocasionadas pelo progresso tecnológico e pelo poder econômico trazem a necessidade de uma reformulação do paradigma penal clássico e de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada que precisam ser tutelados, sem o que não há como se legitimar a intervenção deste ramo do direito para a solução de conflitos ou mesmo como instrumento de defesa social ou da ordem pública.

**Palavras-chave:** Direito penal. Sociedade de risco. Expansão da tutela penal.

### Abstract

This work has as main purpose to address the transformations that occurred in the field of penal law, with the aim of adapting the current penal paradigm to the new challenges raised by society of risk, so that highlight the phenomenon of expansion of penal guardianship. Under a perspective of criminal policy, the current context of society of risk and its threats civilizational due to technological progress and economic power brings the need for a reformulation of the classic penal paradigm and regarding its principles of its legal order dogmatic fundamentals in light of the emerging of new peculiar legal assets globalized contemporary society that need to be protected without which there isn't way to justify this branch of law's intervention for conflict resolution or even as a tool for social defense or public order.

**Keywords:** Penal law. Society of risk. Expansion of penal guardianship.

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo abordar as transformações ocorridas no âmbito do direito penal, com o objetivo de adequação do atual paradigma penal aos novos desafios suscitados pela sociedade de risco.

Sob o enfoque da política criminal, o atual contexto da sociedade de risco e suas ameaças civilizacionais ocasionadas pelo progresso tecnológico e pelo poder econômico trazem a necessidade de uma reformulação do direito penal clássico e de seus fundamentos legitimadores de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada que precisam ser tutelados.

Para tanto, no primeiro tópico, traçaremos inicialmente uma visão panorâmica da sociedade mundial do risco sob o arcabouço teórico fornecido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, acerca do modo de distribuição dos riscos oriundos do processo de modernização social avançada e de percepção social do risco como fator político de crítica e ao mesmo tempo como fator de fomento econômico.

Ocasionado pelo superdesenvolvimento das forças produtivas, o risco é um produto histórico que pressupõe decisões e comportamentos humanos voltados para o futuro através da utilização de modernas tecnologias e critérios de probabilidade.

Os riscos oriundos do processo de modernização social avançada possuem uma tendência imanente à globalização, por consequência do enfraquecimento das fronteiras e limites de regulação social colocados pelo Estado-nação, além de escaparem à percepção humana imediata por serem imprevisíveis e incalculáveis.

Posteriormente, no segundo tópico, abordaremos a crise ressocializadora do Direito Penal, a crescente politização do problema criminal, bem como de suas discussões públicas, provocada pelo movimento de reforma penal em um contexto de exigências de sua modernização, que surgiram a partir da primeira metade do século XX.

Na dinâmica dessa nova sociedade global altamente industrializada, denominada sociedade de riscos, prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas, que pretende expandir o âmbito do punível, caracterizando o surgimento de uma nova postura político-criminal denominada “expansionismo”.

O fenômeno de expansão do direito penal, segundo Crespo (2004), coexiste e confronta-se com as posturas político-criminais que defendem um “direito penal mínimo”. Serão analisadas as principais posturas político-criminais de caráter restritivo no que concerne à sua intervenção para a tutela de bens jurídicos, dentre as quais podemos destacar o abolicionismo, o reducionismo e o garantismo.

Em seguida, no terceiro e último tópico, adentraremos propriamente na análise da postura político-criminal denominada “expansionismo” que surge na dinâmica dessa nova sociedade global altamente industrializada, denominada sociedade de riscos, na qual prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas, que pretende expandir o âmbito do punível.

Diante dessa realidade empírica e da crise do direito penal clássico que se mostra ineficiente no combate das novas formas de criminalidade moderna, nasce um novo direito penal concebido para proteger novos bens jurídicos de natureza supraindividual característicos da sociedade pós-industrial.

Com efeito, a supervalorização da segurança na sociedade de riscos e a crença na capacidade de intimação das penas provocam mudanças no sistema jurídico penal vigente através da introdução de novos objetos de proteção, da antecipação das fronteiras de proteção penal mediante a criação de delitos de perigo abstrato e de delitos cumulativos, da utilização de leis penais em branco, da incriminação de condutas criadoras de risco sem a necessidade de esperar a efetiva produção de resultados lesivos, da flexibilização dos critérios de imputação objetiva, da mudança do modelo de delito de lesão de bens individuais para o modelo de perigo de bens supraindividuais, do recrudescimento punitivo estatal e da relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Demais disso, verifica-se que a relativização dos princípios político-criminais de garantia poderia levar à justificação, por exemplo, do denominado “direito penal do inimigo”, na acepção concebida por Jakobs como vertente punitiva direcionada aos indivíduos excluídos das relações sociais, considerados como fontes de perigo e que o Estado deveria manter distante do restante dos cidadãos, valendo-se da afirmativa de que este afastamento garantiria a manutenção da coletividade intacta.

Ao final do trabalho, esperamos ter delineado o modo pelo qual o Direito Penal tem reagido aos fenômenos da sociedade de risco, ante a necessidade de modernização de sua abordagem jurídica na sua missão de proteger as futuras gerações contra os riscos gerados pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

Portanto, o atual debate acerca da legitimidade do direito penal está centrado na necessidade de sua modernização e, concomitantemente, na preservação dos princípios e garantias penais estruturantes do modelo de direito penal clássico.

## 2 A sociedade mundial de risco

O sociólogo alemão Ulrich Beck identifica, em sua obra intitulada “Sociedade de Risco” uma nova configuração social, denominada sociedade mundial de risco, a partir de importantes dinâmicas e transformações políticas e sociais ocorridas no início do século XXI, com o advento do pós-industrialismo.

Diante da análise do desastre nuclear de Chernobyl, ocorrido no ano de 1986, na Ucrânia e da *BSE crisis*, conhecida como “doença da vaca louca”, disseminada na Inglaterra em meados dos anos 80, o autor inicia sua investigação sobre os contornos atuais da sociedade de risco em contraposição à sociedade industrial clássica.

Sob o viés de uma teoria social prospectiva, Beck (2010, p. 12) analisa a sociedade mundial de risco como uma sociedade catastrófica, ou seja, “uma civilização que ameaça a si mesma”:

Assim como no século 19 a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social. Enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riqueza domina a lógica de produção de riscos, na sociedade de risco essa relação se inverte (BECK, 2010, p. 15).

Dentre as diferenças marcantes em relação às sociedades modernas acima delineadas, está a qualidade da solidariedade e a sua força motriz. O ideal das sociedades de classes é a igualdade social, em que as pessoas pretendem libertar-se da pobreza, da escassez, das condições

deploráveis de habitação e de todo o tipo de carência material. Todos têm fome, por isso “todos querem compartilhar do bolo” (BECK, 2010, p. 60).

Ao contrário, na sociedade de risco a força motriz é o medo e a insegurança das pessoas que já não querem compartilhar algo bom, mas sim evitar que o pior aconteça e não serem afetados pelos riscos.

Ocasionado pelo superdesenvolvimento das forças produtivas, o risco é um conceito moderno e um produto histórico que pressupõe decisões e comportamentos humanos voltados para o futuro, através da utilização de modernas tecnologias e critérios de probabilidade.

No atual estágio de desenvolvimento científico-tecnológico, para Beck (2010, p. 60), as forças produtivas humanas impulsionadas pelo capitalismo, exponencialmente crescentes, desencadeiam uma superprodução de riscos e potenciais de autoameaça da vida no planeta, sob todas as suas formas, em níveis ainda desconhecidos.

Segundo Bonavides (1998, p. 59-66), o homem do nosso século se depara com a contaminação da água e do ar, a fome, o crescimento demográfico desenfreado, os grandes centros urbanos congestionados, os altos índices de desemprego, o problema das drogas, o desespero da juventude, a miséria que aflui do campo para as cidades e o contraste das nações ricas e pobres.

Nesse contexto, prepondera a distribuição dos malefícios, que podem ser compreendidos na maneira pela qual os riscos tecnológicos acompanham a produção de bens. Em uma relação de causa e efeito, Beck (2010, p. 37) explica que a modernização é a causa, e o dano é o efeito colateral.

Assim, Beck (2010, p. 37) identifica determinadas espécies de riscos que podem se originar do desenvolvimento técnico-industrial, da pobreza e das armas de alto poder destrutivo.

Dentre os principais exemplos, estão alguns, como mudanças climáticas, catástrofes ecológicas, desmatamentos em âmbito global, contaminação nuclear, crises econômicas mundiais, terrorismo, armas de destruição em massa, intervenções na existência humana através da genética, toxinas nos alimentos, radioatividade e seus efeitos mutagênicos, enfermidades civilizacionais, proliferação de armas nucleares, entre inúmeros outros.

Ainda assim, mesmo com todas as implicações negativas, a lógica capitalista de desenvolvimento permanece intacta, vislumbrando um

futuro no qual todas as necessidades humanas podem ser saciadas. Nesse sentido, assevera o autor:

A expansão e a mercantilização dos riscos de modo algum rompem com a lógica capitalista de desenvolvimento, antes elevando-a a um novo estágio. Riscos da modernização são *big business*. Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuraram. A fome pode ser saciada, necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível. (BECK, 2010, p. 28)

Neste particular, constata-se que a sociedade de risco torna-se instável em sua própria realização, ante a constatação da contradição existente entre o anseio pelo progresso tecnológico futuro e o desencantamento ocasionado pelo “imprevisto efeito colateral da socialização da natureza” que é a “socialização das destruições e ameaças incidentes sobre a natureza” (BECK, 2010, p. 99), que se convertem em ameaças globais.

Os riscos oriundos do processo de modernização social avançada, segundo Beck (2010, p. 43), possuem uma característica peculiar: “uma tendência imanente à globalização”.

O fenômeno multifacetado designado globalização, segundo Santos (2005, p. 25-26), refere-se ao conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação dramática das interações transnacionais, através da disseminação, a uma escala mundial, dos sistemas de produção levada a cabo pelas empresas multinacionais, das transferências financeiras, dos meios de comunicação social e dos deslocamentos em massa de turistas, trabalhadores migrantes ou refugiados, em suas “dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo”.

Santos (2005, p. 26) adota a definição de globalização de Giddens, no sentido de “intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa”.

De acordo com Dreifuss (2001, p. 156), a globalização é tecnoprodutiva por referir-se a diversos fenômenos relacionados à economia e ao mundo da tecnologia, da informação, da produção, das finanças e do comércio que operam em âmbito mundial.

Entender a dinâmica mundial sob tais aspectos é de especial relevância para compreender que a distribuição dos riscos em âmbito global é impessoal e escapa à percepção humana imediata por ser imprevisível, insuscetível de previsão e incalculável.

Associados ao fenômeno da globalização, os riscos caracterizam-se, conforme afirma Beck (2010, p. 8-9), por três aspectos: a) deslocalização; b) incalculabilidade e c) não compensabilidade. Dito de outro modo, os riscos não se limitam a um local determinado; suas consequências não podem ser calculadas, e seus acidentes não podem ser compensados, de modo a afetar um número indeterminado de pessoas, independentemente do poder aquisitivo, do gênero sexual ou da classe social, inclusive, aqueles que os produziram ou que deles se beneficiaram – originando, pois, a denominação mencionada por Beck (2010, p. 27) como “efeito bumerangue”.

Sobre o efeito bumerangue, ensina o autor:

O efeito bumerangue não precisa se refletir, portanto, unicamente em ameaça direta à vida, podendo ocorrer também através de mediações: dinheiro, propriedade, legitimação. Ele não apenas atinge em repercussão direta o causador isolado. Ele também faz com que todos, globalmente e por igual, arquem com os ônus: o desmatamento causa não apenas o desaparecimento de espécies inteiras de pássaros, mas também reduz o valor econômico da propriedade da floresta e da terra. (...) A ideia básica por trás disso é das mais simples: tudo o que ameaça a vida neste planeta, estará ameaçando também os interesses de propriedade e de comercialização daqueles que vivem da mercantilização da vida e dos víveres. Surge, dessa maneira, uma genuína contradição, que sistematicamente se aprofunda, entre os interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização e suas diversas consequências ameaçadoras, que comprometem e desapropriam inclusive os lucros e a propriedade (para não falar da própria vida). (BECK, 2010, p.45-46)

Se, por um lado, os riscos possuem uma tendência globalizante e equalizadora, não podemos deixar de avaliar que os países emergentes e subdesenvolvidos possuem uma maior suscetibilidade ao risco, cujos efeitos são potencializados na vida da classe trabalhadora e dos excluídos, a exemplo do Brasil, Sri Lanka e Trinidad.

No caso do Brasil, Beck (2010, p. 51) cita o exemplo da Vila Parisi,

uma favela habitada por quinze mil pessoas, localizada no município mais sujo do mundo, cujos moradores sofrem intensamente com as emissões de poluentes de grandes fábricas de siderurgia e produtos químicos. No local, uma grande catástrofe ocorreu no ano de 1954, quando mais de quinhentas pessoas foram incineradas pelo calor, em menos de dois minutos, em razão do derramamento de setecentos mil litros de petróleo no mangue que abrigava as palafitas de uma de suas vilas.

Na visão de Beck (2010, p. 53),

As extremas desigualdades internacionais e as interdependências do mercado global lançam os bairros pobres dos países periféricos às portas dos ricos centros industriais. Eles convertem-se em incubadoras de uma contaminação de alcance mundial, que – semelhante às doenças contagiosas dos pobres na densidade das cidades medievais – tampouco preservam os distritos ricos da aldeia global.

Portanto, isso não significa que os países ricos não serão afetados, mas, pelo contrário, aqueles que haviam se livrado dos riscos através da transferência acabam reimportando-os junto com os mais diversos alimentos.

### 3 Principais posturas político-criminais

Inicialmente, a política criminal pode ser compreendida como o “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com estas relacionadas” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 93).

Segundo Diniz Neto (2010, p. 203), adotando a definição de Feuerbach, a política criminal engloba o “conjunto de respostas ao fenômeno criminal, não só no âmbito do Direito Penal, passando, necessariamente, também por políticas públicas de inclusão social e mudança de paradigmas culturais”.

Cabe à política criminal, conforme Dias e Andrade (1997, p. 107), definir os limites da punibilidade, competindo ao Direito Penal a identificação do comportamento típico, ilícito e culpável dentro daqueles limites. Do mesmo modo em que o Direito Penal deve respeitar os limites da punibilidade, a política criminal deve respeitar os seus “princí-

pios estruturais, eles próprios igualmente aquisições civilizacionais irrenunciáveis e, por isso, também valores políticos”.

Entender a política criminal e sua abordagem do problema criminal, ao lado das disciplinas da criminologia e do direito penal, que compõem as ciências criminais em sentido amplo, cada qual com suas aparelhagens metodológicas e suas metas específicas, implica “saber não apenas como deve reagir-se, mas também e, principalmente, a que deve reagir-se” para alcançar os seus fins e dar forma aos seus valores através do direito penal. Trata-se, portanto, de uma política criminal “trans-sistemática” que, a partir do que deve ser, se preocupa em transformar o que é (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 106).

Nesse sentido, Bonavides (1998, p. 59-66) afirma que são as Constituições que fazem o povo livre, sem as quais não existe Estado de Direito. E, igualmente, “não será democrático nenhum Estado social que haja eliminado os valores fundamentais da pessoa humana”. Para isso, na concepção de Bonavides (1998, p. 198), o Estado social democrático deve “preservar e tutelar a liberdade, exprimir os valores clássicos da ordem jurídica, em especial, a justiça e a solidariedade”.

Para o Silva (2008, p. 121), o Estado Democrático de Direito é a conjugação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, de modo que “é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática”.

Para Canotinho (2003, p. 408), os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva. No plano jurídico-objetivo, explica o autor, são “normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”. E, no plano jurídico-subjetivo, exercem o poder de direitos fundamentais positivos, que podem ser exigidos dos poderes públicos omissos, “de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Dentre as principais posturas político-criminais, podemos destacar o abolicionismo, o reducionismo e o garantismo.

Trata-se o abolicionismo de uma corrente político-criminal que pretende construir alternativas ao sistema punitivo diante da constatação da crise que se instaurou no direito penal atualmente, por entendê-lo como um sistema que está concebido para fazer o mal através de respostas violentas e públicas que, por sua vez, também incitam a violência, levando ao descrédito no próprio sistema.

Para Crespo (2004), seu “método é a luta pela absolvição de todo o sistema penal, e o objeto é o que precisamente busca eliminar”.

Em seu sentido restrito, de acordo com Crespo (2004), o abolicionismo pretende abolir determinado aspecto concreto do direito penal, a exemplo da instituição carcerária ou de determinadas espécies de penas.

Em seu sentido amplo e radical, também denominado de “utopia abolicionista”, tal corrente pretende abolir o sistema penal no seu conjunto por considerá-lo um problema social em si mesmo e construir alternativas ao sistema punitivo através de outras formas de intervenção estatal, desde que reconhecidas juridicamente na solução de conflitos, mediante sanções de natureza extrapenal que promovam a indenização ou a reparação de lesões ou ameaças de dano aos sujeitos envolvidos na “situação problemática” (CRESPO, 2004).

O abolicionismo concebe o delito como uma “situação problemática”, na qual, a partir da compreensão da realidade experimentada, somente aqueles que estão diretamente implicados podem solucionar.

Em suma, o abolicionismo compreende de forma diferente o sistema penal a partir de três ideias, afirma Diniz Neto (2010, p. 205): “a) o dano e sua compensação; b) a sobrevalorização dos conflitos como antagonismos interpessoais; e c) a priorização de acordos no processo penal, de modo a reivindicar a devolução dos conflitos aos seus diretamente implicados” e a recuperação da vítima como parte deles.

Diferentemente da postura político-crimal anterior, Crespo (2004) ensina que o reducionismo aceita a existência do sistema penal, mas busca alternativas realistas à sua atual configuração, fundadas na dignidade da pessoa humana, como a descriminalização de determinadas condutas, a despenalização ou a limitação da severidade das penas de prisão, bem como defende o uso de técnicas alternativas de reparação de danos ao ofendido e à compensação entre autor e vítima para a solução de conflitos, como é o caso da mediação penal, aludida por Diniz Neto (2010, p. 207), como o principal instrumento da justiça restaurativa.

Tal concepção pretende limitar a intervenção penal, reduzindo o uso da pena privativa de liberdade, em especial aquelas de curto prazo e, ao mesmo tempo, sob influência do pensamento abolicionista, devolver os conflitos aos seus diretamente implicados (autor e vítima), atribuindo ao ofendido o papel de protagonista do fenômeno delituoso.

De acordo com uma perspectiva horizontal do delito, o reducionismo devolve ao ofendido um papel ativo na resolução do conflito, susten-

tando que “a vítima na atualidade não só suporta os efeitos do delito, mas também suporta a insensibilidade do sistema legal e a indiferença dos poderes públicos, que provoca o que se denomina ‘vitimização secundária’” (CRESPO, 2004). Contrapõe-se, dessa forma, à concepção tradicional do delito do atual sistema penal, fundada em um conflito vertical e bilateral entre o Estado e o responsável penal, de caráter público e indisponível.

Adverte Crespo (2004), entretanto, que a redução da intervenção penal deve vir acompanhada de transformações das estruturas socioeconômicas, com o objetivo de, em longo prazo, eliminar a marginalidade e diminuir as desigualdades sociais.

Os motivos que incentivam o movimento de reforma penal são os mais diversos: as penas privativas de liberdade de curta duração não são capazes de corrigir ou intimidar, mas, ao contrário, “lançam frequentemente o delinquente primário no caminho definitivo do crime”, acentuando a criminalização primária e a secundária; operam como um fator criminógeno, devido a fenômenos como a psicose carcerária, a privação de pequenos prazeres e a subcultura das prisões; nem sempre são necessárias do ponto de vista de prevenção geral; bem como são prejudiciais, por serem traumáticas e estigmatizantes do ponto de vista da prevenção especial e da finalidade ressocializadora (CRESPO, 2004).

Contudo, seus críticos apontam que a priorização de acordos no processo penal é uma realidade difícil de ser imaginada diante do processo histórico de separação entre o direito penal e o direito civil, na medida em que estes possuem visões diferentes acerca do fenômeno delituoso: naquele a gravidade do fato atua como “limite a uma orientação preventiva do direito penal, distinto do conceito de ‘prejuízo’, no qual cabem todos os efeitos produzidos sobre a vítima, próprio do âmbito da responsabilidade civil” (CRESPO, 2004).

Por sua vez, o garantismo tem como seu principal autor Luigi Ferrajoli, idealizador de um “direito penal mínimo” em sua famosa obra “Direito e Razão”, na qual constrói uma teoria completa acerca da realização do programa iluminista (CRESPO, 2004).

Paradigma de referência para todas as propostas reducionistas, o garantismo aborda a questão da legitimação interna e externa do direito penal, partindo de uma visão global de seus fundamentos a respeito do “se” e do “porque” punir. A legitimação interna do direito penal faz

referência a seus princípios normativos internos ao ordenamento jurídico enquanto que sua legitimação externa refere-se a princípios normativos externos ao direito positivo, critérios de valoração morais, políticos ou de utilidade extrajurídica (FERRAJOLI, 2001, p. 213).

Crespo (2004) ensina que o pensamento de Ferrajoli é permeado pelo pensamento utilitarista, proveniente do iluminismo do século XVIII, que o inspira a sugerir a necessidade de vigência de todas as garantias de um “direito penal mínimo”, capaz de tutelar os direitos fundamentais e reagir apenas ao “mínimo necessário” para evitar a violência social informal, a par das exigências do Estado de Direito.

Para a realização do modelo garantista, Ferrajoli descreve dez axiomas, condições, limites ou proibições que são identificados como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro do poder punitivo do Estado. São eles:

1. *Nulla poena sine crimine.* 2. *Nullum crimen sine lege.* 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.* 4. *Nulla necessitas sine iniuria.* 5. *Nulla iniuria sine actione.* 6. *Nulla actio sine culpa.* 7. *Nulla culpa sine iudicio.* 8. *Nullum iudicium sine accusatione.* 9. *Nulla accusatio sine probatione.* 10. *Nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2001, p. 93).

De acordo com Greco (2011, p. 10), os brocardos podem ser traduzidos da seguinte forma: a aplicação da pena somente será possível se houver a prática de um crime previsto expressa e anteriormente na lei penal; a lei penal, em respeito ao direito penal mínimo, somente poderá proteger os bens jurídicos fundamentais para o convívio social; as condutas tipificadas deverão atingir bens jurídicos de terceiros; as condutas puníveis deverão ser exteriorizadas através de uma ação culpável; e esta, por fim, deverá ser comprovada por um órgão acusatório diante de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa, assegurando-se ao acusado a oportunidade de se defender amplamente.

Ferrajoli (2001, p. 11) adverte que somente um direito penal voltado às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica, e somente um direito processual que garanta aos acusados os seus direitos pode minimizar a discricionariedade judicial e as ilegalidades do poder, garantindo a independência da magistratura, o efetivo pluralismo das instituições, a

separação dos poderes e o retorno da legalidade, na qual se deve pautar a esfera pública segundo os postulados do Estado Democrático de Direito.

Enfim, superada a análise das principais posturas político-criminais e suas implicações, importa examinar, no tópico seguinte, as transformações ocorridas no âmbito do direito penal, com o objetivo de adequação do atual paradigma penal aos novos desafios suscitados pela sociedade de risco.

#### **4 O direito penal na sociedade de risco**

Sob o enfoque da política criminal, o atual contexto da sociedade de risco e suas ameaças civilizacionais ocasionadas pelo progresso tecnológico e pelo poder econômico trazem a necessidade de uma reformulação do direito penal clássico e de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada que precisam ser tutelados, “sem o que não há como se legitimar a intervenção deste ramo do direito para a solução de conflitos ou mesmo como instrumento de defesa social ou da ordem pública” (DINIZ NETO, 2010, p. 203).

Na dinâmica dessa nova sociedade global altamente industrializada, denominada sociedade de riscos, prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas, que pretende expandir o âmbito do punível, caracterizando o surgimento da postura político-criminal denominada “expansionismo”.

Crespo (2004) afirma que o moderno fenômeno de expansão do direito penal coexiste e se confronta com as posturas político-criminais que defendem um “direito penal mínimo”, dentre as quais o reducionismo e o garantismo.

Diante dessa realidade empírica e da insustentável situação do direito penal clássico, segundo Diniz Neto (2010, p. 210), nasce um “novo direito penal” concebido para proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial.

Para Crespo (2004), diante dos postulados axiológicos do modelo de direito penal mínimo sobrepõem-se, portanto, “as exigências de intervenção penal procedentes de uma sociedade caracterizada modernamente como uma sociedade de riscos”.

O autor destaca, dentre as peculiaridades da sociedade de riscos, o

“incremento das interconexões causais” e a “substituição dos contextos de ações individuais por contextos de ações coletivas”, nos quais o relacionamento interpessoal é alterado por uma forma de comportamento padronizada e anônima daqueles que são responsáveis pelas situações de perigo a bens jurídicos coletivos, perigos estes que podem alcançar dimensões catastróficas.

Como resultado dessas transformações nas estruturas socioeconômicas da sociedade pós-industrial, a expansão do direito penal trouxe como consequência uma “inflação punitiva” decorrente da proliferação legislativa crescente a cada dia e sem limites, intolerável do ponto de vista de seus críticos, uma vez que o direito penal não pode ser visto como alternativa exclusiva para a solução dos problemas.

Crespo (2004) indaga, nesse ponto, se o direito penal chegou a uma situação insustentável ou se seria possível uma mudança na interpretação de seus conceitos e princípios jurídico-penais para o enfrentamento da criminalidade emergida com a sociedade de riscos.

De acordo com a teoria sociológica do direito de Luhmann (1983, p. 15-16), é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura de um sistema social, e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. “A elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico” para a estabilização das formas processuais de solução de problemas.

Neste cenário, o sentimento social de aversão ao risco e a aspiração à segurança fazem surgir este novo direito penal pautado em mudanças do paradigma clássico que, segundo Diniz Neto (2010, p. 210), “mais se aproximam das bases epistemológicas ditas funcionalistas ou normativistas, plasmadas entre as suas principais vertentes: sistêmica (JAKOBS, 2000; 2003) e teleológica (ROXIN, 2002)”.

Esta tendência à conversão funcionalista da resposta penal estatal voltada à defesa da sociedade contra os riscos criados pelo próprio sistema social moderno advém da necessidade de acomodar os tradicionais princípios de imputação às características dos novos delitos, e excepcionalmente, criar novas estruturas de imputação.

A propósito, para Crespo (2004), este novo direito penal, ao transformar-se em um “direito de gestão punitiva de riscos gerais e não se limitar, como vinha fazendo, a reagir perante um fato lesivo individual-

mente delimitado, corre o risco de administrativizar-se e perder a sua configuração garantista”.

A modernização ou a expansão do direito penal, para Crespo (2004), apresenta três traços marcantes, que serão analisados a seguir: a) a administrativização do direito penal; b) a regionalização/globalização do direito penal; c) a progressiva desconstrução do paradigma liberal do direito penal.

O fenômeno da “administrativização” do direito penal, segundo o autor, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela introdução de novos objetos de proteção, socialmente significativos no mundo moderno, como “a energia nuclear, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia”, dentre outros.

Em segundo lugar, pela antecipação das fronteiras de proteção penal mediante a criação de delitos de perigo abstrato, a utilização de leis penais em branco, a incriminação de condutas criadoras de risco, sem a necessidade de esperar-se a efetiva produção de resultados lesivos e a modernização dos pressupostos materiais e subjetivos da responsabilidade penal e seus critérios de imputação objetiva baseados em juízos de valor normativos (JAKOBS, 2000, p. 22).

Em terceiro lugar, pela mudança, permanente, do modelo de delito de lesão de bens individuais do direito penal clássico, para o modelo de perigo de bens supraindividuais.

O fenômeno da regionalização ou a globalização do direito penal na sociedade pós-industrial provoca uma mudança em sua abordagem jurídica, considerando a existência de uma integração supranacional no combate à delinquência econômica e a delinquência em geral, como fenômeno jurídico-político que reivindica uma luta mais eficaz para o alcance da “criminalidade dos poderosos”.

Crespo (2004), ao mencionar os estudos de Silva Sanches, relaciona a desconstrução do paradigma liberal do direito penal com as seguintes variáveis: “criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia”, dentre os quais assume como via de solução a existência futura de um “direito penal de dupla velocidade”.

De forma correlata, uma nova figura jurídica surge nesse contexto expansionista de modo a tornar-se um critério na definição dos novos bens jurídicos que precisam ser tutelados. Trata-se do conceito de “risco

permitido”, afirma Crespo, que determina qual o nível do risco tolerado, segundo critérios de razoabilidade, para determinadas ações que podem expor a perigo e lesionar os bens jurídicos.

Sua análise depende também de outro fator, ou seja, que o agente tenha adotado as medidas de precaução e de controle necessárias a evitar a concretização de resultados potencialmente lesivos.

Crespo (2004) afirma que a definição de risco permitido como um juízo de ponderação de todos os interesses jurídico-penalmente relevantes é ampla e pode atuar em todos os momentos do processo de valoração jurídico-penal da conduta: “pode operar como causa de exclusão geral do desvalor objetivo da conduta e como tópico da argumentação jurídico-penal na esfera da antijuridicidade, que serviria para modificar a forma de fundamentar a valoração que as condutas merecem”.

A tarefa de ponderar todos os interesses jurídicos penalmente relevantes, segundo o autor, deve vir precedida de uma autocompreensão da sociedade e da ordem relativa de preferências ou valores.

A autocompreensão das mudanças sociais ao longo das décadas e de seus interesses torna-se relevante para avaliar o nível de risco permitido que, no caso da sociedade de riscos, diminuiu significativamente, como consequência de uma “supervalorização essencial da segurança”.

Percebe-se, com isso, que, se o risco extrapolar o limite permitido e atingir tais bens jurídicos relevantes, necessário se faz a intervenção do direito penal para sua tutela, ainda que não tenha ocorrido qualquer dano concreto.

Crespo (2004) salienta que, ao lado da percepção dos fenômenos da sociedade de risco e do Estado preventivo, surge a proliferação dos delitos de perigo, através da antecipação da punibilidade, a fim de evitar a ocorrência do resultado danoso, justificada a partir dos anseios da sociedade na busca por segurança e na necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais.

Ademais, ao lado da proliferação dos delitos de perigo, constata-se a modernização dos pressupostos materiais e subjetivos de imputação objetiva com a utilização de juízos de valor normativos para possibilitar a compreensão do delito e a imputação da responsabilidade.

Em linhas gerais, Diniz Neto (2010, p. 212) analisa as quatro principais vertentes de atuação da política criminal expansionista: a) a ampliação dos âmbitos sociais vulneráveis, objeto de intervenção, dentre os quais a

produção e distribuição de produtos, o meio ambiente, os âmbitos tecnológicos como o nuclear, o informático e o genético, a ordem socioeconômica, as estruturas organizadas de crime; b) a transformação do objetivo da nova política criminal, voltada a alcançar a criminalidade dos poderosos e suas condutas delituosas sofisticadas que raramente são punidas pela justiça penal; c) a primazia dada a intervenção penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, a exemplo de outras medidas de política econômica ou social ou de outros setores jurídicos, como o direito civil ou o direito administrativo, na crença de que o direito criminal é mais eficaz e capaz de prevenir essas condutas, numa clara restrição ao princípio da subsidiariedade penal; d) a necessidade de adaptação dos conteúdos de direito penal e processual penal aos novos desafios, isto é, a atualização dos instrumentos punitivos e a flexibilização do sistema de imputação da responsabilidade e de garantias individuais vigentes, de modo a melhorar a efetividade na persecução penal desta nova criminalidade.

Desse modo, recorre-se, como objeto de análise dos tópicos a seguir, à criação de novos bens jurídico-penais de natureza supraindividual, a ampliação dos espaços de risco jurídicos penalmente relevantes, a partir dos conceitos de crime de perigo abstrato ou de delito cumulativo, conjugados com a flexibilização das regras de imputação objetiva e a relativização dos princípios político-criminais de garantias, de modo a evidenciar aspectos do movimento político-criminal de expansão do direito penal no contexto da sociedade mundial de risco.

As perspectivas de uma moderna política criminal, abordadas anteriormente, englobam as peculiaridades da sociedade de risco, dentre as quais se destaca o incremento das interconexões causais e a substituição dos contextos de ações individuais por contextos de ações coletivas.

Este novo direito penal, afirma Silva (2010, p. 99), emerge em um cenário no qual os riscos gerais não se limitam a um fato lesivo individualmente delimitado, mas sim têm o potencial de atingir um número indeterminado de pessoas, tornando necessária a tutela de bens jurídicos supraindividuais relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, como a energia nuclear, a tecnologia da informação, a ordem socioeconômica, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia, dentre outros.

O critério de definição desses novos bens jurídicos passa a ser o conceito de “risco permitido”, que determina qual o nível de risco tolerável para as ações que podem expô-los a perigo ou lesioná-los.

Com efeito, a introdução desses novos objetos de proteção, socialmente significativos no mundo moderno, no âmbito de proteção do direito penal, ensejou uma mudança permanente do modelo de delito de lesão de bens individuais do direito penal clássico, para o modelo de perigo de bens supraindividuais.

A terminologia “supraindividual”, empregada em relação ao bem jurídico-penal, pode ser entendida em seu sentido amplo, por abranger aqueles também de natureza coletiva, universal, difusa, metaindividual, macrossocial ou transindividual, “cujo portador é a sociedade (por exemplo, a fé pública, a saúde pública, a segurança do tráfego) ou o Estado, como órgão do poder soberano (a segurança exterior e interior do Estado...)” (GRECO, 2011, p. 334).

Prado (2003, p. 107) ensina que os bens jurídicos supraindividuais estão para além do indivíduo, são da sociedade como um todo, pois afetam um número indeterminado de pessoas ou toda a coletividade. Possuem um raio de proteção que transcende a esfera do indivíduo, sem deixar de envolver a pessoa como membro de uma comunidade e podem ser classificados em: a) bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais); b) bens jurídicos coletivos; c) bens jurídicos difusos.

O autor assinala (2003, p. 45) que existe controvérsia a respeito do significado de bem jurídico. Dentre todas as concepções, destacam-se a de Welzel, no sentido de “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente” e a de Aníbal Bruno, para o qual “os bens jurídicos são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura”.

Entre as funções atribuídas ao bem jurídico, destaca o autor: a) a função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado, como conceito limite na materialização da norma penal pelo legislador; b) a função teleológica, que atua como um critério interpretativo que delimita o sentido e o alcance dos tipos penais; c) a função individualizadora, como critério de mensuração da pena em relação à gravidade da lesão ao bem jurídico; d) a função sistemática, que atua como elemento classificatório na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal.

Percebe-se, de acordo com Silva (2010, p. 98-101), que a noção individualista de bem jurídico, direcionado à repressão pontual de lesões concretas, vem passando por uma profunda crise oriunda da absorção, sob uma perspectiva funcionalista-sistêmica, de bens jurídicos supraindividuais.

Nos ensinamentos de Greco (2011, p. 2), a doutrina majoritária afirma que a finalidade do direito penal é a proteção dos bens jurídicos “mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”, sendo eles determinados ou determináveis. Nesse aspecto, de acordo com o princípio da intervenção mínima, Greco (2011, p. 48) assevera que a tutela penal é a última dentre todas as medidas protetoras e só deve intervir quando os outros meios de solução social não forem satisfatórios, ressaltando sua missão de proteção “subsidiária” de bens jurídicos.

De outro lado, sob o enfoque da teoria funcionalista-sistêmica, segundo Greco (2011, p. 3), “o direito penal [para Jakobs] não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria que ser por ele protegido já foi efetivamente atacado”.

A finalidade dessa proteção, conforme Greco (2011, p. 3), não são os bens jurídicos, mas sim a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que cometeu um delito deverá ser punido para que se evidencie que a norma penal por ele violada está em vigor. Com isso, a utilização do aparato penal se volta para o controle de condutas danosas a interesses funcionais relevantes, independente de qualquer resultado concreto.

A respeito disso, Crespo (2004) afirma que atualmente o conceito de bem jurídico sofre uma crise que questiona a sua função de delimitar a intervenção penal, por entender legítima a incriminação de condutas “consideravelmente distantes da agressão ao bem jurídico, sem levar em consideração o critério do dano social da conduta, em nome de um exasperado pragmatismo da eficiência”.

Ademais, Prado (2003, p. 110) salienta a necessidade de buscar precisões maiores na definição de quais são os bens dignos de tutela penal no terreno social e na delimitação de seu conteúdo substancial, sem transgredir nenhum dos princípios fundamentais do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima. No Estado de Direito democrático, aduz o autor, é preciso valorar os bens jurídicos supraindividuais em razão do reflexo que possuem na seara individual, uma vez que não há preponderância de um sobre o outro.

Afirma o autor:

Isso para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social de hipertrofiar o Direito Penal através de uma administrativização de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva (PRADO, 2003, p. 110)

Em linhas gerais, Silva (2010, p. 101) conclui que a adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade de risco, em relação à ampliação da proteção penal a bens jurídicos supraindividuais, é caracterizada pela reformulação do modelo penal clássico pautado pela intervenção mínima e pelo predomínio de iniciativas político-criminais voltadas à prevenção de condutas supostamente perigosas ou lesivas, mesmo que independente de qualquer resultado concreto, a exemplo dos crimes de perigo abstrato, demonstrando um exagero no recurso a mecanismos de criminalização formal de condutas.

Ao lado da percepção pública dos fenômenos da sociedade de risco e do Estado preventivo, surge a tendência à criminalização de condutas criadoras de risco previamente à lesão de um bem jurídico pela crescente utilização dos crimes de perigo abstrato voltados à antecipação da tutela penal.

Greco (2011, p. 193) ensina que os delitos de perigo constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o dano seja evitado. Pune-se um comportamento tido como perigoso, procurando-se evitar a ocorrência de seu resultado danoso, que será castigado mesmo que nenhum dano tenha se concretizado.

Segundo Silva (2010, p. 103), os crimes de perigos podem ser classificados em delitos de perigo concreto (desvalor do resultado) ou de perigo abstrato (desvalor da ação). No primeiro caso, a consumação do crime se dá com a efetiva ocorrência da situação de perigo para o bem jurídico. Ao contrário, no segundo caso, o perigo é inerente à ação, por uma opção do legislador fundamentada na ideia de probabilidade. Pune-se a realização de determinada conduta presumidamente perigosa, ainda que inexistente a configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico.

Embora os delitos de perigo sejam semelhantes, do ponto de vista técnico, com os delitos imprudentes, Crespo (2004) afirma que estes se revelam insatisfatórios na incriminação de condutas que ameaçam bens jurídicos coletivos, uma vez que o agente que age culposamente não acredita na produção do resultado danoso.

Com efeito, a opção pela utilização dos crimes de perigo abstrato voltados à antecipação da tutela penal revela-se mais adequada e eficiente para a proteção de bens jurídicos supraindividuais, segundo Silva (2010, p. 103), por ser pertinente com a complexidade e a indeterminação da relação de causalidade entre a conduta e o risco, de modo a facilitar a reação jurídico-penal às incertezas da sociedade mundial de risco.

Importante ressaltar, de acordo com Silva (2010, p. 103), que estes delitos são considerados exceções no modelo de direito penal clássico, fundado no princípio da lesividade que se traduz na impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado.

A proliferação dos crimes de perigo abstrato na sociedade de risco, segundo Crespo (2004), é justificada a partir dos anseios da sociedade na busca por segurança e na necessidade de tutela preventiva de bens jurídicos supraindividuais diante da gravidade das fontes de ameaça tecnológicas que podem ter consequências imprevisíveis, incalculáveis e de potencial destrutivo avassalador.

Nesse domínio, Jakobs defende a incriminação de um estado prévio à lesão de um bem jurídico na prevenção da ocorrência de resultados danosos. Para o autor, as antecipações da punibilidade ampliam os limites do permitido para a prevenção e encontram fundamento no próprio princípio da proteção de bens jurídicos:

Esse princípio induz a crer na legitimação de tudo aquilo que pode ser posto em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico. O que com razão pode ser qualificado como um ataque perigoso a um bem jurídico tem que ser, segundo parece, socialmente nocivo (...) O autor vem definido tão-somente pelo fato de que pode constituir um perigo para o bem jurídico, com o acréscimo de que cabe antecipar, potencialmente sem limite algum, o começo de tal perigo. O autor não tem nenhuma esfera privada, nenhum âmbito para uma conduta ainda não socialmente relevante, sendo somente uma fonte de perigo ou, em outras palavras, inimigo do bem jurídico (JAKOBS, 2003, p. 110)

Por sua vez, como consequência do desenvolvimento desse critério que identifica como ponto de partida a proteção de bens jurídicos, o autor defende que os pensamentos perigosos de autores potenciais e as fontes de onde surgem esses pensamentos perigosos também deveriam ser combatidos penalmente.

Jakobs (2003, p. 110) explica que a definição do autor como inimigo do bem jurídico, no tocante ao combate dos sinais prematuros de perigo, deve contrapor-se a uma definição do autor como cidadão, ou seja, aquele que dispõe de uma esfera civil interna e que não pode ser castigado por aquilo que pensa.

Na visão de Jakobs (2003, p. 114), o Estado deve tratar como

inimigo aos que não concede o *status* de cidadão, de modo a tornar útil a proteção de bens jurídicos, ao ceder uma parte de sua esfera interna. Afirma o autor que essa diminuição do sujeito se diferencia nitidamente do direito penal dos cidadãos, porque “o direito penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal de cidadãos otimiza as esferas de liberdade”.

Para que o direito penal de inimigos possa ser legitimado como um “direito penal de emergência”, segundo Jakobs (2003, p. 143), é necessário proceder à sua estrita separação do direito penal de cidadãos e dos preceitos penais a ele relacionados, de modo que “não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma no direito penal de cidadãos”.

Portanto, infere-se que a tentativa de regulação de setores sensíveis aos novos riscos tecnológicos, como a energia nuclear, a tecnologia da informação, a ordem socioeconômica, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia, dentre outros, é enfatizada sobre uma segurança antecipatória que se aproxima do direito penal do inimigo, na acepção concebida por Jakobs, de modo a permitir um amplo adiantamento da punibilidade, mesmo que para isso seja necessária a supressão de garantias processuais individuais.

Complementando a questão da ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevantes e da antecipação de punibilidade, evidenciam-se também os delitos cumulativos ou de acumulação, que consistem na possibilidade de sancionar penalmente uma conduta individual, ainda que ela, por si só, não se revele lesiva ao bem jurídico, se essa mesma conduta possa ser realizada por outros sujeitos, de modo a lesionar o correspondente bem jurídico tutelado.

Em outras palavras, Silva explica que

De acordo com esta espécie de incriminação, se, de um lado, cada ação praticada de forma isolada seria insignificante ou de pouca monta para colocar em perigo ou lesionar o bem jurídico, de outro, na hipótese de realização massiva e generalizada dessa mesma conduta, ter-se-ia um montante global apto a resultar perigoso ao bem jurídico supraindividual (SILVA, 2010, p. 103).

Assim, em alguns casos, somente se constatará a lesão ao bem jurídico supraindividual, a exemplo do meio ambiente, levando em consideração não somente a conduta isolada de um agente, mas o

acúmulo dos resultados de várias condutas realizadas na mesma direção.

A tese a respeito dos delitos de dano cumulativos, segundo a autora, foi desenvolvida por Lothar Kuhlen (1993), a partir da verificação de que muitos dos resultados lesivos aos bens jurídicos supraindividuais eram resultados da acumulação de efeitos decorrentes de ações repetitivas praticadas em massa. Por isso que se pune uma conduta isolada, mesmo sem resultado aparente.

Destaca Silva (2010, p. 104) que esta espécie de criminalização antecipa a tutela penal, uma vez que, se consideradas as condutas isoladamente, não seria o caso de utilizar-se o Direito penal, mas sim o Direito administrativo ou Direito sancionador, responsável por sancionar os atos ilícitos administrativos que representam um perigo para o modelo setorial de gestão.

A esse respeito, Silva Sánchez (2002, p. 116) discorre sobre este fenômeno de “administrativização” do Direito penal, apresentando a distinção entre o Direito Penal e o Direito administrativo-sancionador:

O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto impróprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que se tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade não de legalidade).

O autor, complementando a concepção de Beck, a respeito da passagem da sociedade industrial para a sociedade de risco, identifica que a configuração do risco se dá a partir de pequenas condutas, mas com grandes efeitos cumulativos, de modo silencioso e que dificulta a delimitação de suas causas, a exemplo das grandes catástrofes ecológicas.

Em verdade, se a lesividade ao bem jurídico somente ocorrerá ao considerar-se a soma de várias ações, o agente será punido por uma conduta que, por si só, não causou lesividade, revelando uma clara

afronta aos princípios jurídico-penais da culpabilidade, da lesividade e da proporcionalidade.

## 5 Conclusão

1) Com base na teoria social de Ulrich Beck, foi desenvolvido o paradigma do risco e a figura da sociedade de risco. A sociedade foi examinada sob a perspectiva do risco, pela qual a produção social de riquezas vem acompanhada pela produção social de riscos. O risco é um conceito moderno e um produto histórico ocasionado pelo superdesenvolvimento das forças produtivas, de modo a afetar um número globalmente um indeterminado de pessoas, independentemente do poder aquisitivo. A sociedade de classes teria como ideal a solidariedade na luta contra a desigualdade social. A sociedade de risco teria como solidariedade a luta contra o medo e a insegurança.

2) No atual estágio de desenvolvimento científico-tecnológico (Beck), as forças produtivas humanas impulsionadas pelo capitalismo, exponencialmente crescentes, desencadeiam uma superprodução de riscos e potenciais de autoameaça da vida no planeta, sob todas as suas formas, em níveis ainda desconhecidos. Referem-se, por exemplo: às mudanças climáticas, catástrofes ecológicas, desmatamentos em âmbito global, contaminação nuclear, crises econômicas mundiais, terrorismo, armas de destruição em massa, enfermidades civilizacionais, proliferação de armas nucleares, entre inúmeros outros. Nesse cenário, o potencial de autoameaça da civilização faz com que a utopia de uma sociedade global se torne uma realidade.

3) O Direito Penal, como meio de controle social mais grave posto à disposição do Estado, sofreu o impacto do novo paradigma. Sob o enfoque da política criminal, no atual contexto da sociedade de risco, pôde-se constatar a necessidade de uma reformulação do direito penal clássico e de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada.

4) Na dinâmica dessa sociedade, prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas que, ao pretender expandir o âmbito do punível, ocasiona variados pontos de atrito com a dogmática penal tradicional e notadamente com o sistema

garantista. O expansionismo coexiste e se confronta com as posturas político-criminais que defendem um direito penal mínimo, dentre as quais o abolicionismo, o reducionismo e o garantismo.

5) A sociedade de risco gera o sentimento de insegurança e medo que enseja uma inflação punitiva decorrente da proliferação legislativa. A legitimidade e o custo da intervenção devem ser sopesados, e afastada a realização de um controle simbólico ao invés do instrumental. O Direito Penal expandido tem como características: a) criação de novos bens jurídico-penais; b) ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevantes; c) crescente utilização de crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos; d) outros fenômenos expansivos.

6) O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, em respeito aos limites da intervenção mínima e da proteção subsidiária dos bens jurídicos. O Direito Penal do risco mostra sua face expansionista ao transpor o modelo de delito de lesão concreta a bens individuais para o modelo de perigo abstrato de bens jurídicos de conteúdo vago e titularidade difusa. O modelo típico expansionista gera preocupações ligadas à relativização dos princípios da legalidade, lesividade, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, entre outros.

7) Adotar uma teoria preventiva e assentada normativamente possibilita a construção de um Direito Penal desconectado de suas raízes cravadas na realidade que poderia voltar-se contra os inimigos dos homens de bem, na acepção “direito penal do inimigo” concebida por Jakobs, que pretende otimizar a proteção de bens jurídicos, ao contrário do direito penal de cidadãos que otimiza as esferas de liberdade.

8) De outro lado, para responder ao desafio de adequação do direito penal liberal ao paradigma da sociedade de riscos, duas frentes se destacam (Silva): de um lado, aqueles que defendem a expansão e o alargamento de um direito penal inspirado no funcionalismo e capaz de enfrentar a criminalidade oriunda da sociedade de risco, e, de outro, aqueles que defendem um sistema criminal democrático, contrários à relativização, ainda que mínima, de princípios de índole liberal, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

9) Nos debates entre as teses expansionistas e garantistas do Direito Penal, surge uma corrente intermediária ou de expansão moderada, apontada como possíveis soluções do Direito Penal no enfrentamento dos novos riscos, representada pela defesa de um direito penal de a)

“dupla velocidade” (Silva Sánchez): dentro do sistema penal, mais célere e menos garantista quando se trata das infrações para as quais não esteja prevista a pena privativa de liberdade; mais lento – e garantista – quando se trata dos delitos para os quais não é prevista a pena de prisão; ou de um “direito de intervenção” (Hassemer): fora do sistema penal, é mais ágil e menos garantista.

10) O direito penal de dupla velocidade de Silva Sánchez propõe uma configuração dualista partindo de duas premissas: a primeira consiste na modernização do Direito Penal, caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais; a segunda consiste na negação de uma volta ao Direito Penal clássico, que, em tese, nunca existiu (MACHADO; GIÁCOMO, 2009, p. 43).

11) Hassemer, por sua vez, diferentemente do modelo de Silva Sánchez, propõe a criação de uma nova seara de tutela, localizado entre o direito penal e o direito administrativo, denominado “direito de intervenção”, mais apto para lidar com as situações da sociedade de risco, responsável por atuar de modo preventivo, dispondo de sanções menos intensas que as sanções penais tradicionais, renunciado, pois, à imposição de penas privativas de liberdade:

12) Para que o fenômeno de modernização do Direito Penal represente uma verdadeira evolução e não um retrocesso (Crespo), é preciso realizar-se em escrupulosa obediência às garantias do Estado de Direito, e não sob o influxo das exigências de segurança de uma sociedade que não conhece critérios de razoabilidade a respeito da intervenção penal, porque, caso contrário, essa intervenção não poderá ser considerada legitimada constitucionalmente.

13) Por todo o exposto, bem se vê que o grande desafio que se instaurou no âmbito deste trabalho, a partir da ideia do direito penal na sociedade de risco, consiste na construção de um novo sistema jurídico-penal que harmonize os anseios de uma política-criminal protetiva contra os riscos, com a preservação das liberdades e garantias penais asseguradas constitucionalmente no Estado Democrático de Direito.

## Referências

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 9-37, 2004. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20CrespoDo%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20>> Acesso em: 20 ago. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco: direito penal e política criminal. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, 2010.

DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Canció. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Cívitas, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. *Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 2, p. 39-55, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: \_\_\_\_\_. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, p. 25-26, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jéus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série “As ciências criminais no século XXI”, v. 11.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 85-115, 2010.

# REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUA (IM)POSSIBILIDADE: ANÁLISE CONSTITUCIONAL, POLÍTICA E SOCIAL

**José Antônio Neves Neto**  
Acadêmico do Curso de Direito no UNIPÊ

## Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar uma hipotética redução da maioridade penal, enfocando se há possibilidade e viabilidade no âmbito jurídico, político e social, confrontando vertentes e propondo estudos comparados, no intuito de chegar-se a um avanço concreto. Apresenta, outrossim, minuciosa diligência quando do exame constitucional, vez que representa majoritária parcela do debate. Demonstra, ainda, a ineficácia estatal em suas políticas públicas, visivelmente no campo preventivo e, igualmente, no repressivo, falhando no cumprimento do poder punitivo. Será abordado, também, o sistema prisional, que influi frontalmente na problemática da ressocialização e, por corolário, na maioridade penal, *idem*. Ao final, expõem-se as considerações finais, tendo por objetivo esclarecer o estudioso a respeito dos institutos contemplados ao longo do trabalho.

**Palavras-chave:** Maioridade penal. Sistema prisional. Constitucionalidade. Direitos fundamentais.

## Abstract

The present article's scope is to analyze a hypothetical reduction of the penal legal age, focusing on its possibility and viability in the legal, political and social area, confronting different positions and submitting comparisons, aiming an material advance. The article also contains minutious diligence when it comes to the constitutional analysis, considering it represents the majority part of the discussion. It still demonstrates the failure of the state's public policies, especially in both prevention and repression, showing the fall of the punishment system. The work includes an approach to the prisional system, which interferes directly in the rehabilitation issue, and, therefore, in the legal age, *idem*. In the end there will be exposed the final considerations, which goal is to make the studios reach the understanding of the institutes contemplated by this work.

**Key-words:** Penal majority age. Prisional system. Constitutionality. Fundamental rights.

## 1 Introdução

O tema da maioridade penal e sua proclamada redução é diuturnamente estudado por toda a sociedade que se encarrega de defender veementemente seus posicionamentos. Mesmo que por um efêmero momento o assunto fique sobrestado, é suficiente a divulgação de crimes chocantes pela mídia para que, rapidamente, se rejuvenesça a contenda.

No entanto, ao revés do que se vê nos discursos prontos, a matéria em objeto não poderia ser pesquisada em seio de “senso comum”, mas, sim, sob o adequado método científico, com fulcro no ordenamento jurídico e, também, em boa medida, na questão social que circunda a questão.

A grande participação de adolescentes em empreitadas criminosas requer uma análise técnico-procedimental dos institutos correlatos ao tema, notadamente amparados no Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, a fim de perquirir-se sobre a viabilidade ou não dos incessáveis projetos que reivindicam a redução da maioridade penal.

É nesse quadro que emerge, efetivamente, a necessidade de novos enfoques de pesquisa. A fúnebre situação pelo qual tem ficado refém a coletividade demanda propostas e soluções que só poderão vir a ser adotadas se tomadas com base em políticas públicas sensatas e pautadas em indispensáveis investigações acerca do assunto.

Nesse cenário de numerosas dissensões e poucas notas explicativas é que ganha forma uma abordagem holística da questão em apreço, sendo lícito acrescentar: nunca olvidando a axiologia e a teleologia.

## 2 A maioridade penal

A maioridade penal é a idade a partir da qual o indivíduo pode ser processado e julgado através dos procedimentos comuns estabelecidos pelo *Ius Puniendi* estatal, na esfera penal. Trata-se do marco divisório entre o inimputável e o imputável. É dizer: tem-se por maior aquele no qual o ordenamento jurídico considera plenamente capaz de responsabilização por seus atos, tendo em vista sua presumida aptidão para tanto.

A maioridade penal é fixada tomando-se por base a política criminal, isto é, cada Estado soberano, perante uma análise de política criminal, determina como se marca a maioridade. Importa repisar: cuida-se de conteúdo estipulado e estabelecido por cada Estado-nação, integrando o conceito de direito positivo, vigente. Não existe uma fórmula universal ou preestabelecida para se adotar. Portanto, sendo opção de cada país eleger como se regula a maioridade penal, fundamental compreender que esta varia de local para local, não sendo um conceito imutável. Mirabete esclarece:

O limite para a idade penal é diferente em diversos países. Esse mesmo limite de idade para a imputabilidade penal é consagrado na maioria dos países (Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Colômbia, México, Peru, Uruguai, Equador, Tailândia, Noruega, Holanda, Cuba, Venezuela, etc.). Entretanto, em alguns países podem ser considerados imputáveis jovens menores de idade, como, 17 anos (Grécia, Nova Zelândia, Federação Malásia); 16 anos (Argentina, Birmânia, Filipinas, Espanha, Bélgica, Israel); 15 anos (Índia, Honduras, Egito, Síria, Paraguai, Iraque, Guatemala, Líbano); 14 anos (Alemanha, Haiti); 10 anos (Inglaterra). Algumas nações, porém, ampliam o limite até 21 anos (Suécia, Chile, Ilhas Salomão, etc.). Entretanto, há países em que funcionam tribunais especiais (correcionais), aplicando-se sanções diversas das utilizadas em caso de adultos. (MIRABETE, 2008, p. 214).

No Brasil, a maioridade penal, tal qual a civil, inicia-se aos 18 anos. A previsão legal pode ser encontrada no art. 27 Código Penal<sup>1</sup>, bem como no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>2</sup>. Não obstante, é na Constituição Federal de 1988, art. 228, que, com mais pujança, se assenta a maioridade penal brasileira: são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas de legislação especial.

Não se pode olvidar que a esfera penal não se confunde com a cível, tampouco com a administrativa. Uma mesma conduta pode ser considerada infração penal e ser indiferente para o campo cível, como também pode ocorrer de ser relevante para ambos. Precisa é a lição de

<sup>1</sup>Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

<sup>2</sup>Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Igor Luis Pereira e Silva:

Uma determinada conduta pode caracterizar um ilícito civil, administrativo e penal ao mesmo tempo. Nesse caso, não há violação do princípio do *ne bis in idem*, que estabelece que ninguém poderá ser responsabilizado mais de uma vez pela prática de um determinado crime, pois as instâncias são em princípio independentes. (SILVA, 2012, p. 65).

Evidentemente, regras comportam exceções. Neste sentido, mister ressaltar que há hipóteses em que uma esfera pode interferir na outra, notadamente quando se está diante da área criminal. No Direito Penal, caso seja o agente absolvido e fique demonstrada a inexistência do fato ou a negativa de autoria, o agente haverá de ser absolvido, invariavelmente, nas demais esferas em que porventura esteja sendo processado.

A explicação é simples: o campo penal constitui a *ultima ratio* do Estado, que tutela os bens tidos como mais importantes, sendo considerado aquele que só deve ser utilizado quando os outros âmbitos não forem adequados, dada a gravidade do bem jurídico atingido. Em virtude do exposto, o processo penal é muito mais complexo que qualquer outro processo. Exige-se prova mais patente, mais sólida e substancial do que, por exemplo, no âmbito cível. Neste diapasão, na hipótese de pairar qualquer dúvida acerca do crime, deve-se proceder em benefício do réu, como consagrado pelo velho brocardo latino *in dubio pro reo*. Assim, provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria no campo criminal, tendo em vista sua maior complexidade, a absolvição nas demais esferas torna-se imperativa.

### 3 Fundamentos para maioridade penal

Em tudo há uma razão de ser. O marco da maioridade penal funda-se na crença de que a criança em desenvolvimento necessita de tratamento diferenciado, partindo-se do pressuposto de que o procedimento comum (aquele dirigido ao imputável) figura-se inadequado ao ser humano em desenvolvimento. O raciocínio é irrefutavelmente lógico.

Consequente, os Estados passaram a procurar definir uma idade em que se presuma capaz o indivíduo, a fim de que possa responder por seus atos. Salutar compreender que os critérios escolhidos diferem entre os

ordenamentos jurídicos – não somente nos critérios que verificam a maioria penal, mas especialmente os variados sistemas jurídicos. Devem, aqui, receber enfoque os dois principais sistemas jurídicos, quais sejam, o *civil law* (também reconhecido por direito romanístico) e o *common law* (ou direito costumeiro, jurisprudencial). O Brasil traz em sua origem o suporte no direito romanístico, tendo a lei como principal fonte. Os países costumeiros trazem a jurisprudência e o costume jurídico enraizado como fonte normativa mais proeminente.

Miguel Reale aponta o direito costumeiro em face do romanístico:

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisprudência do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentares. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. (REALE, 1998, p. 142).

E arremata: “temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultante de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica” (REALE, 1998, p. 142).

O progresso do direito brasileiro nos mostra que é profundamente difícil falar-se em sistema puro, como nos tempos que prelecionava o ilustre Miguel Reale. Nos tempos atuais, o avanço jurídico em termos de estudo comparado é nítido, buscando influências nas mais diversas localidades do globo, formando um modelo misto, contemplando uma miríade de heranças externas. É o que adverte Fredie Didier:

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente,

do *devido processo legal*) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e *concentrado* (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.). (DIDIER, 2014, p. 42).

E conclui com a seguinte linha:

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos. A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado. (DIDIER, 2014, p. 43)

Não há como discordar da nova doutrina quando afirma que é incabível falar em sistema único/puro. Entretanto, ainda assim, perdura a linha até então advogada, qual seja, a imensa diferença entre os países de origem jurídica distintas, em que pese o passar tempo nos mostrar uma tendência de miscigenação. Em verdade, a tradição jurídica preponderante ainda exerce pujante força sobre o Estado, resultando em cristalina diversidade de posicionamentos. Portanto, Fredie Didier está correto quando informa os fatores supervenientes, mas a lição de Miguel Reale ainda está em uso, ainda serve como parâmetro.

À vista disso, a maioria penal adquire diferentes sentidos conforme o sistema jurídico pelo qual se assenta. Nos Estados Unidos, por exemplo, há a possibilidade de um “menor”, isto é, um juvenil, ser julgado como adulto, mediante os ritos comuns do sistema punitivo, desde que o Poder Judiciário entenda que é cabível e adequado ao caso concreto, respaldando-se em jurisprudência consolidada ou mesmo *leading cases*. Veja-se, por exemplo, o que ocorreu no caso *Graham v. Florida*. O então juvenil Terrance Jamar Graham, à época com 16 anos, foi condenado à *prisão perpétua*, após tentativa de roubo em restaurante

e, posteriormente, roubo consumado em invasão domiciliar<sup>3</sup>. A condenação vitalícia foi, *a posteriori*, reformada pela Suprema Corte. No caso em tela, alegou-se que a pena perpétua era severíssima e violar-se-ia a oitava emenda. Entrementes, no caso *Harmelin v. Michigan*, a Suprema Corte americana manteve uma sentença de prisão perpétua por posse de cocaína<sup>4</sup>.

É clarividente que não se defende postura semelhante. As respectivas penas representam manifesta agressão aos princípios fundamentais, lembrando que a Constituição da República Federativa do Brasil repele as de caráter eterno, bem como cruel. O que se pretende é provar que a maioridade penal não tem sentido substancial universal, ou seja, não há como discutir como se fosse assunto igualitário em qualquer local. No Brasil, como já é cediço, um menor não será julgado como se maior fosse, sendo irrelevantes os dados do caso concreto, se comprovado que era realmente menor de idade. Daí poder dizer-se que os sistemas jurídicos tradicionais ainda exercem, sim, influência em seus Estados.

Outro ponto precisa ser posto: mesmo inserido no contexto de determinado país, há, ainda, como a maioridade penal ser variável. Tome-se novamente o exemplo dos Estados Unidos. A origem é de qualidade centrípeta, significa dizer, de fora para dentro. Estados autônomos se uniram para formar a Federação. Consequente, têm os estados americanos imensa competência para legislar, ao passo que a “União” não se preocupa tanto com políticas locais. No Brasil ocorre o inverso: temos uma origem centrífuga, em que os estados têm competência residual<sup>5</sup>.

Assim, os fundamentos para a maioridade penal sofrem inconstâncias em virtude do espaço e tempo em que estão postos. Hodiernamente, a Constituição Federal garante total proteção à criança e ao adolescente, coadunando-se aos preceitos internacionais de respeito à pessoa humana. Nesse sentido existe a previsão do ECA, legislação especial que visa tutelar de forma adequada a criança e o adolescente. Observe-se o inciso V, § 3º do art. 227, CF/88:

<sup>3</sup>Julgado 130 S. Ct. 2011 (2010).

<sup>4</sup>Julgado 501 U.S. 957, 996 (1991).

<sup>5</sup>Incumbe explicar, para finalidade didática, que a dicotomia centrípeta-centrífuga é oposta nos dois critérios-bases, quais sejam, origem e distribuição.

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; (BRASIL, Constituição, 1988).

Nota-se que, no que diz respeito à tutela do jovem infrator, pouca ênfase recebe a qualidade repressiva do sistema punitivo, prevalecendo o caráter preventivo e com vistas à ressocialização.

#### **4 Critérios para aferir a maioridade penal**

São elencados, basicamente, três critérios-pilares para se verificar a imputabilidade, quais sejam, biológico, psicológico e biopsicológico. Impende esclarecer que, neste tópico, a discussão cinge-se no âmbito da imputabilidade referente à maioridade, excluindo-se os aspectos da sanidade mental.

##### **4.1 O critério biológico**

Pelo método biológico, adota-se uma idade padrão para ser o marco divisório entre o imputável e o imputável. Também chamado de critério etiológico, presume-se que, a partir da idade predefinida, o indivíduo é capaz de responder por sua conduta. Desse modo, não há qualquer fase de transição: ou o agente é imputável ou não é.

Não há, aqui, necessidade de qualquer exame ou perícia, sendo necessária tão somente a comprovação (normalmente documental) da data de nascimento, a fim de se aferir se poderá ou não ser responsabilizado por intermédio dos ditames ordinários.

##### **4.2 O critério psicológico**

Diferentemente do critério biológico, não há o marco de divisão entre faixa etária. Pelo parâmetro psicológico, levam-se em consideração as condições psíquicas do indivíduo. Busca-se saber o que levou o agente a cometer o crime e se tinha condições ou não de compreender o

caráter ilícito de sua conduta. Existe a necessidade categórica de exame, especificamente psiquiátrico, efetuado por profissional habilitado, com vistas a analisar a capacidade de discernimento do indivíduo.

#### 4.3 O critério biopsicológico

Também reconhecido como critério misto, ganha relevo quando do estudo do desenvolvimento mental do agente, estudando tanto o aspecto psicológico (capacidade de discernimento) como o biológico (idade predefinida).

#### 4.4 O posicionamento brasileiro

Em primeiro instante, cumpre dizer que, antes de apontar o critério pátrio, é preciso reforçar a ideia de que o presente artigo restringe-se ao debate referente à maioridade, não comportando o estudo relacionado ao desenvolvimento mental do agente (doenças mentais etc.), posto que tal distinção fará diferença na prática.

Costuma-se dizer que o Brasil adotou o critério biopsicológico como regra, e o biológico como exceção. A assertiva está correta, desde que inserida em contexto amplo, contemplando a análise do desenvolvimento mental (investigação da sanidade mental do agente). Contudo, no que tange à maioridade penal *stricto sensu*, o ordenamento jurídico brasileiro optou pelo critério biológico puro, como se depreende do ensinamento de Damásio de Jesus:

O Código Penal adotou o sistema biológico para a maioridade penal, sujeitando os menores de 18 anos à legislação especial (ECA). Cuida-se de presunção absoluta de inimputabilidade. Acatado o critério biológico, não é preciso que, em face da menoridade, o menor seja “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. A menoridade, fator biológico, já é suficiente para criar a inimputabilidade. Não se admite prova em contrário, como ter se casado ou ser um sábio. (JESUS, 2014).

Deveras, o Brasil optou pelo critério puramente biológico, vez que não há qualquer fase de transição. Aos 17 anos é inimputável, aos 18, imputável. Significa dizer: antes de completar os 18 anos reputar-se-á como menor independentemente de circunstâncias outras.

## 5 Análise política

A redução da maioria penal, seguindo-se com a ideia meramente hipotética de ser bem-vinda, teria de passar, inevitavelmente, pelo crivo do Poder Legislativo. Sim, uma vez ultrapassado o fervoroso embate sobre a viabilidade constitucional de uma redução, e aceitando-se a polêmica possibilidade, o próximo caminho seria através do legislador brasileiro. O Congresso Nacional é que estaria, agora, na incumbência de discutir o projeto. Destarte, não há como dissociar o aspecto político da questão da maioria penal. A matéria não é integralmente jurídica.

Portando, estar-se-ia adstrito à atuação legiferante. Trata-se de vereda perigosa, pois, como é cediço, o legislador não costuma ter precisão técnica, sendo guiado, normalmente, pelo bom senso, vez que sua função é eminentemente representativa.

Continuando o raciocínio, não é demais reconhecer que o belo modelo democrático, que visa a atender os anseios do povo, “democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”, também apresenta uma imperfeição: é que o representante, de algum modo, há de agradar o eleitor, sob pena de não obter sucesso em sua carreira, mesmo que para isso precise agir de forma que sabe ser menos inteligente – afinal, seu trabalho é justamente refletir a voz do cidadão.

É o que se tem observado no cenário brasileiro. Às vistas dos posicionamentos radicais abordados por diversos segmentos da sociedade, o legislador vem sendo verdadeiro porta-voz, transmitindo aquilo que se deseja ouvir. O problema é que o presente tema não pode, jamais, ser assim analisado. Com efeito, trata-se de questão por demasiado complexa, além de importante, que não pode ser deixada ao simples bom senso. Exige-se, francamente, análise técnica.

Não obstante, uma crítica precisa ser feita: o político não pode se contentar em simplesmente reproduzir aquilo que lhe é demandado. O legislador não pode, ou não deveria, ser mero reproduzidor. Há em seu mister um dever de alcançar os fins sociais, logo, se o mesmo percebe que as percepções sociais são inconclusas e que deve proceder de outro modo, assim o deve fazer. O eleitor tem o seu voto como uma arma e, se vota em determinado candidato, é porque o julga conhecedor dos proble-

<sup>6</sup>Expressão idealizada por Abraham Lincoln.

mas e embates públicos e da vida política. Portanto, em que pese o dever de prestar contas (sentido conotativo incluído), o representante deve manter-se fiel àquilo que acredita ser melhor para a sociedade.

No que tange ao aspecto político da maioria penal, conclui-se que não se pode definir como viável ou inviável a redução. A manifestação política é que decidirá, ou seja, é discricionário para o político manifestar seu posicionamento, sendo livre para tanto, devendo ser enfatizado que há a tendência de seguir sua banca de eleitores.

Destarte, dois pontos merecem destaque na análise do campo político: I. a análise mostra que, no campo político, a redução da maioria penal é aberta; II. em que pese ser aberta, a vontade política é indispensável para a redução (ou manutenção) da maioria, vez que eventual projeto passaria pelo crivo do Poder Legislativo.

## 6 Análise constitucional

Tudo o que se passa em um Estado Democrático de Direito necessita passar por uma análise constitucional. Aliás, é das primeiras questões a serem pensadas. Sobre a magnitude do impacto de uma Constituição em determinado ordenamento jurídico, brilhante são as palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta. (MENDES, 2012, p. 123).

Nas palavras de Hans Kelsen, encontrar-se-ia na Constituição “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento.” (KELSEN, 1981, p. 152). Uma das mais altas autoridades do Direito Constitucional, José Afonso da Silva, coroa a inteligência:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências

governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (SILVA, 2013, p. 48).

O que se pretende afirmar é que, seguramente, a Constituição da República de 1988 é o pico mais alto do ordenamento jurídico brasileiro, o vértice superior da célebre pirâmide kelsiana. Logo, tudo aquilo que se queira implementar no Estado há de ter o consentimento, seja expresso ou tácito, da Carta Magna. Nesse diapasão, uma suposta redução da maioria penal demanda uma análise constitucional, ou seja, uma apreciação fundamentada de compatibilidade entre a dita alteração legislativa e a Constituição Federal, pois, caso entenda-se que a redução seria inconstitucional, tese amplamente defendida por autoridades e considerável parte da doutrina, chegar-se-ia à conclusão de que juridicamente impossível reduzir a maioria penal. Veja-se, por exemplo, o que disse o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo: “a redução tem sido mal colocada, pois a Constituição tem isso como cláusula pétreas e, portanto, mexer nisso seria inconstitucional”. (CARDOZO, 2013). Rogério Greco, por outro lado, diz o seguinte:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do §4º, do art. 60 da Carta Magna. (GRECO, 2013, p. 391).

Como é de fácil apreensão, existe forte divergência no que diz respeito ao enfoque constitucional da maioria penal. Não obstante, o centro da questão é comum em ambos os posicionamentos e gira em torno das *cláusulas pétreas*. Antes de adentrar nesse mérito, cabe destacar qual inconstitucionalidade está em discussão. Como se sabe, a inconstitucionalidade pode ser material ou formal. Os vícios formais seriam aqueles que traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela

violação de regras de competência (MENDES, 2012, p. 1108); já os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição (MENDES, 2012, p. 1110). O quesito suscitado pela problemática da maioria penal envolve tão somente a dimensão material, vez que a polêmica é referente a uma agressão substancial ao texto magno, não cabendo falar em inconstitucionalidade formal, que se verifica *a posteriori*. Agora, pode-se avançar ao centro da controvérsia: as *cláusulas pétreas*.

### 6.1 A maioria penal: cláusula pétrea

Os operadores do direito, como demonstrado alhures, travam uma guerra grega em função do quesito em tela: a maioria penal – cláusula pétrea ou não? Passemos, assim, a essa diagnose.

As *fundamental clauses* estão alocadas no art. 60, § 4º da Constituição Federal, que diz o seguinte:

Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir:

I- a forma federativa de Estado;

II- o voto direto, secreto, universal e periódico;

III- a separação dos Poderes;

IV- os direitos e garantias individuais. (BRASIL, Constituição, 1988).

Significa dizer que os elementos contidos nesses quatro incisos não podem ser abolidos, não tendo o legislador (nem ninguém) legitimidade para desfazer-se deles. O único meio para bani-las seria através de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, o que, obviamente, não é o caso. A maioria penal estaria inserida, de acordo com doutrina de escol, no inciso IV, isto é, enquanto um direito fundamental. Ingo Sarlet nos dá uma ideia do que seria um direito fundamental: “ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (WOLFGANG, 2006).

O art. 5º da Carta Magna consagra um extenso rol de direitos fundamentais, evidenciando uma das maiores conquistas do povo brasileiro. Garantias como vedação ao tribunal de exceção, proibição da

tortura e tratamento desumano, inviolabilidade da liberdade, da crença e do domicílio, juiz natural etc., foram alicerçadas na Constituição. Contudo, não se encontra a maioria penal no art. 5º, como se observa no art. 228 – é este um dos argumentos daqueles que são favoráveis à redução da maioria penal.

Posto que a proteção da maioria penal não venha consagrada no rol do art. 5º, poder-se-ia atestar que não se trata, então, de um direito fundamental?

Absolutamente não, o fato de determinado direito não constar no rol dos direitos fundamentais não implica dizer que o mesmo não é direito fundamental. Não se pode olvidar a vontade da Constituição, os seus elementos intrínsecos, sua análise contextual, daí se falar em interpretação *conforme a Constituição*. Nesse diapasão, nada impede que existam direitos fundamentais não expressos no art. 5º, bastando a anuência da Constituição para que algum direito possa ser classificado como fundamental, vale dizer: é o seu teor como um todo, em toda sua conjuntura, que estabelece um direito como fundamental ou não (...).

Não obstante, para que não restasse qualquer dúvida, a Constituição Federal dispôs, no parágrafo segundo do art. 5º, o seguinte: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. (NEVES NETO, 2014, p. 79).

Isto posto, infere-se que o simples fato de não encontrarmos a maioria penal no art. 5º não nos permite atestar que a mesma não seja. É de se reconhecer, numa interpretação sistêmica: a maioria penal é uma proteção especial à criança e ao adolescente e é, de fato, um direito fundamental.

Malgrado a confirmação de que a maioria penal é, sim, um direito fundamental e, por conseguinte, cláusula pétrea, não é acertado dizer que a mesma não possa ser reduzida. Soa contraditório, mas não é. É que até mesmo as cláusulas pétreas podem ser modificadas através de uma emenda à Constituição. O que não se permite, sob nenhuma hipótese (tangível), é *abolir* as cláusulas pétreas, ou atingir seu núcleo essencial. Todo o direito fundamental decorre de um princípio fundamental, que concentra em seu âmago um núcleo essencial, que não pode ser atacado. Fora desse núcleo, entretanto, é possível eventual afastamento da

incidência da garantia fundamental. Precisamente, é o que se constata na garantia da maioridade penal, insculpida implicitamente em todo o ordenamento jurídico e expressamente no art. 228 da Constituição. É uma cláusula que não pode ser abolida, logo, é imperioso que exista tratamento distinto entre adolescentes e adultos – não obstante, nada impede que o marco etário seja alterado, desde que se atente aos princípios da *razoabilidade* e *proporcionalidade*.

Portanto, a análise constitucional da maioridade penal nos releva que a questão está, sim, firmada no seio das cláusulas pétreas, mas também que reduzir a maioridade penal não é proibido pela Constituição. Proíbe-se, na realidade, anular a tutela diferenciada para a criança e o adolescente.

## 7 Análise social

A análise social deve processar-se em toda problemática das ciências humanas. No âmbito da redução da maioridade penal, a análise social sinaliza-se como um dos fatores que mais pode pesar na balança.

O Estado tem mostrado uma tremenda incapacidade de resolver os conflitos que surgem na sociedade, especialmente na prevenção. Observa-se o colapso da educação, que não tem frutificado como deveria, mantendo as desigualdades sociais. As políticas públicas estão em débito com o povo brasileiro. Rogério Greco, com o tato que lhe é peculiar, disserta:

Não há como se falar em existência digna se a pessoa, em virtude da ausência do Estado Social, não tem o que comer ou o que vestir, se não tem um teto onde possa repousar, se não consegue cuidar das doenças que, ao longo de nossa vida, surgem a toda hora. Enfim, há um conjunto de necessidades que, se satisfeitas, tornam a existência humana mais digna. (GRECO, 2014, p. 151).

Neste aflitivo cenário, desponta a criminalidade. Uma gama de pessoas que não possuem meios para se sustentar, sendo completamente ignoradas pelo Estado, findam por recorrer aos meios ilícitos. A sociedade, que vira refém, passa a exigir o *Ius Puniendi* estatal. Quer-se, a todo custo, punir os jovens infratores. É preciso, todavia, compreender que os infratores são, também, vítimas. A ausência de políticas públicas adequadas contribui, em grande medida, para esse quadro. Ademais, a responsa-

bilidade não é exclusiva dos governantes (nem dos infratores), mas também da própria sociedade. Trata-se do que a doutrina convencionou chamar de teoria da coculpabilidade:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus 'supostos cidadãos'. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. (GRECO, 2013, p. 414)

O presente trabalho não defende a ideia de que os infratores juvenis não têm capacidade de discernimento, pois, como diz Guilherme de Souza Nucci:

Há uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois não mais é crível que os menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida. (NUCCI, 2000, p. 109).

O problema, porém, não é esse. Malgrado os infratores tenham consciência do que fazem, a despeito do que dizem outros, o ponto nevrálgico do assunto é refletido no retorno após a sanção. Tem-se testemunhado que aqueles que são recolhidos ao cárcere têm voltado pior, falhando o Estado na ressocialização.

Há, inegavelmente, muito que se fazer no campo social antes de resumir a redução da maioridade penal à questão puramente legislativa. Não se trata de mero problema legislativo. Encontra sua raiz, outrossim, nas questões sociais. Aprofundando o tema, é hora de analisar um fator que integra a equação da maioridade penal: o sistema prisional brasileiro.

## 7.1 O sistema prisional brasileiro

Trata-se de ponto crucial. É erro crasso ignorar o sistema prisional na discussão da maioridade penal, julgando serem temas independentes, quando, na realidade, estão umbilicalmente interligados. É que as condições do cárcere interferem, *diretamente*, na ressocialização (ou não) do preso.

Cada vez mais a população carcerária cresce e pouca ou nenhuma melhoria na infraestrutura prisional se observa, que fica muito aquém, caracterizando um absurdo superpovoamento.

A LEP (Lei de Execução Penal) diz, nos arts. 85 e 88, respectivamente, que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, e que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ter condições adequadas para a existência humana e uma área mínima de seis metros quadrados. Não é preciso dizer que os preceitos legais estão sendo violados.

Segundo os dados do Superior Tribunal de Justiça, a população carcerária do Brasil já é a quarta maior do mundo. Torna-se, assim, inviável qualquer ressocialização. Existem na prisão, genuinamente, mestrado e doutorado no crime. Os indivíduos que representam um custo altíssimo para a sociedade não recebem a tutela apropriada e voltam a praticar infrações cada vez mais graves. Beccaria, ainda no século XVIII, já explicava:

Entre as penalidades e o modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2003, p. 49).

Logo, tendo em vista a ausência de qualquer espaço para alojar novas pessoas, bem como a falência da recuperação do preso, apresenta-se como inócua a proposta de reduzir a maioridade penal, posto que não será possível punir o jovem infrator, além de que, punindo-o, retornará ainda pior para a sociedade. Neste contexto é que se clama por uma reformulação geral por parte do Estado, das políticas públicas preventivas (notadamente na educação) e reforma prisional, por um ambiente com estrutura material e pessoal capaz de punir o preso de forma adequa-

da, permitindo que volte com chances de ter vida nova. Sob a ótica da análise do sistema prisional, revela-se totalmente inadequada a redução da maioria penal.

## 8 Considerações finais

A partir das análises feitas, visualizou-se que a redução da maioria penal está longe de se restringir a mera alteração legislativa, tratando-se de problemática que envolve uma interdisciplinaridade de fatores. Percebe-se, outrossim, que não se deve mais continuar a referir-se à maioria como se fosse um conceito estável e universal, posto que adstrito ao direito positivo e ao tempo.

A adoção de um critério puramente biológico, no que diz respeito ao inimputável por idade, é claramente ultrapassada, fazendo-se mister buscar um novo panorama de direito. O modelo comparado também não pareceu adequado, afrontando outros direitos fundamentais, como é o caso dos Estados Unidos e outros países de direito costumeiro. Na verdade, inclina-se, como já defende alguma doutrina de vanguarda, para uma nova ordem, que rompa com os liames das clássicas tradições e correntes puras, apurando o que há de bom e sopesando os valores, de modo a consagrar soluções novas, isentas de radicalismos.

A redução da maioria penal ganha vulto, notoriamente, em três diferentes análises: política, constitucional e social. O balanço político revelou que não existe qualquer óbice a reduzir a maioria, pois o Legislativo está livre para apreciar. Não se quer dizer, entretanto, que a visão política não tenha importância – afinal, só por intermédio dela é que se chega à produção de leis. Neste sentido, a aquiescência do Poder Legislativo e Executivo mostra-se obrigatória.

A leitura constitucional, onde impera majoritária fatia da controvérsia, nos aponta que a maioria penal está protegida constitucionalmente e que é, malgrado divergência oposta, uma cláusula pétreia. Conclui-se, desse modo, que a Constituição Federal determina a tutela diferenciada entre adolescentes e adultos, não se podendo negar essa garantia. No entanto, também se indicou que essas premissas não podem levar à conclusão de que a maioria penal não pode ser reduzida. Há, interpretando sistematicamente (bem como axiologicamente e teleologicamente) a Constituição, uma permissão para eventual redução, desde que se mantenha a proteção especial à criança e ao adolescente.

Os enfoques político e constitucional mostram que a redução da maioria penal, embora não pareça adequada, é possível, isto é, não é vedada. É no campo social que se destaca a inviabilidade da redução da maioria penal. O Estado (e juntamente a sociedade) tem falhado em suas políticas públicas, conseguinte, também na prevenção de crimes. Não fosse suficiente, tem pecado no meio repressivo, submetendo os reclusos a situações nada ressocializadoras, evidenciadas nos presídios brasileiros.

No balanço geral, a redução da maioria penal é, formalmente, possível, porém, manifestamente inviável. Portanto, só se poderá começar a pensar numa hipotética redução quando o Estado demonstrar eficácia na solução dos conflitos da sociedade, após uma completa reforma prisional e educacional – neste cenário, sim, poder-se-ia discutir a redução, mas não no atual.

## Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Martinclaret: 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOZO diz que maioria penal não pode ser reduzida. *JusBrasil*, 2013. Disponível em: <<http://midiacon-news.jusbrasil.com.br/politica/104110900/jose-eduardo-cardozo-clausula-petrea-da-constituicao-impede-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 12 set. 2013.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. São Paulo: Juspodivm: 2014.

FABRINI, R. N. ; MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do Código penal. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Artigo sobre redução da maioridade penal*, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/majoridade-penal/11078>>. Acesso: 10 jul. 2014.

KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione: in la giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES NETO, José Antônio. *Discurso sobre a maioridade penal*. João Pessoa: A União, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POPULAÇÃO CARCERÁREA. *STJ*. Brasil: 4ª maior população carcerária do mundo. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112533](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112533)>. Acesso em: 02 jan. 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva: 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios penais*. São Paulo: Juspodivm: 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.