



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

15 anos

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Thiago Augusto Lopes de Moraes

Membros

Amanda Rocha dos Santos
José Robson Saldanha Filho
Rorn José E. P. M. da Nóbrega Silva

Colaboradores

Ana Luiza de M. Rodrigues
Anna Beatriz C. Barbalho
Angelus Emílio M. de A. Maia
Izadora de Medeiros Souza
Mariana Nobre M. e Silva

CONSELHO EDITORIAL

Artur Cortez Bonifácio
Cleanto Fortunato da Silva
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Ivan Lira de Carvalho
Leonardo Martins
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Otacílio dos Santos Neto
Patrícia Borba Vilar Guimarães
Paulo Renato Guedes Bezerra
Ricardo Procópio Bandeira de Melo
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Vladimir da Rocha França
Xisto Tiago de Medeiros Neto

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitor

José Ivonildo do Rêgo

Vice-Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Ana Lúcia Assunção Aragão

Vice-Diretora

Maria Lussieu da Silva

Coordenador do Curso de Direito

Jair Elói de Souza

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosário

Chefe do Departamento de Direito Privado

Maria da Salete Guimarães Menezes

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

450 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 15, n. 28 (jul./dez. 2010).

Semestral

ISSN 1413-2605

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN

CDU - 34

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Sumário

EDITORIAL	07
IN VERBIS 15 ANOS	09
Marcus Aurélio de Freitas Barros	
O DIRETÓRIO ACADÊMICO DA FACULDADE DE DIREITO	13
Gileno Guanabara	
A APLICABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E OS REFLEXOS DA LEI 11.672/08	19
Ana Laise de Oliveira Rodrigues Julliane Pinto de Aquino	
A INGERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DETERMINAÇÃO DAS SANÇÕES DECORRENTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	37
Amanda Farias Galvão Santos Priscila Cristina Cunha do Ó	

A INSTAURAÇÃO DA SINDICÂNCIA COMO TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR55

Viviane Salviano Fialho

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS 66

Gudson Barbalho do Nascimento Leão

A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE URBANO: CONHECENDO O ESTATUTO DA CIDADE (LEI N° 10.257/2001) 87

Cassandra Hágata Dantas

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA APLICADA AO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: UMA ABORDAGEM DA TEORIA GERAL DO DELITO103

Urraca Miramurí de Figueirêdo Mendes

A VALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO SISTEMA ACUSATÓRIO119

Danielle Carlos Alencar

Paulo Roberto Dantas de S. Leão

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO POR QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS139

Anderson Dantas Correia de Oliveira

“META 2”: ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DA CELERIDADE DO PROCESSO E DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL 159

Lucas Costa Dantas

O DIREITO À ALIMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	175
Gustavo Henrique Freire Barbosa	
PENA: A IDEALIZAÇÃO E A REALIDADE DE SUA APLICAÇÃO	195
Anyssa Ayalla Dantas Araújo	
Sophia de Lucena Prado	
PRESCRIÇÃO COM BASE NA PENA VIRTUAL: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA	207
Mateus Queiroz Lopes de Melo Martins	
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: A PRESENÇA DE VALORES ÉTICOS NO PROCESSO	219
Marcos José de Brito Souto	
Nástia Vassili Nunes	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS MENORES	235
Moacir Silva do Nascimento Júnior	
A DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ART. 285-A DO CPC	259
Ronaldo Pinheiro de Queiroz	
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL?	277
Paulo Renato Guedes Bezerra	

Editorial

A Revista Jurídica In Verbis comemora nesse segundo semestre de 2010 os seus quinze anos. Toda essa caminhada foi fundamental para que este periódico amadurecesse seus propósitos, tempo que proporcionou credibilidade no meio jurídico, por carregar em suas páginas não só simples artigos, mas produções científicas que modificaram, modificam e modificarão as colunas da carreira jurídica de muitos dos que nela publicaram, dos que leram e daqueles que trabalharam arduamente nas comissões. Isso tudo para que a Revista Jurídica mais antiga do país, organizada por estudantes, pudesse continuar com o padrão de qualidade que adquiriu durante todos esses anos.

A tecnologia permite que o mundo inteiro se conecte e assim, naturalmente, a evolução mundial é clara e constante no cotidiano do brasileiro como também de qualquer outro cidadão do mundo. Não diferente, a Revista In Verbis também entrou em um processo de evolução, com isso a digitalização do nosso acervo, outrora prometida na última edição, se concretizou. Estamos, nesta edição, disponibilizando as edições anteriores para que esta revista seja pesquisada em todo o mundo e, assim, seu conteúdo possa ser cada vez mais difundido. Porém, visando preservar a qualidade física tão característica, somente um ano e meio após seu lançamento é que tal edição estará disponível no site. Dessa forma, estamos lançando em nosso Portal na internet até a edição n.º 24.

Ainda nesta edição em comento, também fizemos uma modificação necessária na nossa logomarca comercial, estampada em nossa capa. Visando proporcionar algo mais moderno. Dispomos, ainda, de uma nova capa que agora é pré-fixa, mudando somente a figura presente na parte inferior, fato que valoriza a nossa capa a cada edição. Outra inovação muito respeitada entre nossos docentes e que enxergamos ser necessária, visto que agora as edições são atemáticas, é a implantação do Conselho Editorial fixo que reúne

os maiores nomes do cenário jurídico potiguar, os quais agradecemos pela atenção e respeito que nos é dispensada.

Ainda no caminho da inovação, sempre necessária, a Comissão decidiu implementar uma importante política de valorização dos autores que publicam neste periódico, tendo em vista que eles compõem um dos fatores de maior relevância no crescimento da revista em todos os aspectos. Portanto, nada mais natural que eles sejam valorizados de forma devida, através de publicação prévia dos nomes dos artigos e de seus respectivos autores por toda UFRN e em nosso site, ainda um mês antes do lançamento oficial da revista, além da entrega do certificado de publicação no próprio evento de lançamento. Ainda sob esse viés, a *In Verbis*, enquanto Projeto de Extensão da UFRN, através de sua comissão, procurou se aproximar cada vez mais das outras iniciativas do nosso curso de Direito com o intuito de crescimento não só dos trabalhos de cada projeto como também de todo o alunado.

Procurando sempre facilitar o trabalho para aqueles que são nosso público-alvo, os discentes, a Comissão Editorial decidiu mudar a data do evento no intuito de facilitar o seu acesso. Também modificou o método de recurso no caso de reprovação formal de um artigo, através de formulário no site não mais é necessária a identificação do candidato já que anteriormente era feita através de e-mail. Ainda sob essa ótica, e devido aos artigos vindos de fora de nossa cidade sede, ficou decidido que a partir da próxima edição a submissão das produções científicas será feita on-line, através do nosso site, meio pelo qual a identificação ainda permanecerá anônima, porém as submissões serão mais fáceis para aqueles que não residem em Natal.

É, portanto, nossa intenção sempre procurar melhorar a qualidade técnica e material da Revista Jurídica *In Verbis* como também facilitar a apreciação dos leitores e apreciadores de um material rico de boas defesas e opiniões diferentes sob um mesmo ponto. Visando sempre crescer é que não só esta Comissão como todas as demais procuram aprimorar para que nosso leitor sinta-se sempre a vontade ao abrir esta revista. Assim, gostaríamos de agradecer a Amanda, Angelus, Aninha, Bia, Izadora, Robinho, Rorn, Mariana e Thiago, que trabalharam de forma árdua e satisfatória nesta edição. Aproveitamos, outrossim, para lançar nossos agradecimentos e votos de estima àqueles que contribuíram para a realização deste sonho, não com trabalho, mas com outras formas de apoio igualmente importantes.

Seguros da relevância material das produções, desejamos a todos uma proveitosa leitura.

A Comissão Editorial.

In Verbis 15 anos

PARABÉNS, DEBUTANTE!
PARABÉNS, *IN VERBIS*: UM ORGULHO PARA TODOS NÓS!

Marcus Aurélio de Freitas Barros

Durante estes últimos quinze anos, foi impossível não sentir emoção, não encher o coração de alegria a cada anúncio de lançamento da Revista Jurídica *In Verbis*, a cada avanço no projeto, na qualidade editorial, na quantidade e profundidade dos trabalhos jurídicos. Foi maravilhoso testemunhar, mesmo de longe, a espetacular dimensão que a *In Verbis* assumiu no cenário jurídico potiguar.

Certa vez, já aluno do Mestrado em Direito da UFRN, ainda nos seus primeiros passos, um fato me chamou a atenção. Fiquei extasiado ao ouvir de uma autoridade universitária nacional a informação de que a existência da nossa ora debutante, já enaltecida como verdadeiro patrimônio dos discentes do curso de Direito, engrandecia o conceito da UFRN e contava pontos na consolidação do Mestrado em Direito. Ainda incrédulo, veio uma só sensação que guardei comigo até hoje: Puxa vida, deu certo! Deu muito certo! Vivas aos estudantes de Direito e a todos que contribuíram com a *In Verbis*!

E dentro deste estado de ânimo, honrado com o convite para participar desta edição comemorativa, busco na memória (rogando para

não ser traído por ela!) alguns fatos que retratam o nascedouro da Revista Jurídica *In Verbis* e um episódio de grande valor na minha trajetória pessoal como docente na área jurídica, que peço vênia para compartilhar com todos nestas breves linhas.

Lembro-me bem que o único veículo que circulava entre os discentes era o “Jabá”, um divertidíssimo jornal que, nos tempos atuais, seguiria a linha do Casseta e Planeta, CQC etc. Era para todos - menos, talvez, para suas vítimas - pura diversão! O grande mentor e responsável pelo “Jabá” era Fábio Barbalho Leite, também um dos idealizadores da *In Verbis*.

Certo dia - numa das voltas do estágio na 4ª Vara da Justiça Federal para casa -, comentei com Fábio Barbalho sobre a Revista de Processo da RT, que assinava e assino até hoje (vejam que a paixão pelo Processo Civil é antiga!) e surgiu a idéia de construir uma revista jurídica dos alunos da UFRN. De imediato, acionamos Fabiano André de Souza Mendonça, hoje professor da casa e querido por todos (que, já naquele tempo, conhecia todos os meandros da burocracia universitária) e Eduardo Medeiros Cavalcanti, amigos e colegas de turma, que compraram a idéia. Logo, também, se incorporaram ao projeto os valorosos colegas: Caio César Marques Bezerra, Emanuel Alcoforado, Francisco Glauber Pessoa Alves e Kelps Lima. Começava a nascer a Revista Jurídica *In Verbis*!

Como todo início, foi difícil. Muitas questões burocráticas foram superadas, recebemos muitos “nãos” de pretensos patrocinadores, tivemos que passar um dia inteiro ajudando na montagem da revista (toda feita manualmente, a partir de fotocópias, na gráfica da UFRN). Por outro lado, recebemos valorosos incentivos de vários professores e, o mais importante, a idéia foi, desde o início, abraçada pelos acadêmicos do curso de Direito, que sempre prestigiaram os lançamentos, adquiriram seus exemplares, se estimularam em produzir e, mais ainda, nunca deixaram o bastão cair, transformando a Revista Jurídica *In Verbis* no sucesso que é hoje.

Na comemoração destes quinze anos, peço licença, por fim, para fazer um agradecimento público a Revista Jurídica *In Verbis*, que contribuiu decisivamente para que eu iniciasse uma das atividades que mais me enchem de prazer e mantenho até hoje: a docência em Direito.

Com três meses de formado, participei, na UFRN, de uma seleção para contratação temporária de professor substituto da disciplina Teoria Geral do Processo. Por acaso do destino, acabei disputando a vaga com uma colega de turma, pessoa maravilhosa e extremamente preparada, tanto é que se destaca até hoje no cenário jurídico: a Procuradora da República

Cibele Benevides. Ficamos rigorosamente empatados em todas as provas. Acabamos entrando os dois na UFRN, mas levei uma pequena vantagem: tinha um artigo a mais do que Cibele publicado na Revista Jurídica *In Verbis*.

Por essas e outras, é que não poderia deixar de agradecer a *In Verbis* e desejar, de coração, que os quinze anos de vida se perpetuem por muitos outros, bem como que o casamento entre acadêmicos de Direito e sua revista jurídica faça bodas de prata, bodas de ouro... PARABÉNS, DEBUTANTE! PARABÉNS, *IN VERBIS*: UM ORGULHO PARA TODOS NÓS!

O DIRETÓRIO ACADÊMICO DA FACULDADE DE DIREITO

Gileno Guanabara

A antiga Faculdade de Direito de Natal foi criada com a Lei Estadual nº 149, em 15 de agosto de 1949, promulgada pelo governador José Augusto Varela. A autorização de funcionamento foi publicada através do Decreto Federal nº 36.397, de 25 de outubro de 1954. A data de sua criação coincidiu com o centenário de nascimento do jurista e potiguar Amaro Cavalcanti que ocupara o Supremo Tribunal Federal e se notabilizara, dentre outras publicações, pela obra “Responsabilidade Civil do Estado” (Rio, 1905).

Nas primeiras décadas do século XX, o Brasil se renovara advindo da Semana de Arte Moderna de São Paulo; da entronização do pensamento político-marxista, fluxo entre nós das formulações sociais do antes e do pós-guerra; dos questionamentos acadêmicos decorrência da publicação de “Casa Grande e Senzala”, presença universalista do mestre Gilberto Freire, em Pernambuco, tudo em confluência para a resolução da crise formal do pensamento anti-escravagista-agrário-republicano, consagrado na Revolução de 1930 e mais tarde reformulado pelo esgarçamento da ditadura estadonovista e pela efeméride que foi a participação nacional na Segunda Guerra Mundial, entre as nações democráticas em luta contra o nazi-facismo, na Europa.

À exceção das escolas de Olinda e de São Paulo, as primeiras faculdades de ensino das Ciências Jurídicas nascidas da necessidade política, face a crise das instituições do Brasil/Império, na segunda metade do século XVIII, diferentemente, agora, estavam postas as condições de efetivação das diversas escolas de ensino superior pelo país, em particular nas áreas do social e das

ciências exatas.

Observe-se que nesta segunda metade do século XX, a transição que se operou do quadro econômico rural para a civilidade da economia urbana, evidenciou a rivalidade dos entes locais entre os grupos oligárquicos que se revezavam no poder regional, com resultado na ocupação dos espaços acadêmicos e a vindita entre seus fiéis escudeiros. Por isso, o vacilo da grade curricular (o estudo do Direito Romano), “a sucessão curiosa de professores” (segundo Otto de Brito Guerra), que eram nomeados ou exonerados por conveniência dos governadores de Estado, estivessem ou não os docentes comprometidos nas contendas político-partidárias do momento. A velha Faculdade de Direito de Natal não se excluiu desse momento.

A luta política observada no pós-Constituinte de 1946, no Estado do Rio Grande do Norte, refletiu um nível de crescente politização do eleitorado e na ebulição do estudantado, consagrado na reivindicação e no funcionamento das diversas unidades de ensino superior criadas em Natal.

O Diretório Acadêmico foi criado no mês de março do ano de 1955 e tomou por patrono o nome de “Amaro Cavalcanti”. Tal como a Faculdade de Direito, funcionou inicialmente no prédio do atual Atheneu Norte-riograndense. Atividades curriculares simplórias: publicações (Tribuna Acadêmica; O Porrete; a Revista Rumos); protestos (“Até que tudo cesse, nós não cessaremos”); júri simulado, congressos e reivindicações (a transferência da Faculdade para a Ribeira; a crítica contra o aumento dos subsídios dos deputados estaduais; o furto e a transferência do busto de Amaro Cavalcanti), tantas foram as inquietudes manifestadas através do Diretório Acadêmico.

A contar dos anos 1960, O DAAC passou a refletir as mudanças políticas ocorrentes no país, com a massificação do sindicalismo trabalhista, a luta pelas reformas de base e a participação política dos estudantes nos movimentos de cultura e de alfabetização, através da presença marcante e da politização da UNE. Dos estudantes da Faculdade de Direito, com identificação político-partidária, as posições desde a facção udenista-liberal, do trabalhismo populista, do conservadorismo do PSD, indo até as posições do PCB, estas últimas no apoio ao Prefeito Djalma Maranhão, tiveram um bom nível de convivência e de maturidade.

O golpe de 1964 abortou o processo de politização crescente que se vinha observando no ME, não só a nível nacional. A partir de 1º de abril de 1964 ocorreram prisões, a cassação de mandatos, a deposição e prisão de governantes civis. Em Natal, a ocupação da Prefeitura e a deposição do Prefeito Djalma Maranhão, a formação de comissões de inquérito por ordem do então

governador do Estado e pelo não identificável “Comando Militar Unificado da Revolução”, para identificar e processar os subversivos, submeteram a Universidade aos desígnios da delação e da truculência política.

Para as gerações de universitários dos anos finais de 1960, a denúncia dos “Acordos MEC-USAID” que escondiam a finalidade de reformar a Universidade pública sul-americana resultando a privatização do ensino superior, deu um novo conteúdo ao ME, medida em que a luta política contra a ditadura revelou o confronto desigual do ME para com as forças de repressão, com peso decisivo o equívoco da formulação da ilusória “Aliança operário-estudantil-camponesa”. Contraditoriamente, se o ano de 1968 refletiu, de um lado, um momento de mobilização e ufanismo do ME (“O imperialismo é tigre de papel”), de outro lado, a repressão à realização do Congresso da UNE, no município de Ibiúna/SP e a edição do Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, revelaram a verdadeira e despótica face da ditadura.

Na publicação de “Faculdade de Direito de Natal – Lutas e Tradições – 1949/1973”(1988), o autor registrou no capítulo “Os Universitários na Mira da Ditadura” o espectro da violência que se abateu sobre o ME e a seus integrantes. As prisões, a agonia da clandestinidade, o medo e o terrorismo que representou enquanto durou a vigência dos diplomas autoritários (Lei de Segurança Nacional; Decreto nº 477). Leis de que dispuseram os tribunais de exceção e as forças repressivas para castrar os sonhos e a vida de tantas gerações. Felizmente tudo passou. O DAAC de hoje se chama Centro Acadêmico. Ninguém recorreu aos tribunais para defender a velha Faculdade de Direito que passou a se chamar simploriamente “Curso de Direito”. O exemplo dos jovens ficou e resistirá sempre.

Artigos

A APLICABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E OS REFLEXOS DA LEI 11.672/08

Ana Laise de Oliveira Rodrigues

Acadêmica do 6º período do
Curso de Direito da UFRN.

Julliane Pinto de Aquino

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

Os recursos especiais, oriundos da Constituição Federal brasileira de 1988, consistem em um instrumento processual eficaz no controle da legislação federal. Os recursos repetitivos por sua vez, enunciados pela Lei 11.672/08, atuam nesse controle, com foco principal na celeridade processual, ao mesmo tempo em que preza pela proteção da ampla defesa e de uma prestação jurisdicional efetiva. Portanto, o estudo da função, aplicabilidade e instrumentalidade de tais recursos, com fundamento nos princípios processuais, em obediência à Constituição Federal e ao cumprimento do dever de justiça, é feito através de uma análise teórica descritiva e da utilização de dados concretos, é que se dá o desenvolvimento do presente artigo.

Palavras-chave: Recurso Especial. Recursos Repetitivos. Ampla Defesa. Princípio do contraditório.

1 INTRODUÇÃO

O devido processo legal, consagrado no seio da Constituição Federal em seu art. 5º, LIV, como meio de garantir a concretização de direitos, acarreta a finalidade de solucionar controvérsias, no entanto, uma decisão proferida não necessariamente será a única, tendo aquele que se sentir prejudicado, a possibilidade de pedir revisão da sentença para a mesma autoridade ou outra que lhe seja superior na hierarquia judicial.

Neste sentido, temos os recursos como forma de corroborar para uma prestação jurisdicional efetiva, de acordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, através dos quais, é possível a satisfação de interesses e direitos que porventura tenham sido negados. Sendo assim, nas linhas que se seguem, discorreremos com fulcro na interposição e imprescindibilidade dos recursos processuais, seus princípios norteadores e mais precisamente, dando ênfase às inovações trazidas pela Lei 11.672/08, o que faz com que a atividade jurisdicional, diante da complexidade do corpo social existente hodiernamente, tenha que se adequar à celeridade e à ampla defesa, de maneira que ambas estejam coordenadas, para a garantia de um processo justo.

2 RECURSOS PROCESSUAIS

Com relação aos recursos processuais, conforme preleciona sabiamente Misael Montenegro:

O recurso caracteriza-se como instrumento processual utilizado pela parte que tenha sofrido gravame com a decisão judicial para obter a sua reforma, a sua invalidação, o seu esclarecimento ou a sua integração, com a expressa solicitação de que a nova decisão judicial seja proferida, que pode ou não substituir o pronunciamento hostilizado¹.

¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2006. p. 40.



Em seguimento ao disposto anteriormente pelo citado doutrinador, de forma ampla entendemos ser este um instrumento processual definido em lei que se encontra à disposição das partes e outros sujeitos devidamente legitimados, o qual tem a finalidade de impugnar total ou parcialmente decisão que não tenha ainda transitado em julgado e nem houver sido preclusa dentro do mesmo processo e mediante cumprimento dos requisitos próprios. Esta impugnação poderá ocorrer perante o mesmo órgão que prolatou a decisão impugnada ou por outro que tenha competência para tanto. A consequência disso é que esta decisão recorrida poderá ser reformada, invalidada, aclarada ou integrada ao decisório, podendo ainda ocorrer outros efeitos como o impedimento da formação da coisa julgada. Sendo assim, temos o recurso como reexame de decisão insatisfatória para uma das partes.

2.1 Princípios Aplicáveis

Os princípios inerentes aos recursos processuais se referem ao bom funcionamento do aparato judicial. Eles servem de base a juristas que através da fonte normativa material, usam o processo como forma de atingir objetivos garantidos juridicamente.

Em primeira análise temos o duplo grau de jurisdição. Há quem afirme que ele está implícito na CF/88, fundamentando essa vertente com saber no disposto no art. 5º, LV, que prevê “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, assim como os subsequentes artigos 102 e 105 da Carta Magna, os quais expõem a competência do STF e do STJ. A consequência disso é que o duplo grau de jurisdição poderia ser limitado, sem que isto seja considerado inconstitucional. Para Cássio Scapinella Bueno (2008), o duplo grau de jurisdição é a demonstração de que toda decisão proferida por um órgão *a quo* é passível de recurso para outro *ad quem*, o qual revisará a decisão daquele órgão.

É válido salientar que o princípio do juízo natural deve ser respeitado em sua plenitude, sendo assim não se admite que sejam discutidas apenas diante do tribunal recursal questões que deveriam ter sido abordadas diante do juiz de primeiro grau. Como preleciona Marinoni (2009, p. 509), “em princípio o tribunal (ad quem) não pode conhecer matérias não abordadas pelo juiz recorrido (a quo), sob pena de supressão de instância”.

Temos ainda o princípio da *reformatio in pejus*, onde na possibilidade de um recurso ser interposto por uma das partes, a revisão judicial não pode



piorar sua situação, por dois motivos: para que não extrapole o âmbito da matéria devolvida na interposição do recurso, ou, também, em virtude da não apresentação de recurso pela parte adversa. Quando interposto por ambos os pólos da relação processual, obviamente uma das partes sairá perdendo. As exceções são as enumeradas no art. 301 do CPC, com exceção do inciso IX. Importante salientar que este princípio não vigora para as normas de ordem pública, já que nestes casos há a relação com o efeito translativo do recurso.

Por força do artigo 496 do Código de Processo Civil todos os recursos do ordenamento jurídico brasileiro devem ser previstos de acordo com o art. 22, I da CF. Só existem recursos se lei federal prevê ou vier a prever. Assim, a enumeração constante na lei é exaustiva. Desse modo, deve-se obediência ao princípio da taxatividade, que versa sobre a exigência de competência normativa para dispor sobre os recursos processuais.

O princípio da fungibilidade, também pertinente à matéria em foco, advém do princípio da instrumentalidade das formas, indicando que se houverem dúvidas, um recurso incabível poderá ser considerado válido para reforma de uma decisão. A parte não poderá ser prejudicada pela interposição de um recurso errado, salvo em hipóteses grosseiras, devendo o mesmo ser conhecido pelo órgão ad quem. Exige-se alguns requisitos para aplicação desse princípio, quais sejam: dúvida objetiva e menor prazo, os quais significam, respectivamente, que deve haver divergência de interpretação quanto ao recurso cabível, principalmente na jurisprudência e a importância de se ter uma noção se houve ou não má fé quando interposto o recurso.

O ato da interposição de recursos deve ser voluntário, ou seja, a própria parte interessada na resolução da matéria deve apresentar de maneira espontânea a impugnação cabível. E por último, também chamado de princípio da singularidade ou unicidade, Marinoni (2009, p. 510) também admite que há “para cada um dos recursos, uma função determinada e uma hipótese específica de cabimento”. No mesmo processo pode haver vários recursos, mas apenas um para cada decisão. No entanto, de acordo com a hipótese do art. 498 do CPC recurso especial e extraordinário são cabíveis contra uma mesma decisão, mas mesmo assim, eles não se confundem.

2.2 Espécies de Recursos

De acordo com o princípio da taxatividade, eles estão expressos em lei, mais precisamente no artigo 496 do CPC, quais sejam, agravo, apelação, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso



especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário; assim como os embargos infringentes disciplinados pelo art. 34 da Lei 6.830/80, o recurso inominado (Lei 9.099/95) e o agravo inominado (Lei 8.437/92).

Os recursos especiais, de maneira específica, surgem como uma maneira de uniformização de lei federal, para proteger o direito objetivo da ordem jurídica. É do que trataremos a seguir.

3 RECURSO ESPECIAL

3.1 Considerações sobre a evolução dentro do direito brasileiro

Do ponto de vista histórico, seria um desmembramento do recurso extraordinário. Após o advento da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Superior Tribunal de Justiça para atuar no controle federativo, com fulcro na legalidade das decisões proferidas nos Tribunais Estaduais e Federais, tem a função de analisar questões de direito relativas à lei federal, de competência do STJ. O instrumento em questão, desafogou o STF das demandas relativas à matérias que não versem exclusivamente sobre a proteção de dispositivos da CF.

3.2 Aplicabilidade

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recursos especiais, de acordo com o estabelecido pela Constituição federal no art. 105, III em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Em outras palavras, o recurso especial apenas julga sobre matérias de direito, jamais de fato, tendo em vista que esse deverá ter sido discutido exaustivamente nas instâncias anteriores. Seria então, o cumprimento do requisito de admissibilidade do prequestionamento. O âmbito de discussão aqui se limita, exclusivamente, à aplicação dos direitos sobre o fato, sem mais



se discutir se o fato efetivamente existiu ou não². O entendimento da súmula nº 7 do STJ é nesse sentido. Com relação a divergências entre julgados proferidos pelo mesmo tribunal, também não cabe recurso especial, como bem compreende as súmulas 13 e 83 do STJ.

O recurso especial assemelha-se ao extraordinário em virtude de ambos serem direcionados para garantir ao ordenamento jurídico o bom funcionamento do regime federativo, em obediência à Carta Magna e Lei Federal. Doutrinariamente são denominados de recursos de fundamentação vinculada (MARINONI, 2008, p.569) ou ainda de recursos excepcionais (CÂMARA, 2010, p.121), no entanto, os recursos extraordinários têm previsão própria, também estabelecida pela CF, embora ambos sejam disciplinados conjuntamente na Seção II do CPC brasileiro. No entendimento de Elpídio Donizzeti (2009, p.526):

Nesse ponto, portanto, há uma grande diferença do recurso especial em relação ao recurso extraordinário, pois não se admite o cabimento daquele recurso em decisões, ainda que de única ou última instância, que não sejam oriundas de tribunais.

Como dito anteriormente, somente quando se esgotarem os recursos ordinários será possível interpor o especial, muito embora unicamente contra as decretadas por Tribunais Federais ou Tribunais de Justiça, de acordo com a previsão da legislação constitucional. Não se admite, pois, recurso especial contra decisão proferida pela turma recursal dos Juizados Especiais Cíveis ou qualquer órgão jurisdicional de primeira instância (CÂMARA, 2010, p.123), como previsto na súmula 203 do STJ.

4 O CONTEXTO DA EDIÇÃO DA LEI 11.672/08

A lei 11.672/08 que introduziu o artigo 543-C ao Código de Processo Civil no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, está inserida dentro de um contexto em que se busca a celeridade processual, tendo em vista a prestação da atividade jurisdicional que há tempos se via criticada por sua demora. Foi,

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de processo civil: Processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2008. P. 570.



neste sentido, que a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou um novo inciso, o LXXVIII, ao artigo 5º da Carta Magna dispondo que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Esta alteração está ligada principalmente à idéia de amplo acesso à justiça, já que não basta o ingresso em juízo, mas sim a satisfação da tutela jurisdicional em um espaço de tempo razoável sem deixar de lado as garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos. Como demonstra Humberto Theodoro Júnior, em artigo publicado na Academia Brasileira de Direito Processual Civil, a crítica à justiça não está adstrita ao Brasil, muitos países europeus também se mostram insatisfeitos com a prestação jurisdicional. Segundo o autor:

A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.³

Assim é que a legislação processual civil vem sendo largamente reformada, o que tem sido alvo de críticas por alguns doutrinadores os quais alegam que o Estatuto Processual é uma “colcha de retalhos”. Entretanto, a forma tomada pela legislação não é mais importante que o objetivo do princípio constitucional inserido pela Emenda acima citada.

Uma das formas encontradas para atingir tal escopo é justamente a uniformização de soluções para situações uniformes, ou seja, a verticalização de jurisprudência no Processo Civil, o que é encontrado não só na lei 11.672/2008, mas também com o art. 285-A, que trata do julgamento liminar de mérito ou improcedência *prima facie*; o art. 518, §1º que aborda a súmula impeditiva de recurso; os arts. 543-A e 543-B, os quais disciplinam repercussão geral por amostragem no recurso extraordinário e com a Lei 11.417/2006 (súmula vinculante), entre outros⁴, o que levaria a um desafogamento de processos nas Cortes Supremas.

Essas alterações advêm do fato de cada vez mais se entender que

³ Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 21/04/10

⁴ Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/HaroldoLourenco.pdf>>. Acesso em 22/04/10.



a aplicação ou a interpretação de qualquer norma não poder ser desatada da Constituição Federal, o que, de certo modo, fez com que o Código de Processo Civil de 1973 elaborado por Buzaid enfraquecesse, pois a Carta Magna confere ao direito processual civil garantias e princípios constitucionais, criando o chamado Direito Processual Constitucional. O plano infraconstitucional, desta maneira, só se justifica se o plano constitucional for primeiramente visualizado.

Percebe-se, portanto, que a edição de tais leis são tentativas de o legislador criar uma “via de escape” ao poder judiciário, através da imposição de dificuldades na remessa dos recursos especial e extraordinário, já que muitos advogados pretendem com eles a reforma da decisão, o que não é a finalidade destes recursos, sendo esta, essencialmente, a uniformização de legislação federal pelo STJ e a pacificação de divergências no que se refere à Constituição Federal pelo STF. Sendo assim, e conforme entendimento de Poliana da Silva Alves⁵, estas cortes não podem ser vistas como uma terceira instância.

5 APLICAÇÃO DA LEI 11.672/08

A lei 11.672/08 cuidou da disciplina para o procedimento de recursos especiais repetitivos, significando que estes têm a mesma questão de direito. Assim é que o artigo 543-C, caput, do Código de Processo Civil tem a seguinte redação:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

Deste modo, podemos dizer que esta lei se aplica às demandas repetitivas que são aquelas em que há várias outras idênticas no que concerne ao pedido e a causa de pedir, sendo diferente apenas os elementos subjetivos. Pode-se dizer que são hipóteses de recursos repetitivos demandas dirigidas por consumidores em face de empresas de telefonia fixa para questionar a legitimidade da cobrança da assinatura mensal fixa (CÂMARA, 2010, p.133).

Segundo o que dispõe o artigo 2º da *novel lex* o que está disposto

⁵ Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26798/Desist%C3%A2ncia_Recurso_Poliana.pdf?sequence=1 >. Acesso em 23/04/10



nela se aplica aos recursos já interpostos por ocasião do início da sua entrada em vigor. Isto não causa prejuízos, nem mesmo ao ato jurídico perfeito, porque a referida lei trata apenas de questões de procedimento e não de admissibilidade do recurso especial. Em termos práticos, o STJ já considerou como sendo recursos repetitivos a questão da cumulação de auxílio-acidente e aposentadoria em face a edição da lei n.º 9.528/97, que a veda⁶; a legitimidade ou não de cobrança de tarifa de assinatura mensal relativa à prestação de séricos de telefonia e a existência, ou não, nessa causa, de litisconsórcio passivo necessário entre a empresa concessionária de telefonia e a ANATEL⁷

Cabe aqui destacar os resultados que a implementação da lei 11.672/08 está trazendo para diminuição do número de recursos no STJ e maior celeridade nos julgamentos.

5.1 Dados estatísticos do julgamento de recursos especiais no STJ

Pode-se dizer que, de acordo com o relatório anual de gestão estratégica, em 2007⁸ entre os processos julgados (330.257), 91.851 eram recursos especiais, sendo que a 54,37% foi dado provimento, a 38,20%, negado, e 7,43% incluem-se na categoria “outros”.

Em 2008⁹, havia um total de processos julgados de 354.042, sendo que desses 106.984 eram recursos especiais tendo sido dado provimento a 49,37%, 40,25% foi negado, 8,24% não foram conhecidos e 2,20% encontram-se na categoria “outros”.

Já no ano de 2009¹⁰, é importante se frisar que o relatório de gestão estratégica faz referência ao número de recursos repetitivos. Dentro destes, houveram 299 recursos afetados, sendo que 34 eram da Corte especial e 14 foram julgados; 180 eram da primeira seção, tendo sido 107 julgados; 37 da segunda seção e 12 julgados; 48 da terceira seção e 21 julgados, perfazendo uma soma de 154 recursos repetitivos julgados. Houve neste ano julgamento total de 328.718 processos, de modo que destes 71.470 referiam-se a recursos

⁶ Disponível em http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_assunto.asp. Acesso em 25/04/2010.

⁷ Disponível em http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_assunto.asp. Acesso em 25/04/2010.

⁸ Fonte <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>

⁹ Fonte <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>

¹⁰ Fonte <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>



especiais, os quais foi dado provimento a 30,60%, 50,68% foi negado o provimento, 7,25% não foram conhecidos e 3,47% encontram-se na categoria outros.

Assim, vemos que de uma proporção de 27,81% em 2007 e 30,21% em 2008, passou-se para 21,10% o total de recursos especiais encontrados no STJ.

5.2 O Procedimento

Como visto, a lei 11.672/2008, introduziu ao CPC o artigo 543-C que estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A par disto, é mister adentrar no procedimento estabelecido pela lei. Será verificado aqui não só o dispositivo em comento, mas também, como afirmado no tópico anterior a resolução 08 do STJ a qual também estabelece os procedimentos para os recursos repetitivos.

Primeiramente, deve ser verificada a interposição de vários recursos especiais que versem sobre a mesma questão de direito. O presidente do órgão a quo é quem tem competência para admitir recursos que irão representar a controvérsia. Poderá fazê-lo também o vice-presidente do órgão a quem, por determinação do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

É preciso entender que esta escolha deve tomar por base um exame qualitativo do recurso para que este possa bem representar os outros que serão sobrestados no órgão inferior, esperando decisão do STJ. A questão debatida, entretanto, deve ser relevante num enfoque econômico, social, político jurídico, não podendo estar adstrito a interesses pessoais das partes¹¹. Caso não haja um recurso que represente de forma adequada todos os outros, determinar-se-á a subida de tantos recursos quantos forem necessários para que todas as questões sejam analisadas pelo Tribunal da Cidadania. Como anota Alexandre Freitas Câmara, é relevante que sejam ouvidos o Conselho Seccional da OAB, o Ministério Público e outros órgãos que possam fornecer subsídios para a decisão, podendo estes serem considerados *amicus curiae* (CÂMARA, 2010, p.134).

Conforme o disposto no §2º do artigo 543-C do Diploma Processual Civil, o relator, ao identificar que já existe jurisprudência dominante sobre a

¹¹ MATHEUS, Geovana Rezende Vieira. **Função uniformizadora do recurso especial e defesa da lei federal**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22461/Fun%C3%A7%C3%A3o_Uniformizadora_Geovana.pdf?sequence=1>. Acesso em 25/04/10.



questão ou que a controvérsia já está submetida a órgão colegiado competente, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, nos tribunais de segunda instância. O eminente autor acima citado afirma que apesar de a lei utilizar o verbo “poderá”, o sobrestamento dos recursos não é uma faculdade, mas um “poder-dever”, já que o juiz não tem faculdades no processo (CÂMARA, 2010, p.134).

A lei 11.672/08, ainda prevê que o Ministro relator poderá solicitar informações aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia, as quais deverão ser prestadas no prazo de quinze dias, quando acreditar não ter todos os requisitos necessários para apreciar a questão, conferindo segurança jurídica e fazendo com que o procedimento seja analisado adequadamente. Aliado a isto, encontra-se o disposto no §4º do artigo 543-C que permite a manifestação, conforme o regimento interno do STJ e considerando a relevância da matéria, de *amicus curiae*.

A par disto, os autos deverão chegar ao Ministério Público, abrindo-se vista pelo prazo de quinze dias, sendo que após o pronunciamento do *Parquet*, haverá o julgamento dos recursos, os quais terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (§5º do artigo 543-C do CPC).

Após o julgamento dos recursos representativos, duas hipóteses poderão ocorrer com aqueles que ficaram sobrestados no juízo *a quo*: a primeira está relacionada ao fato de a decisão proferida pelo STJ está em consonância com a que lhe foi dada, tendo, deste modo, seguimento denegado; e a segunda é a hipótese de a decisão do órgão de segunda instância ter sido divergente da tomada pelo Superior Tribunal de Justiça. Aqui, o órgão *a quo* poderá rever sua decisão, que caso seja modificada passar-se-á ao exame de admissibilidade do recurso especial. Há que se lembrar que a decisão advinda do Tribunal Superior não tem eficácia vinculante, podendo o tribunal de segunda instância adotar interpretação diferente do primeiro. Como afirma o professor Alexandre Freitas Câmara “se nem as decisões do STF podem ter tal eficácia (ressalvada, evidentemente, a súmula vinculante), não poderia tê-la as decisões do STJ em recurso especial” (CÂMARA, 2010, p.135).

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO ACUSATÓRIO

O princípio da ampla defesa, insculpido no artigo, inciso LV da Carta Magna, quer significar que aquele que está litigando em processo judicial



se defenderá de todas as formas possíveis para alcançar a satisfação da sua pretensão. É isso que se extrai do dispositivo acima citado quando dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes.

Deste modo, também se nota que a ampla defesa e o contraditório, no processo civil, são assegurados tanto à parte autora, como à parte ré, o que é oposto ao processo penal, no qual estes princípios só são aplicados aos acusados em geral, como se pode perceber pela redação do dispositivo.

O contraditório é um elemento que está contido na ampla defesa. Este princípio implica em que as partes devem ser cientificadas tanto da existência de um processo, quanto dos atos praticados neles para que através desta cientificação possa se defender. Isto decorre da bilateralidade de manifestação dos litigantes e do equilíbrio que deve haver entre eles.

Estes dois princípios estão ainda contidos no devido processo legal que a ausência faz acreditar na inexistência do próprio Estado Democrático de Direito. Não se trata de um princípio específico, mas de um conjunto destes, quais seja: o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), vedação de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI, CF), duração razoável do processo, introduzido pela Emenda Constitucional 45, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), entre outros.

6.1 Ampla defesa e contraditório x Celeridade processual

Os princípios processuais supracitados requerem uma análise cuidadosa do processo pelo Poder Judiciário, justamente para que sejam produzidas todas as provas, sejam feitas todas as alegações e as partes possam se defender de maneira ampla, alcançando, assim, os direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal.

O grande problema desta situação é que com a evolução da sociedade, as lides tem se tornado cada vez mais complexas e o amplo acesso ao judiciário tem levado as pessoas cada vez mais à procura desta função do poder, acarretando numa quantidade exorbitante de processos. Considerando que a estrutura judiciária é ainda deficiente no que diz respeito a quantidade de magistrados para julgamento das lides, o resultado é a demora para decisão das mesmas, que, como já salientado anteriormente, leva a uma sensação de injustiça, mesmo que a parte saia do pleito vitoriosa.

Ademais, a sistemática processual recursal dá margens a um senti-



mento de que a decisão proferida em primeiro grau não é senão uma simples passagem às instâncias superiores, sendo que, por este sentimento, são estas que proferem as decisões corretas. É neste sentido que muitos doutrinadores alegam que o juiz monocrático não tem valor em nosso ordenamento jurídico sendo este o motivo pelo qual os tribunais superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, estão abarrotados de processos.

Visando atenuar a morosidade em que se encontra o judiciário foi que veio a Emenda Constitucional 45, inserindo a duração razoável do processo e os meios para a celeridade processual. Foi assim o Poder Legislativo aprovou a edição de novas leis que modificaram o CPC, objetivando a conformidade com Lei Maior. É aí que se encontra a lei 11.672/08, mais conhecida como lei dos recursos repetitivos.

Questionamento feito pela doutrina refere ao fato de esta lei, por limitar o número de recursos especiais que irão ao STJ, contrapor-se à ampla defesa e ao contraditório.

Em primeiro lugar, a emenda constitucional 45 deu tom expresso à duração razoável do processo. Isso quer dizer que os julgamentos processuais não podem atingir extremos e, sendo assim, deverão ser consideradas todas as formas que a parte dispuser para que satisfaça seu direito. O que não se poderia permitir, diante do atual contexto, é que a disputa se alargue no tempo, o que em muito poderia significar uma ampla defesa e um contraditório protelatórios, não sendo isto permitido pelo nosso ordenamento jurídico.

A despeito disto, vimos que a criação do recurso especial e do próprio STJ se deu justamente para desafogar os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, tendo o primeiro, atribuição de atuar no controle federativo. Porém, devido ao grande número de processos repetidos, o órgão, que aliviaria a quantidade de processos da Corte Suprema, se encontrava saturado, prejudicando outros julgamentos. Neste sentido, é válida a edição da lei que procurou dar mais celeridade a estes recursos, já que tratam da mesma questão de direito, sendo diferentes apenas os elementos subjetivos.

Cabe lembrar também que o Superior Tribunal de Justiça aprecia apenas as questões de direito. As questões de fato já devem ter sido apreciadas por instâncias inferiores, já devendo terem sido exaustivamente discutidas, o que leva a crer que a ampla defesa e o contraditório já foram concretizadas. Assim concordamos com o que diz Elias Cabral de Souza Lima, quando afirma que se deve fazer uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais de maneira que as partes usufruam de todos instrumentos oferecidos pelo ordenamento, porém a manifestação do Estado-Juiz deve ser baseada na



celeridade e efetividade de sua decisão, fulcrando-se no princípio da eficiência, o qual, pela Emenda Constitucional 19, tornou-se expresso na Constituição Federal, dando-lhe maior destaque e objetivando um modelo gerencial de administração pública e não um burocrático.

Além disso, consideramos que o fato de o §7º do artigo 543-C permitir o juízo de admissibilidade para novo recurso especial das decisões de segunda instância em desacordo com a que foi tomada pelo STJ na análise do recurso modelo, é uma maneira de garantir a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição. Trata-se da hipótese de reexame necessário, criticado por Elpídio Donizetti (2009, p.529), uma vez que o renomado doutrinador acredita que retirar processos de um tribunal e colocar para outro que está, da mesma forma, abarrotado de processos não contribuirá efetivamente para a celeridade processual. Se, de certo modo, não se garante esta, podemos concluir que a intenção do legislador foi a de assegurar a mais ampla defesa e o contraditório.

7 CONCLUSÃO

Em resumo, podemos afirmar que os recursos especiais, imprescindíveis para a garantia da ordem constitucional, são aplicáveis quando da violação de lei federal, julgando o Superior Tribunal de Justiça apenas as questões de direito e não as de fato, as quais já devem ter sido apreciadas em instâncias inferiores. As possibilidades do recurso especial estão previstas diretamente na Constituição que como se viu procurou criar uma forma de impugnação de decisões que diminuísse para o Pretório Excelsior a quantidade de recursos, os quais lhe eram submetidos. É assim que podemos concluir que o recurso especial e o recurso extraordinário funcionam, em analogia, como irmãos.

Entretanto, devido à inúmeras críticas feitas ao Poder Judiciário que em muito demorava a prolatar seus julgamentos, devido ao grande número de processos, a Emenda Constitucional 45 veio a introduzir a celeridade processual no artigo 5º da Carta Magna, promulgando-se a lei de recursos repetitivos. Esta, como visto, não se encontra em desacordo com outras garantias constitucionais e, principalmente, com a ampla defesa e o contraditório.

Sendo assim, os reflexos dessa lei são extremamente positivos, uma vez que ao limitar o número de recursos especiais encaminhados ao Tribunal da Cidadania, diminui também o tempo para se encerrar uma lide, que não pode se prolongar no tempo. É também garantia de que os cidadãos têm pleno



acesso ao Poder Judiciário e certeza de que seus problemas serão resolvidos com eficiência dentro de um espaço de tempo que lhes permita uma defesa ampla e um contraditório efetivo.

É com atitudes como esta que, aos poucos, se retira o sentimento de injustiça que ronda toda a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3166>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

ALVES, Poliana da Silva. **Desistência do recurso especial repetitivo: Uma solução alternativa**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26798/Desist%C3%AAncia_Recurso_Poliana.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 abr. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. 2v.

DIDDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA., Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: Lumen Júris, 2009. 3 v.

DONIZZETI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

LIMA, Elias Cabral de Souza. **Verticalização de jurisprudência e cerceamento**



de defesa. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2048, 8 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12299>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

LOURENÇO, Haroldo. **Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos. Uma proposta.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/HaroldoLourenco.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento.** São Paulo: RT, 2008.

MATHEUS, Geovana Rezende Vieira. **Função uniformizadora do recurso especial e defesa da lei federal.** Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22461/Fun%C3%A7%C3%A3o_Uniformizadora_Genovana.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 abr. 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil.** 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2006. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 abr. 2010

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência das reformas da lei processual.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2010.



THE APPLICABILITY OF SPECIAL APPEAL AND THE REFLEXES OF LAW 11.672/08

ABSTRACT

The special appeals, from the Brazilian Federal Constitution of 1988, consist in a tool of the lawsuit effective in the control of federal law. In this sense, there are the repetitive appeals, enunciated by the law 11.672/08, which act in that control, focus mainly in celerity judicial proceedings, at the same time appreciating the protection of legal defense and an effective judicial services. Therefore, the study of function, applicability and instrumentality of mentioned appeals, based in principles of lawsuit, in obedience to the Federal Constitution and accomplishment of duty of justice, is done through of theoretical descriptive assay and using of concrete data, takes the development of this article.

Keywords: Special appeals. Repetitive appeals. Legal Defense. Adversarial proceeding.



A INGERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DETERMINAÇÃO DAS SANÇÕES DECORRENTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Amanda Farias Galvão Santos

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN.

Priscila Cristina Cunha do Ó

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo tecer algumas considerações acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade como norma conformadora do correto estabelecimento das sanções no processo administrativo disciplinar. Para tanto, debruça-se sobre as primeiras noções do aludido processo, suas modalidades e afins, sua estrutura principiológica até a análise mais acurada da relevância da proporcionalidade para a solução de impasses jurídicos, porquanto seja um fator determinante da constitucionalidade ou não da sanção. Desta feita, conclui-se que o aplicador do direito administrativo sancionador deve identificar qual opção melhor se amolda ao interesse público, observando princípios como o da finalidade e eficiência, não podendo, outrossim, se abster do bom senso, da justiça e do equilíbrio.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Princípio da proporcionalidade. Constitucionalidade das sanções disciplinares.

1 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar é constituído por um conjunto de atos concatenados e volvidos para a apuração da falta funcional cometida por servidor público e estabelecimento da punição correspondente. Nesse esteio, para a conveniente elucidação da matéria, lapidar trazer à baila a definição encartada no art. 148 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*: “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

Diógenes Gasparini (2008) aponta dois fundamentos que permitem à Administração Pública instaurar tal processo. O primeiro é de ordem constitucional, como na hipótese do art. 5º, inciso LV, que dispõe aos acusados o contraditório e a ampla defesa, e do art. 41, § 1º, o qual faz exigência da ampla defesa no processo administrativo que despeça servidor estável. Desta monta, a ampla defesa só poderá ser viabilizada por intermédio de processo administrativo disciplinar. Já em pertinência ao segundo fundamento, seria ele de ordem legal, isto é, a instauração deve estar amparada em lei, como acontece na Lei nº 8.112/90, dispondo em seu art. 143 que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao acusado a ampla defesa”.

Importante versar neste ponto que se a autoridade conhecer da infração a qual não se encontra abarcada no âmbito de sua competência, deverá ela representar à autoridade competente. A apuração de possíveis irregularidades não implica necessariamente em sanção, tendo em vista que o servidor poderá ser absolvido ao fim da instrução. Cabe consignar que há possibilidade de instauração do processo administrativo disciplinar em face de servidor já dela desvinculado, isto porque podem existir razões anteriores à exoneração que justificam sua demissão do serviço público (GASPARINI, 2008, p. 1008).

Dito o posto, observa-se a obrigatoriedade do processo administrativo disciplinar sempre que um servidor for acusado do cometimento de uma infração, tendo em vista ser esse o meio de realizar garantias constitucionais. Do contrário, deve-se pugnar pela nulidade do processo.



1.1 Fases do Processo Administrativo Disciplinar disciplinado pela Lei nº 8.112/90

É cediço que cada ente federativo pode estruturar o procedimento a ser seguido na apuração da falta funcional, contudo, como na prática observa-se a repetição do padrão estabelecido na Lei nº 8.112/90, vale analisar as disposições nela albergadas.

As etapas do processo administrativo disciplinar são três, a saber: instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; inquérito administrativo, nele contidos a instrução, defesa e relatório; e, por fim, o julgamento. Em relação ao primeiro ato, importante que ele defina, mesmo que o faça de modo genérico, os fatos que são objeto do processo, ou seja, a materialidade da infração, assim como os indícios de autoria, embora a lei seja silente quanto a esses requisitos. A competência para a aludida instauração, *a priori*, é da autoridade titular da competência para impor a sanção administrativa, podendo, todavia, que lei ou regulamento dissociem as duas competências, de modo que o art. 141 da Lei nº 8.112/90 (que versa acerca das autoridades competentes para a aplicação das penalidades) seja respeitado. Ainda, acerca desta fase, vale ressaltar que o ato de instauração do processo administrativo constitui o termo inicial para o prazo de sua conclusão, ficando previsto em sessenta dias, conforme o art. 152 do diploma em comento.

O inquérito administrativo é destinado à produção de provas no que compete aos fatos indicados na fase anterior. Apesar de ser assegurada ao acusado a ampla defesa nesta fase, não quer dizer que, necessariamente, ele produza, desde já, algum tipo de defesa. Insta, nesse ínterim, aduzir que ao acusado será concedido o direito de acompanhar a produção de provas que a comissão reputar necessárias, produzindo as que tiver interesse, competindo ao presidente da comissão ordenar a produção de provas, podendo rejeitar as que julgar meramente protelatórias, consoante o art. 156 da lei em apreço. Produzidas as provas, haverá o interrogatório oral do acusado, sendo este reduzido a termo escrito.

Por conseguinte, conforme os termos do art. 161, caso as provas indiquem a existência de infração disciplinar, o servidor será indiciado, com a explícita especificação dos fatos reprováveis e ele imputados, com as respectivas provas. Ato contínuo, será ele citado pessoalmente para apresentar, em dez dias, sua defesa escrita. Na hipótese de ele não ser encontrado para inti-



mação pessoal, a citação será consumada pela imprensa oficial em jornal de grande circulação no último domicílio conhecido, ofertado o prazo de quinze dias para apresentação da dita defesa. Sendo o acusado revel, será nomeado curador dativo, conforme previsão do art. 164 e seus parágrafos (§ 1º e § 2º).

Após a apreciação da defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, indicando seu entendimento quanto à inocência ou culpabilidade do servidor, incluindo a expressa capitulação legal da infração e indicação de agravantes e atenuantes, encaminhando os autos à autoridade competente que instaurou o processo, podendo ser esta a titular ou não da competência para decidir (JUSTEN FILHO, 2009, p. 870-871).

O julgamento resta previsto nos artigos 167 a 173. Assim sendo, da inteligência de tais dispositivos, depreende-se que a competência será fixada conforme a gravidade da sanção, sendo o julgamento único e proferido pela autoridade competente para impor a sanção mais grave. A princípio, deverá a autoridade verificar a regularidade do procedimento, pois, havendo alguma ilegalidade, caberá pronunciar o vício, determinado sua nulidade parcial ou total, nomeando outra comissão para dar seguimento à questão. Não havendo nulidade a ser declarada, a autoridade analisará o relatório feito pela comissão e irá compará-lo com as provas contidas nos autos. Nesse passo, importante esclarecer que a autoridade julgadora não é vinculada pelas conclusões do relatório; entretanto, quando houver proximidade entre a conclusão do relatório com as provas dos autos, a lei reconhece a necessidade que tal correspondência seja prestigiada, principalmente se for no sentido da inocência do acusado, ressalvadas as hipóteses do relatório ser flagrantemente contrário às provas dos autos ou ao direito aplicável ao caso.

Em outros termos, se o relatório traduz corretamente a interpretação da lei frente os fatos apurados, a autoridade competente emitirá julgamento consonante com o proposto. Agora, na suposição de haver dissonância entre relatório e relação jurídica adequada, perfeitamente possível que julgue de forma diversa do proposto, devendo, por óbvio, justificar tal postura. Entendendo que há provas de ato reprovável de autoria, imporá ao acusado a sanção cabível, ponderando agravantes e atenuantes, devendo tal dosimetria respeitar os princípios fundamentais do direito penal. Devem, outrossim, ser garantidos os princípios do contraditório e ampla defesa quando houver discordância entre os fatos descritos no ato de instauração do processo e aqueles que conduzem ao indiciamento, reclamando a reabertura de oportunidade de produção de provas.

Nesta ocasião, interessante lembrar que se a conduta praticada pelo



servidor também configurar crime ou contravenção penal, caberá à autoridade que determinou a instauração do processo administrativo disciplinar encaminhar cópia do ato de instauração acompanhada dos documentos pertinentes. Consoante o art. 154, parágrafo único, da lei do regime jurídico único dos servidores da União, na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente deverá encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar. Ressalte-se que, apesar de as responsabilidades administrativas, penal e civil serem independentes entre si, a absolvição criminal, fundada na ausência de existência da materialidade ou da autoria, acaba por extinguir a possível responsabilidade administrativa do servidor. Noutro giro, a aplicação da pena disciplinar não está sujeita à conclusão dos processos civis e penais eventualmente instaurados em razão do mesmo fato.

No que concerne à prescrição da ação disciplinar, deverá ser seguida a regra do art. 142, o qual prevê que o início do curso do referido prazo é a partir da data do conhecimento da ocorrência do fato. Desta feita, o prazo será de cinco anos em relação a eventos para os quais a lei comina penas mais graves; de dois anos quando a pena prevista for de suspensão; e de cento e oitenta dias quando a pena prevista for de advertência. Sobre a temática da prescrição, importante fazer empréstimo das lições de Marçal Justen Filho (2009, p. 872-873):

É duvidosa a caracterização de prescrição, na acepção técnica do vocábulo. Se a expressão prescrição for reservada para indicar a extinção do direito de ação, o caso será muito mais de decadência – entendida como a perda de uma pretensão de direito material em vista do decurso do tempo. No entanto, o art. 142, §3º, determina que a abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar produzem “efeito interruptivo da prescrição” até a data da decisão final proferida pela autoridade competente, voltando o prazo a correr (se for o caso) a partir de então. Logo, existiria uma decadência sujeita à interrupção, muito mais do que uma prescrição propriamente dita.

Outro ponto salutar a ser abordado é a hipótese do art. 147 que trata do afastamento preventivo com vistas de que o servidor não venha a



influir na apuração da irregularidade, podendo a autoridade instauradora do processo disciplinar determinar a afastamento do acusado do exercício do cargo, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Porém, há a necessidade de estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, referindo-se ao risco do servidor interferir na produção da prova.

Imprescindível que haja cautela, tendo em vista que a autoridade titular da competência para requerer a consumação do afastamento cautelar é a mesma que decreta a instauração do processo. Sendo assim, importante que esta ação seja motivada, nos planos da situação objetiva de risco de ineficácia da decisão definitiva e da aparência do bom direito. Aqui, mister que a avaliação dos provimentos antecipatórios seja norteadada pelo princípio da proporcionalidade (JUSTEN FILHO, 2009, p. 874), assunto que aprofundaremos no decorrer deste escrito.

1.2 Sanções disciplinares previstas na Lei nº 8.112/90

Feitas as considerações acerca das fases do processo administrativo disciplinar, voltemos ao art. 127 da lei ora em tela para conhecer quais as punições disciplinares contidas em seu bojo.

O rol de sanções abarca: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. Antes de discorrer acerca de cada uma delas, importante trazer à baila que a sanção disciplinar tem duas funções: a preventiva, a qual induz o servidor a precaver-se a não transgredir as regras disciplinares e funcionais a que se encontra subordinado, e a repressiva, pela qual se espera restaurar o equilíbrio funcional abalado pela transgressão do servidor através da sanção imposta.

A advertência surge como a pena mais branda em relação às demais e é aplicada verbalmente. Poderá haver efeitos acessórios desta, como, por exemplo, a redução da avaliação positiva para fins de promoção por merecimento. Já a repreensão seria uma censura, por escrito, aplicada ao servidor infrator, podendo gerar efeitos quanto à sua progressão funcional.

A suspensão aparece como o afastamento, por determinado tempo, do servidor infrator do cargo do qual é titular, com a perda dos vencimentos respectivos e outros prejuízos. O tempo máximo, neste último caso, é comumente estabelecido no Estatuto, sendo fixada pela autoridade competente e podendo, em alguns casos (em face de previsão estatutária) ser convertida em



multa. Ela não elimina a remuneração e o tempo em que ela for aplicada não poderá ser computado como de efetivo exercício para efeitos legais. Enquanto isso, a multa é espécie de sanção pecuniária, sendo seu valor descontado em folha em única parcela ou em descontos mensais.

A destituição de função é o rebaixamento do servidor infrator que exerce função gratificada. A cassação de disponibilidade é a perda do status pela não-assunção do servidor ao cargo função ou emprego para o qual foi regularmente aproveitado ou pelo cometimento de outra falta em que se lhe imponha essa pena. A pena de cassação de aposentadoria é cominada ao servidor que praticou na atividade falta punível com a demissão. Já a demissão é a pena que exclui o servidor do serviço público, podendo ser simples, quando há tão somente a exclusão, e agravada, quando a exclusão é a bem do serviço público. Conseqüentemente, observa-se a vacância do cargo efetivo.

As penalidades, salvo as de advertência, deverão ser registradas ou consignadas nos assentamentos do servidor punido, com vistas a caracterizar a reincidência do servidor caso pratique infrações futuras. A aplicação de quaisquer sanções disciplinares deve ser motivada, expressando quais as razões de fato e de direito cominaram na punição, em consonância com o princípio da motivação, o qual rege a atuação administrativa.

Quando a prática do servidor transgressor desembocar em dano à Administração Pública ou a terceiro, estará ele obrigado a ressarcir os prejuízos causados, ou seja, há a responsabilização do agente, não prescrevendo esta diante da Administração Pública. Sobre a possível escusa de sofrer sanção, preleciona Diógenes Gasparini (2008, p. 1015):

Observe-se que o servidor, ainda que tenha agido irregularmente, pode ser beneficiado por *excludentes de falta disciplinar* ou *extinguintes de pena disciplinar*. Excludente de falta disciplinar é a circunstância que impede a responsabilização do servidor pelo seu comportamento. São excludentes de falta disciplinar: o estado de necessidade (art. 24 do CP), a legítima defesa (art. 25 do CP) e o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Extinguinte de pena disciplinar é a circunstância que faz desaparecer a obrigação de cumprir a pena. São extinguintes, entre outras, as seguintes circunstâncias: a prescrição, a anistia, a morte do servidor e a exoneração.



Por oportuno, vale destacar que a condução do processo administrativo disciplinar compete a uma comissão processante, sendo este o órgão competente para apurar os fatos delituosos praticados pelo denunciado e sugerir a absolvição ou condenação, conforme as provas dispostas. Na Lei nº 8.112/90, imprescindível a publicação do ato que constitui a comissão, consoante inteligência do art. 151, inciso I. As comissões podem ser permanentes ou especiais e inicialmente são constituídas de três membros nomeados pela autoridade que determinou sua constituição. A estabilidade é um dos requisitos, bem com a necessidade de estes membros serem de categoria hierárquica superior ou igual ao do acusado. Não pode haver qualquer relação de parentesco até terceiro grau com o denunciado. A duração do mandato dos membros de comissões permanentes costuma ser de dois anos, conforme disposto nos estatutos, sendo facultada a recondução e substituição. Já em relação aos mandatos dos membros de comissões especiais, sua nomeação é contínua até a conclusão dos trabalhos.

2 POR UMA ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar possui natureza sancionatória, envolvendo a aplicação de punições nos casos em que se constata a ocorrência de falta funcional por parte do servidor público, devendo, pois, ser regido por um conjunto de garantias de forma a assegurar direitos e liberdades.

Ora, a Administração Pública tem por escopo primordial o gerenciamento da coisa pública em prol da concretização do bem comum e tutela do interesse público; em sendo a função administrativa um dever-poder de atendimento a esta finalidade, torna-se clara a necessidade de conformidade da sua atuação com o sistema normativo, mormente quando se trata de aplicação de sanções.

Ademais, cumpre enfatizar que, no exercício da função administrativa, é defeso extrapolar os limites previamente determinados, vez que tal atividade estatal apenas pode se dar *secundum legem* (reserva legal) e no justo limite exigido pelo interesse público salientado no caso concreto.

Nesse contexto, o processo exsurge como instrumento de proteção dos administrados, vez que limita o arbítrio da autoridade investida no poder sancionador mediante o estabelecimento de critérios a serem seguidos na solução do conflito, os quais não podem ser violados sob pena de afrontar



o princípio da legalidade. Assim, entre outros, devem ser observados no processo administrativo disciplinar os princípios: do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), da motivação (art. 128, parágrafo única, Lei nº 8.112/90), da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), da vedação das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88) e da proporcionalidade (art. 128, caput, Lei nº 8.112/90).

Impende, nessa esteira, não olvidar que a concepção hodierna de instrumentalidade do processo, aplica-se também ao administrativo (e não apenas ao judicial), devendo o processo pugnar pelo atendimento de seus escopos (MEDAUAR, 2000, p. 16).

Em outros termos, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, a relevância do processo consiste em conferir legalidade e legitimidade ao exercício do poder estatal, além de assegurar os direitos dos administrados (como o contraditório e a ampla defesa), devendo seu desenrolar guardar correspondência com a disciplina legal.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Consoante outrora esposado, com o advento do Estado Democrático de Direito, a consagração da supremacia da constituição e a elevação dos princípios para normas conformadoras da criação, interpretação e aplicação do direito, a atuação dos operadores do direito volta-se para a máxima concretização dos princípios constitucionais.

Nesse esteio, mister a análise de forma particularizada do princípio da proporcionalidade, o qual exsurge, no contexto em apreço, como corolário da adequada e necessária correspondência entre a punição administrativa adotada como resultado de um processo administrativo disciplinar e os fatos que geraram tal medida, buscando sempre justificar as intervenções estatais na área de proteção dos direitos e interesses dos servidores.

3.1 Breves notas acerca do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade surgiu como decorrência lógica do estado de direito e da tutela dos direitos fundamentais. No âmbito do Direito Administrativo, o princípio em comento preceitua que a conduta estatal



deve ser adequada e necessária, bem como preservar ao máximo a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, o Estado deve, portanto, adotar a medida de intensidade exigida em prol do interesse público (FREITAS, 2005, p. 27). Em outras palavras, é utilizado para a solução de conflitos entre direitos e interesses colidentes e, atua como proibição do excesso, em sentido amplo.

Trata-se de um princípio constitucional implícito, sendo composto por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro, também chamado de princípio da conformidade, exige que a medida adotada seja apropriada para o alcance dos fins pretendidos. O segundo, também conhecido por princípio da exigibilidade ou da menor ingerência possível, conforme Canotilho (1998, p. 262), “coloca tônica na idéia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível”. Por fim, o terceiro impõe a ponderação de meios e fins para avaliar se o resultado obtido com o emprego da medida é proporcional ou não em relação ao fim almejado.

Ademais, cumpre enfatizar que o parâmetro que regerá a decisão desta ponderação será o peso ou relevância dos direitos conflitantes em conformidade com as circunstâncias do caso concreto e o respeito à supremacia constitucional. Nesse sentido, Larenz (1997, p. 576) menciona que essa ponderação no caso concreto resulta da inexistência de “uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela”.

Pois bem, erigindo-se a proporcionalidade como princípio constitucional, eflui, diante disso, a certeza que o mesmo, devido a sua relevância para a solução de impasses jurídicos, constitui fator determinante da constitucionalidade ou não da sanção aplicada na seara de um processo administrativo disciplinar.

Nessa esteira, cumpre enfatizar o disposto no art. 128 da Lei Federal nº 8.112/1990, *in verbis*:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.



3.2 Da proporcionalidade na aplicação das sanções disciplinares

Das colocações outrora esposadas, verifica-se que o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma proteção à liberdade, determinando que uma intervenção na esfera de proteção dos direitos de um indivíduo seja adequada, necessária e se proceda da forma menos gravosa, atuando em prol do alcance da “justiça do caso concreto”, rompendo, desta feita, com a rigidez das regras legislativas abstratas (BONAVIDES, 2003, p. 226).

No âmbito da aplicação das sanções disciplinares, o princípio da proporcionalidade determina que a punição disciplinar deve ser adequada ao tipo de falta cometida, que a medida punitiva não pode ser mais gravosa do que o necessário para atingir o seu fim (que no caso dos atos administrativos em geral é a proteção do interesse público), assim sendo, entre duas possíveis medidas, a Administração deve escolher a que atinja de forma suficiente os escopos pretendidos, não podendo agir em demasia.

Com efeito, para ser tida como legítima, a medida disciplinar deve estar em consonância com os ditames do princípio da proporcionalidade, uma afronta tornaria o ato punitivo passível de invalidação, em sede de controle interno (de ofício ou por provocação da Administração) ou externo (mediante provocação do Poder Judiciário). O excesso é, pois, antijurídico e arbitrário, sendo, pois, vedado.

Ainda nesse diapasão, Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p.127-151) aduz, *in verbis*:

A indispensabilidade de se controlar, nos casos concretos, a proporcionalidade das punições, torna imprescindível a indicação, pela autoridade administrativa, dos fundamentos de fato e de direito a justificar a decisão (...). É da análise dos motivos invocados pelo administrador que se perceberá a ocorrência de possível excesso, de sorte que sanção aplicada sem motivação é nula.

Por conseguinte, aludindo acerca das afrontas ao princípio ora em comento, Juarez Freitas (2005, p.25) exemplifica, asseverando que “se, no processo administrativo disciplinar, aplicar-se a penalidade demissória, em situação na qual a punição menos severa revelar-se mais consentânea, verifica-se a violação ao princípio da proporcionalidade, de molde a macular a aplicação da penalidade”.

Ademais, vale mencionar que, para a correta aplicação da sanção



disciplinar, vale extrair do Direito Penal, instância punitiva por excelência, os parâmetros que se amoldem ao regime jurídico administrativo, como é o caso do princípio da intervenção mínima.

Com efeito, ante os elementos esposados no processo disciplinar, a Administração deve impor ao servidor sanções na medida necessária ao atendimento do interesse público, adequando meios e fins para que o resultado não seja desproporcional, devendo, outrossim, adequar-se ao ato ilícito, consoante a sua gravidade. Corroborando tal posicionamento:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR CONCURSADO QUE É DEMITIDO EM RAZÃO DE TER SE DESVIADO DE SUAS ATIVIDADES E COMPARECIDO A EVENTO PARTICULAR, NELE PARMANECENDO POR CERCA DE 10 (DEZ) MINUTOS, PROSSEGUINDO, EM SEGUIDA COM SUAS ATIVIDADES FUNCIONAIS. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PUNIÇÃO QUE SE AFIGURA EXAGERADA QUANDO COMPARADA À CONDUTA PRATICADA PELO AGENTE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA A FIM DE SE DETERMINAR A REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR, FACULTANDO À ADMINISTRAÇÃO A IMPOSIÇÃO DE PUNIÇÃO MENOS GRAVOSA. I - É possível ao Poder Judiciário o controle do ato administrativo quando este ultrapassa os limites impostos pela lei, já tendo sido decidido pelo STJ que “o controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissionário e a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a proporcionalidade da sanção aplicada com o fato apurado. Precedentes”; II- Em que pese a Súmula Vinculante nº 5, do colendo Supremo Tribunal Federal, que consagra o princípio de que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, na hipótese dos autos foi constituído um advogado para patrocinar a defesa do Impetrante, impondo-se, nas circunstâncias, a aplicação da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça - “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”; III- Ademais, os princípios da razoabilidade e da propor-



cionalidade foram incorporados pela moderna doutrina e assimilados pela jurisprudência pátria, justamente para permitir um controle mais efetivo da discricionariedade administrativa, de forma a coibir a prática de arbitrariedades; IV- O servidor que descumpra seus deveres merece e deve ser punido, entretanto, diante do ocorrido, aplicar-lhe a pena de demissão figura-se flagrante exagero; Precedentes do STJ são no sentido de que “em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio”, sobretudo quando se afronta o devido processo legal e o ato administrativo ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; VI- Segurança concedida a fim de determinar a reintegração do servidor ao cargo, sem embargo de aplicação de pena menos severa pela Administração, observando-se quanto ao pagamento dos vencimentos o que dispõe a Lei nº 5.021/66. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **Processo Nº 2008.004.00244**, Rel. Des. Ademir Pimentel, j. 17/12/2008)

Em suma, o aplicador do direito administrativo sancionador deve identificar qual opção melhor se amolda ao interesse público, observando princípios como o da finalidade e eficiência, não podendo, outrossim, se abster do bom senso, da justiça e do equilíbrio. Assim sendo, ao agente público investido da função correccional, à luz do princípio da proporcionalidade, cabe, nos termos do art. 128 da Lei nº 8.112/90, contrapor a natureza e a gravidade da falta cometida, o dano dela decorrente para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais, buscando assim maior justeza na aplicação da sanção.

3.3 Revisão dos atos administrativos resultantes do processo administrativo disciplinar

A revisão dos atos administrativos pode ser levada a efeito tanto



por meio de um controle interno (pela própria administração) quanto por um controle externo.

No que tange ao controle interno, é cediço que a administração, mediante provocação ou de ofício, tem o poder de anular seus atos quando reputá-los inválidos por motivo de ilegalidade (ou convalidá-los, quando cabível) ou até mesmo revogar atos válidos, por motivos de conveniência ou oportunidade, sempre de forma fundamentada.

Concernente ao controle externo do processo administrativo disciplinar, insta ressaltar que a Constituição Federal elenca o princípio da inafastabilidade da apreciação do judiciário, ao dispor em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim sendo, o administrado pode, antes mesmo de esgotar a via administrativa, ingressar no Poder Judiciário. Nesse passo, o ilustre José Armando da Costa (2005, p.505) assevera: “A alternativa do controle externo de legalidade do ato disciplinar não está sujeita à prévia exaustão dos recursos internos, de modo que nada contra-indica possa o servidor punido, desde logo, optar pela via judicial”.

Ademais, lapidar trazer à baila que não cabe ao Poder Judiciário discutir o mérito do ato administrativo (tendo em vista o princípio da separação dos poderes), mas sim a sua legalidade, discutindo, por exemplo, acerca da proporcionalidade do ato. Acerca desse aspecto, a jurisprudência vem entendendo que a análise da adequação entre a pena disciplinar aplicada e as provas do processo não se enquadram no mérito (na conveniência e oportunidade da Administração), mas sim, faz parte dos elementos do ato administrativo (sujeito, forma, objeto, motivo, finalidade), integrando, pois, a legalidade do ato. Mister destacar o posicionamento dos tribunais pátrios sobre essa temática:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. (...) Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. (...) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, **RMS 24901/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, J. 26/10/2004, DJ 11/02/2005)



EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. RECEBIMENTO DE PROPINA. ART. 117, IX E XII C/C ART. 132, IV, AMBOS DA LEI 8.112/90. PENA DE DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FORMALMENTE REGULAR. OBSERVÂNCIA DETODOS OS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A ESPÉCIE. SUFICIENTE SUBSTRATO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. Precedentes. (...)

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, S3, **MS 13622/DF**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 25/03/2009, DJe 02/04/2009)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. LEI 8112/90. LEI 8429/92. I. Não significa invasão no âmbito discricionário do mérito do ato administrativo, a análise, pelo Poder Judiciário, dos aspectos referentes aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade de decisão administrativa que pune o servidor público com a perda de seu cargo. II. É dever do magistrado proceder a uma acurada análise do caso concreto, com o fito de verificar se o administrador público, ao concluir processo administrativo aplicando a mais severa das penas ao servidor, agiu dentro dos limites da discricionariedade que lhe são assegurados, ou se, por acaso, ultrapassou as fronteiras do razoável e do proporcional. (...)

(TRF5, T4, **Apelação Cível nº 437594/SE**, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Substituto), J. 07/04/2008, DJU. 02/05/2008, p. 887)



Atinente ao processo administrativo disciplinar, observa-se que se busca a apreciação pelo Poder Judiciário alegando principalmente violação aos princípios do contraditório e ampla defesa (como exemplo: ausência de citação, indeferimento de prova), bem como desproporcionalidade da medida punitiva adotada. Nesse passo, são impetradas algumas ações, tais como: mandado de segurança (direito líquido e certo em face de ato ilegal de autoridade administrativa - utilizado para ato disciplinar, em via de exceção, quando o ato for praticado por autoridade incompetente ou em desrespeito às formalidades essenciais); ação reintegratória (pedido de reintegração, principalmente quando o juízo criminal afastou a questão da autoria por parte do servidor da conduta delitativa); ação civil ordinária (usada com o fulcro de anular o ato administrativo que estabeleceu a punição, possibilidade de requerer a tutela antecipada).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, observa-se que aplicação do princípio da proporcionalidade no processo administrativo disciplinar emerge como agente que confere equilíbrio entre os preceitos inseridos no bojo constitucional e o dever de punir. Nesse ínterim, há a coibição do uso arbitrário do poder discricionário da Administração e constrói-se diques ante possível violação a direitos fundamentais individuais já tão consolidados no Estado Democrático do Direito pátrio em relação ao agente infrator.

Desta feita, a medida disciplinar deve guardar em si proporcionalidade entre o grau da falta cometida e a medida punitiva empregada, de modo que a finalidade almejada seja atingida, haja vista que, do contrário, tal forma torna-se ilegítima ante os valores pregados pelo nosso sistema jurídico, tais como o interesse público, a finalidade e a eficiência.

Por fim, conclui-se pelo importante papel desempenhado por parte do Judiciário no resguardo dos princípios do contraditório e ampla defesa nos casos em que não há proporcionalidade entre a medida punitiva e o direito fundamental do suposto agente infrator, o que foi largamente robustecido pela jurisprudência brasileira, tutelando a real finalidade do processo administrativo disciplinar, evitando injustiças e amoralidades no seio do Administração Pública.



REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 5.ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. In: **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v.1, jul/set. 2005. p. 21-37.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Calousteguilbekian, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 2000.

NOBRE JR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. In: **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.1, jan/mar. 2000. p. 127-151.



THE INTERFERENCE OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN DETERMINING OF PENALTIES ARISING OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE DISCIPLINARY

ABSTRACT

This article aims at some considerations about the principle of proportionality as a standard compliance of the correct establishment of penalties in administrative disciplinary proceedings. For that, focuses on the rudiments of the process alluded to, and related modalities, structure, principles, until a more accurate analysis of the relevance of proportionality to resolve impasses legal because it is a factor in determining the constitutionality of the penalty. This time, it appears that the person applying the administrative law sanctioning shall identify which option best conforms to the public interest, noting how the principles of purpose and efficiency can not, furthermore, to refrain from common sense, fairness and balance.

Keywords: Administrative disciplinary proceedings. Principle of Proportionality. Constitutionality of the disciplinary action.



A INSTAURAÇÃO DA SINDICÂNCIA COMO TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Viviane Salviano Fialho

Acadêmica do 7º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

O processo administrativo disciplinar é o meio do qual a Administração Pública se vale para a punição de seus servidores por faltas disciplinares praticadas no exercício de suas funções. Como a Lei 8.112/90 comporta vários tipos de sanções, a aplicação da penalidade pode se dar de duas maneiras: em sindicância ou em processo disciplinar. A sindicância é o procedimento sumário que visa a aplicação de penalidades para infrações menos graves. Entretanto, para que possa haver a aplicação de uma sanção, deve haver um procedimento investigatório, visando precisar a materialidade do delito, bem como confirmar indícios de autoria, devendo oportunizar ao indiciado o direito de participação. Nada obstante, os Tribunais do país vêm entendendo que durante a investigação de falta disciplinar não há oportunidade para o indiciado se manifestar, o que importaria na não interrupção da prescrição, em razão da não efetivação do contraditório e da ampla defesa. O que se discute é se este entendimento deve prevalecer, em face da garantia incondicional de participação no procedimento que a Constituição outorga.

Palavras-chave: Sindicância. Contraditório. Ampla defesa. Prescrição.

1 INTRODUÇÃO

O processo administrativo é uma ferramenta da qual a Administração Pública se vale para proporcionar aos administrados ampla participação nas suas decisões. No âmbito restrito da Administração Pública pode, ainda, ser oportunizada a participação de servidores públicos neste procedimento.

Neste particular, o processo administrativo pode receber o adjetivo “disciplinar”, quando importar em aplicação de sanções, impondo restrições a direitos. Estas são previstas para servidores que praticam faltas funcionais no exercício da função pública, o que enseja a sua responsabilização.

Este procedimento, entretanto, ocorre na intimidade da Administração, contendo requisitos e peculiaridades próprios. Nada obstante, também deve respeitar todas as garantias albergadas constitucionalmente inerentes ao processo judicial, a saber, o direito à ampla defesa, ao contraditório, à revisão do julgado, à publicidade e o que diz respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Notadamente neste aspecto assume grande vulto a questão relativa à prescrição. Ora, a Constituição Federal determina que a lei determinará os prazos prescricionais para a aplicação de sanções. Assim, a Administração não poderia aplicar sanções quando expirado o prazo para tal.

O debate assume relevo porque os órgãos do Poder Judiciário vêm entendendo que a sindicância não interrompe a prescrição para a aplicação da penalidade, quando ela se prestar tão-somente como instrumento para apuração do fato e de sua autoria, posto que não haveria oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Este tema tem sido objeto de debates doutrinários e jurisprudenciais. No intento de perquirir as causas da controvérsia e trazer uma solução razoável, é que se passa a explanar sobre o tema.

2 SIGNIFICADO E OBJETO DA SINDICÂNCIA

O processo administrativo disciplinar é um processo de natureza sancionatória que visa apurar e aplicar penalidades aos servidores públicos que praticam faltas funcionais, conforme previsto na Lei nº 8.112/90. Essa espécie de procedimento, como gênero, se subdivide em duas espécies: a sindicância e o processo disciplinar.

A sindicância é procedimento através do qual a Administração



Pública tenta buscar provas da materialidade do ato ilícito supostamente praticado por servidor público, bem como de sua autoria. Trata-se de verdadeiro inquérito, o qual é tão-somente conduzido no âmbito administrativo. Com efeito, a investigação de infrações disciplinares é um dever-poder da Administração, a qual não pode atuar discricionariamente.

Deocleciano Torrieri Guimarães (2007, p. 506) a conceitua como sendo o “ato de colher, reunir informações, em cumprimento de ordem superior, para formar prova sobre um fato ou ocorrência. Apuração, investigação. Na Administração Pública, é o meio sumário de elucidação de irregularidades; é o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar”.

A doutrina costuma diferenciar a sindicância em duas espécies: sindicância investigatória e sindicância punitiva (LIMA, 1994, p. 68). A sindicância investigatória é aquela que visa apurar faltas disciplinares e apontar os responsáveis a fim de indicar as normas infringidas e concluir pela pena a ser aplicada. A sindicância punitiva, por sua vez, é a que visa aplicar efetivamente uma penalidade, que deve ser aquela prevista para esta espécie de procedimento, conforme se deduz da leitura do art. 145, II. Importa ressaltar que esta hipótese somente será cabível se a comissão entender que o servidor deva ser punido tão-somente com pena de advertência ou suspensão de até 30 dias.

Esta fase tem um caráter visivelmente inquisitivo, posto que pode ser instaurada pela Administração Pública de ofício, configurando-se pela liberdade de iniciativa tanto na instauração como no desenvolvimento do procedimento, independentemente da iniciativa e colaboração das partes. A Administração Pública não pode atuar como mera expectadora do processo, devendo ela mesma colher provas e investigar a infração funcional.

Nada obstante, os princípios constitucionais anteriormente aludidos também devem ser respeitados, posto que se trata de uma investigação a fim de colher provas, pelo que o investigado (se houver) e os demais interessados não têm só o dever, mas também o direito de participação ampla.

3 SIGNIFICADO E IMPORTÂNCIA DA PRESCRIÇÃO PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A prescrição é instituto destinado a garantir a estabilização das relações jurídicas, em virtude do decurso do tempo, em atenção à segurança jurídica, e ocorre quando a parte a quem desfavorece não exercita a sua pre-



tensão no tempo hábil.

A pretensão, no caso concreto, consiste no dever-poder punitivo da Administração em relação ao servidor público, em razão da prática de ilícitos administrativos. Este dever-poder, entretanto, somente pode ser exercido dentro do lapso temporal indicado par tal. Na definição de Deocleciano Torrieri Guimarães (2007, p. 453), a prescrição “é o escoamento de prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação desta sobre a conduta de seus servidores, ou direitos e obrigações de particulares perante o Poder Público”.

O prazo de que dispõe a Administração Pública para punir seus servidores em razão de falta disciplinar segue a orientação do art. 142 da Lei 8.112/90, preceituando: a) o prazo de 5 anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; b) 2 anos, quanto à suspensão; c) 180 dias, quanto à advertência.

Se, neste lapso temporal a Administração Pública permanecer inerte na apuração e aplicação da penalidade, ocorrendo a extrapolação deste prazo conferido por lei, importará na preclusão do direito de aplicar a penalidade, isto é, a perda da oportunidade. Surge, assim, um benefício a terceiro em razão da inércia da Administração Pública.

Assume grande relevo a questão relacionada à suspensão e interrupção da prescrição. No esteio das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 1026), suspensão é “a paralisação temporária da fluência do prazo prescricional”, o qual voltará a correr de onde parou, cessada a causa suspensiva. A interrupção “é a inutilização do lapso temporal prescricional já transcorrido, de maneira a recomençar a contagem de seu prazo a partir do ato ou fato a que a lei reconheça tal efeito”.

A Lei 8.112/90 preceitua, ainda, que o prazo prescricional começará a correr a partir da data em que o fato se tornou conhecido.

4 OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SINDICÂNCIA INVESTIGATÓRIA

Diante do exposto, é visível a importância da sindicância para o processo administrativo disciplinar, posto que tanto pode ser um instrumento preliminar àquele, exercendo papel de inquérito, como pode dispensar a sua instauração, porquanto a punição pode se dar nos próprios autos da sindicância.



Ao ser instaurado o procedimento sumário de apuração de faltas disciplinares, muito provavelmente haverá um indiciado. Este, nas palavras de Octaviano e Gonzalez (1995, p. 59) é “o indivíduo provável causador da ocorrência anômala havida na dependência ou no serviço público. Alguém sobre quem pende um indício de autoria de um fato”. Mais adiante, os mesmos autores alertam para o fato de que se trata tão-somente de uma suspeita em relação a esse indivíduo, e não uma conclusão sumária de sua culpa. A apuração da culpa do servidor será apurada quando da instauração da sindicância punitiva ou do processo disciplinar.

A Administração Pública, não oportunizando ao investigado/indiciado a participação no procedimento investigatório, estaria violando princípios pilares do Estado de Direito: o contraditório e a ampla defesa.

Após o advento da Constituição de 1988 e a consagração do art. 5º, LV, qualquer procedimento com o escopo de punir um cidadão deve vir plasmado nessa garantia. Com isso, restou revogado o instituto da verdade sabida, que é “o conhecimento imediato, notório e evidencial não só o do evento infracional como o de quem foi o responsável por sua autoria. A própria evidência ou a própria notoriedade do fato ocorrido dispensa qualquer outra prova e, conseqüentemente, qualquer outra apuração” (LIMA, 1994, p. 265). Seria, portanto, um meio sumaríssimo de aplicação de penalidades leves. Apesar disso, em uma interpretação conforme a Constituição vigente, deve-se concluir que este instrumento não mais convive harmonicamente com os demais do procedimento administrativa disciplinar.

Uma investigação que não oportunize a participação do acusado (ou indiciado) está eivada de vício de inconstitucionalidade, não pode prosperar, devendo ser anulada. Não mais existindo a verdade sabida, todo procedimento disciplinar deve ser precedido de sindicância investigatória, sendo garantidos a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido é a lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos (1998, p. 105):

Assim, tanto na sindicância, como no inquérito, deve-se garantir ao acusado ou investigado sempre os meios de defesa e o contraditório, para possibilitar que a verdade seja a prevalente, pois no campo administrativo-processual não se admite mais o ordenamento de atos acusatórios, onde a verdade já é sabida pela Comissão Julgadora, que sentenciam com base em provas e elementos construídos sem que fossem refutados pelos servidores acusados. E exatamente para banir essas



perseguições é que o constituinte moderno não permite mais a utilização de meios que impossibilitam o cerceamento de defesa do investigado.

Seria ferir profundamente o sentido que a Constituição quis outorgar a esta garantia o tolhimento do direito do indiciado de participar das investigações promovidas na sindicância. Ademais, dois outros princípios do processo administrativo corroboram este entendimento: o princípio da audiência do interessado que, em última instância, expressa o próprio princípio do contraditório; e o princípio da ampla instrução probatória, que não só permite ao administrado o direito de produção de provas, mas também o de fiscalizar a colheita de provas pela Administração Pública (MELLO, 2008, p. 492-493).

Infelizmente não tem sido este o entendimento adotado pelos nossos Tribunais. O Superior Tribunal de Justiça vem, reiteradamente, adotando o entendimento de que, na sindicância investigatória, não há oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Em sendo assim, não poderia esta espécie de sindicância interromper o curso prescricional para a aplicação de sanções administrativas. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICÂNCIA. FALTA FUNCIONAL PASSÍVEL DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA ANTERIOR. REVOGAÇÃO. APELAÇÃO. DUPLO EFEITO. IRRELEVÂNCIA. *I - A sindicância só interromperá a prescrição quando for meio sumário de apuração de infrações disciplinares que dispensam o processo administrativo disciplinar. Quando, porém, é utilizada com a finalidade de colher elementos preliminares de informação para futura instauração de processo administrativo disciplinar, esta não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a administração punir determinado servidor, até porque ainda nesta fase preparatória não há qualquer acusação contra o servidor. Precedente.*

II - Interrompido pela instauração do PAD, a Administração dispõe do prazo máximo de 140 dias para conclusão e julgamento, findo o qual reinicia-se a contagem do prazo prescricional. Precedentes.

III - Ainda que recebida no duplo efeito a apelação que



julgou improcedente a demanda, não surte mais efeitos a decisão provisória que havia concedida a tutela antecipada.

Aggravamento regimental desprovido¹. [grifos nossos]

Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública estadual. Demissão. Prescrição quinquenal. Interrupção. Correição ordinária. Inquérito disciplinar. Instauração. Autoridade administrativa. Vinculação. Portaria de enquadramento. Pena sugerida pela comissão. - *A interrupção do prazo prescricional quinquenal das ações disciplinares ocorre com a abertura de sindicância ou, quando for o caso, com a instauração do processo administrativo.*

- *A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório e esclarecedor de fatos, desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo.*

- Na hipótese, tendo sido aplicada a pena de demissão quando ainda não transcorrido o prazo de cinco anos contado a partir da Portaria de instauração do processo administrativo, único marco interruptivo, não há que se falar em prescrição.

- Em sede de processo administrativo, pode a autoridade administrativa, na aplicação da condenação, conferir ao fato descrito na Portaria de Enquadramento definição jurídica diversa, não se vinculando, ainda, ao parecer da comissão processante, mesmo que tenha que aplicar pena mais severa, desde fundamentadamente.

- A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades.

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no MS 13072 / DF**. Terceira Seção. Min. Felix Fischer. Julgado em 24.10.2007. DJ 14.1.2007. p. 401



- Reconhecida pela comissão processante e reafirmado pela assessoria jurídica da autoridade administrativa a presença das circunstâncias atenuantes, frente aos bons antecedentes da indiciada e à ausência de prejuízo para o erário, deve ser assegurado o benefício de pena mais branda.
- Recurso ordinário provido. Segurança concedida². [grifos nossos]

Razão não assiste aos doutos julgadores do colendo Superior Tribunal de Justiça. Ora, por óbvio a sindicância, como procedimento investigatório, deve estar plasmada nos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Administração Pública não pode se imiscuir na vida dos administrados sem lhes oportunizar o direito de se defender.

Muito embora esteja este entendimento sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal³, não podemos concordar com ele às cegas, devendo o intérprete se insurgir contra uma interpretação equivocada também dos Tribunais Superiores.

Outra não poderia ser a ilação. Quando da instauração da sindicância, a Comissão não tem como antever a penalidade aplicada ao servidor, podendo se caracterizar tão-somente como sindicância investigatória ou como sindicância punitiva. Neste esteio, em atenção ao princípio da celeridade processual, é de bom alvitre oferecer desde logo oportunidade ao servidor para se defender e apresentar provas em seu favor.

Corroborar este entendimento aquele esposado por J. B. de Menezes Lima (1994, p. 129) que entende que o contraditório e a ampla defesa se concretizam com o simples depoimento do acusado ou indiciado neste procedimento sumário.

Como ensina o mesmo autor (1994, p. 70), a sindicância investigatória tem “correspondência com o próprio inquérito administrativo, que é mais usado e empregado na Administração Pública federal, com características e finalidades assemelhadas às do inquérito policial, que, na esfera criminal, apura, prévia ou preliminarmente, o cometimento de contravenções ou delitos

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RMS 10316/SP**. Sexta Turma. Min. VICENTE LEAL. Julgado em 11.04.2000. DJ 22.05.2000. p. 142

³ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 23261 / RJ**. Pleno. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 18/02/2002. DJ 15/03/2002. p. 34



de natureza penal”.

Como se pôde observar, os doutos Ministros têm seu entendimento plasmado tão-somente no fato de, a seu juízo, não haver contraditório e ampla defesa na sindicância investigatória, o que obstaría a interrupção da prescrição por essa via.

5 DA INSTAURAÇÃO DA SINDICÂNCIA COMO DIES A QUO PARA A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

No tocante à prescrição, faz-se necessário observar a contagem do prazo prescricional para aplicação correta das penalidades propostas, nos termos do art. 142, §3º, da Lei 8.112/90:

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

Ora, o dispositivo legal fala em “sindicância”, não especificando o tipo de sindicância a que se refere, se a investigatória e preparatória ou aquela que dispensa posterior instauração de processo administrativo disciplinar, isto é, a punitiva. Ademais, é sabido que é vedado ao intérprete da norma restringir o seu conteúdo quando o legislador não o fez. Dessa forma, a abertura de “sindicância” tem sim o condão de interromper o curso da prescrição.

Como já dito, a Administração Pública somente poderá instaurar processo administrativo disciplinar contra seus servidores após um procedimento acurado que se dá através da sindicância. Somente após a finalização deste procedimento é que pode a Administração tomar conhecimento do fato delituoso em sua inteireza e plenitude, de modo que só a partir daí deve recomeçar a contagem do prazo prescricional para a instauração do processo administrativo ou da sindicância punitiva.

Com efeito, o processo administrativo disciplinar deverá ser instaurado sempre que a autoridade pública tiver ciência de qualquer irregularidade funcional perpetrada por agente público. Mas essa ciência deverá vir composta por elementos que comprovam falta aos deveres da função, e não uma acusação genérica.

A garantia do devido processo legal não só assegura ao funcionário a feita do procedimento disciplinar previsto na lei (sindicância e processo



ordinário sumário), como exige, por via de consequência, a existência de elementos prévios que legitimem tal iniciativa.

Com lastro nas lições de José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 864-865):

Cabe à Administração zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que quando se noticia conduta incorreta ou ilegítima tem a Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e punir os infratores. (...) A necessidade de formalizar a apuração de processo administrativo é exatamente para que a Administração conclua a apuração dentro dos padrões de maior veracidade.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a única conclusão palpável que se pode chegar é a de que o entendimento esposado pelos Tribunais tem sido equivocado, porquanto desrespeita uma garantia basilar consagrada pela Carta Magna, que é a oportunidade de o acusado (ou indiciado) participar amplamente de procedimento investigatório, através dos instrumentos oferecidos para a concretização do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, ao consagrar o entendimento de que somente os procedimentos que abarcam esta garantia poderiam interromper a prescrição, estão violando o conceito clássico deste instituto, porquanto a interrupção da prescrição não está condicionada ao implemento de qualquer condição ou à observância de preceito normativo. Basta tão-somente que a Administração Pública se manifeste no sentido de desejar a punição pela infração funcional cometida para que a prescrição seja interrompida.

Por fim, postergar a sindicância importaria em sua imprestabilidade para a apuração de faltas funcionais. Ora, se não fosse oportunizada a participação do acusado (ou indiciado) na investigação, o servidor poderia se ver como réu em um processo administrativo ou sindicância punitiva genérica, pois que não teria havido oportunidade para o exercício de defesa quando da fase investigatória.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18.



Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 9. Ed. Rideel: São Paulo, 2007.

LIMA, J.B. de Menezes. **Sindicância e verdade sabida**. 2.ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Direito de defesa em sindicância. **Revista de informação legislativa**, Brasília a. 35 n. 138, p. 103-112, abr./jun. 1998.

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

OCTAVIANO, Ernomar; GONZALEZ, Átila J. **Sindicância e processo administrativo**. 8. Ed. Leud: São Paulo, 1995.

THE OPENING OF THE SYNDICATION AS THE INITIAL TERM TO COUNTING FORFEITURE TERM OF ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCEEDINGS

ABSTRACT

The administrative disciplinary proceedings are the means which the government relies for the punishment of the servers for disciplinary offenses committed in the exercise of their functions. As the Law 8112/90 contains several types of sanctions, the imposition of a penalty may be given in two ways: in syndication or disciplinary proceedings. The inquest is the summary procedure which involves the application of penalties for minor infrac-



tions. However, in order that there may be a penalty, there should be an investigative procedure, in order to clarify the materiality of the crime, as well as confirming evidence of authorship, and accused the right to create opportunities for participation. Nonetheless, the Courts of the country understand that during the research misconduct there is no opportunity for the accused is manifest, what the mind does not interrupt prescription, because of the non-realization of contradictory and full defense. At issue is whether this view should prevail, given the unconditional guarantee of participation in the procedure which the constitution assigns.

Keywords: Syndication. Contradictory. Full defense. Forfeiture.



A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Gudson Barbalho do Nascimento Leão
Mestrando em Direito pela UFRN – 2º período.

RESUMO

A seara dos direitos coletivos representa uma parcela do universo jurídico pouco explorada pelos doutrinadores e sobre a qual ainda são escassas as contribuições jurisprudenciais. O atual cenário do direito processual coletivo caracteriza-se por um turbilhão de conceitos e classificações sobre as modalidades de direitos coletivos existentes em nosso ordenamento jurídico. Isso prejudica consideravelmente a efetivação da tutela jurisdicional, razão por que o presente exame ocupa-se em estabelecer uma categorização dogmática das espécies de direitos coletivos, com ênfase para os direitos individuais homogêneos, modalidade autônoma dessa sistemática processual. Finda por considerar o Ministério Público como instituição suficientemente idônea e legítima à defesa judicial desses direitos, como forma de garantir o acesso à justiça, corolário magno do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Palavras-chave: Direitos individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

Não é simples a tarefa de estabelecer em categorias sistemáticas os direitos coletivos, sob o enfoque do ordenamento jurídico brasileiro. Problemas circundam o tema, de modo que a adoção de um determinado ponto de vista, muito provavelmente, implicará na exclusão de outros tantos, alguns dos quais defendidos por renomados doutrinadores.

As dificuldades que povoam o assunto, todavia, não podem obstar sua análise; ao contrário, a tornam bastante recomendável, para não dizer imprescindível. Uma boa parte da doutrina tem contemporizado o tema, mas começam a surgir interessantes artigos científicos e decisões judiciais sobre o assunto, muitas das quais se caracterizam por uma preocupante inclinação ao descredenciamento do Ministério Público como parte legítima para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Trata-se, portanto, de analisar a questão no sentido de construir as premissas necessárias para atestar a legitimidade do *Parquet* na tutela jurisdicional desses direitos homogêneos, modalidade de direitos coletivos consagrada na realidade jurídica brasileira desde o enxerto do Código de Defesa do Consumidor em nosso ordenamento.

2 OS DIREITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quanto à análise dos direitos coletivos¹ no ordenamento jurídico pátrio, adota-se aqui a corrente doutrinária que defende a existência de um elenco tripartite². Segundo tal doutrina, são três as modalidades (ou espécies) de direitos coletivos: os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito (coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos. Sobre

¹ Para uma melhor compreensão do presente artigo, sempre que se falar em direitos coletivos se quer fazer menção ao gênero. Quando se quiser falar da espécie direitos coletivos em sentido estrito, far-se-á com o auxílio do adjunto *stricto sensu* ou da expressão “coletivos em sentido estrito”.

² Essa é, também, a postura assumida por Hermes Zaneti Júnior (*apud* AMARAL E CARPENA, 2005, p.76), quando analisa o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor e conclui que os direitos coletivos *lato sensu* devem ser compreendidos como gênero, do qual são espécies os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.



eles, passa-se a discorrer, realçando seus conceitos e características, mas sem olvidar de certo passeio histórico, longe do qual se torna difícil compreender o posicionamento sistemático aqui sustentado. Não se vive o presente sem o lastro que o passado nos forneceu.

Vale lembrar que, no direito comparado, se adotou com mais frequência a postura dualista dos direitos coletivos, através da qual se analisa o gênero mediante sua fragmentação em duas espécies: direitos coletivos e direitos difusos. Há, inclusive, uma explicação lógica e razoável para esta divisão: ontologicamente, só existem mesmo essas duas categorias.

Imbuídos nesse aspecto ontológico e na esteira das lições desenhadas pela doutrina (interna e estrangeira), nosso constituinte originário estabeleceu no art. 129, ao tratar das funções essenciais à Justiça, a importância *sui generis* do Ministério Público:

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; (Grifos nossos)

Nesse desiderato, o art. 127, da mesma seção e capítulo do texto constitucional indica que o Ministério Público *é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Há de ressaltar que os direitos individuais homogêneos só iriam ser referenciados como espécie autônoma de direitos coletivos anos mais tarde, na ocasião da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Nada obstante, traçando-se um paralelo entre aqueles dispositivos, poder-se-ia entender que os direitos coletivos trazidos pelo art. 129 já encapsulavam também os direitos individuais homogêneos, ao passo que o abrigo no art. 127 estaria garantido pela locução “interesses individuais indisponíveis”.

Não foi esse, porém, o entendimento esposado pela maioria de



nossa jurisprudência e doutrinadores. Não tardou a ecoarem vozes no sentido de excluir do gênero dos direitos coletivos aqueles direitos individuais homogêneos. Passados mais de vinte anos da promulgação de nossa Constituição, ainda há quem defenda tais posicionamentos, pestanejando aos malefícios que esta vetusta interpretação pode ocasionar.

Para alguns autores, os direitos coletivos em sentido estrito nada mais são que meros direitos difusos, alegando que a eles se atribuem características de transindividualidade e indivisibilidade, peculiares dos direitos difusos. Não parece correto o entendimento esposado por Teori Albino Zavascki (1995), quando conclui que os direitos individuais homogêneos, universalmente protagonistas do elenco de direitos coletivos, são verdadeiros direitos difusos. Esta posição é, inclusive, reverberada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 725), no instante em que lecionam:

Os direitos individuais homogêneos [...] são, em verdade, direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa) admitem – e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado – proteção coletiva.

Não consideramos assim. Ao revés, aqui se defende a ideia de que os direitos individuais homogêneos, longe de se despir dos caracteres de coletividade, podem ser considerados os mais coletivos dos direitos plurais. E a doutrina universal, ao menos sob o viés ontológico, nos acompanha nesse pensamento.

Ou seja, no contrafluxo da *ratio essendi* que motivou a Assembléia Nacional Constituinte de 1988, alguns juristas passaram a interpretar, a contrário senso, aqueles dispositivos constitucionais. Racionavam da seguinte forma: se o legislador constituinte não explicitou os direitos individuais homogêneos como sendo possíveis de serem tutelados mediante as ações para as quais o *Parquet* é legítimo titular, é porque, na verdade, não se tratam de direitos coletivos, tampouco sejam direitos individuais indisponíveis. Atentando-se apenas à literalidade da norma jurídica, negaram o caráter coletivo dos direitos individuais homogêneos.

Ocorre que a interpretação mais prestante na ordem jurídica do texto constitucional é a interpretação sistêmica. Isto é, só poderemos desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se conseguirmos encaixá-lo dentro



do sistema constitucional do qual ele é parte. É esse sistema que nos permite a interpretação correta do texto, de forma que a interpretação gramatical ou literal – para usar um termo mais forte – é a mais pedestre das interpretações.

De fato, vez ou outra, o legislador dá azo a esse fetichismo gramatical, elaborando espécies normativas que, embora disciplinem outras matérias, também cuidam de traçar certas diretrizes hermenêuticas. Em algumas hipóteses, essas normas ulteriores têm o apriorístico condão de clarificar o óbvio, sinalizar sentidos e alcances manifestos, a fim de auxiliar aqueles juristas que não conseguem transpor os obstáculos interpretativos que à sua frente se impõem.

Talvez tenha sido esse um dos motivos que impulsionou nosso legislador ordinário, ao enxertar em nosso ordenamento jurídico o Código de Defesa do Consumidor. O *mens legislatoris* teve o discernimento de estabelecer no art. 81 daquele instrumento normativo:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (Grifos nossos)

Já naquele instante – início da década de 90 – havia quem defendesse a exclusão dos direitos individuais homogêneos do elenco de direitos coletivos. Em defesa desses direitos e na tentativa de fulminar os prejuízos advindos de tal doutrina, o código de defesa do consumidor validou a inclusão do supracitado inciso III: para dizer o que já estava patente nos dispositivos constitucionais.



2.1 Espécies de direitos coletivos

Neste ponto, torna-se necessário classificarmos cada uma das espécies desses direitos coletivos (*lato sensu*). Os direitos difusos estão albergados no art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no Estatuto do Idoso, no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo e, de maneira esparsa, foram celebrados às largas no texto constitucional. Quanto às características que os identificam, lembramos que algumas são trazidas pelo próprio dispositivo legal e outras são de natureza supralegal, extraídas da experiência doutrinária e da análise de alguns julgados acerca da matéria.

Os direitos difusos são, portanto, transindividuais (não existe um único sujeito titular), de natureza indivisível, *de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato* (art.81, I do CDC). Em se tratando das características supraleais, destacamos que esses direitos não são suscetíveis de quantificação econômica e são valorativamente imensuráveis. Apresentam um elevado grau de conflituosidade com outros direitos e interesses coletivos (econômicos, políticos, culturais, etc.) e, devido à circunstância fática que os envolve, sua violação pode ocorrer de forma inconstante ou eventual. São direitos e interesses absolutamente indisponíveis, o que, em certa medida, se reflete através da elevada carga de conflitos mencionada.

Em se tratando dos direitos coletivos em sentido estrito (art. 81 II - primeira parte - CDC), sustentamos a ideia de que eles possuem as mesmas características dos direitos difusos, com a ressalva de que, embora seus titulares não possam ser identificados individualizadamente, certamente pertencem a uma mesma categoria, classe ou grupo. Bem assim, esses direitos coletivos *stricto sensu* são transindividuais (no linguajar de alguns doutrinadores são metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (visto que só podem ser considerados em sua totalidade), em que não se podem identificar os seus titulares, embora possamos restringi-los a determinado grupo, classe ou categoria.

Igualmente, são direitos não quantificados (não é possível quantificar valorativamente os bens por eles tutelados), que existem devido a uma circunstância fática, cuja proteção se ampara na plausível e provável ocorrência de agressões a eles (eis a característica delimitada sob a rubrica “inconstância” ou “eventualidade” da violação a esses direitos).

Esses direitos coletivos *stricto sensu*, que o legislador definiu como sendo direitos ou interesses coletivos, possuem os mesmos atributos que encobrem os direitos difusos, abrigados sob a copa do inciso I (transindivi-



duais e indivisíveis). Equivaleriam, portanto, aos famigerados direitos difusos do direito comparado, com a ênfase de que, no inciso II (primeira parte), quis nosso legislador infraconstitucional limitá-lo a grupo, categoria ou classe. Frise-se, por oportuno, que nos demais incisos (I e III) do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor inexistente esta limitação.

Noutro patamar, encontramos os direitos individuais homogêneos (assentados no art. 81 III, CDC), cuja análise impescinde ser feita através de uma ótica dúplice. Nesses direitos, encontramos algumas características essenciais (que estão sempre presentes e aqui são denominadas principais ou elementares) e algumas outras esporádicas (doravante chamadas acessórias ou subsidiárias).

No que concerne às suas características elementares, lembramos que os direitos individuais homogêneos são aqueles transindividuais suscetíveis de individualização, podendo ser encontrados os seus titulares que, necessariamente, são vários. São direitos quantificáveis e que decorrem de uma origem comum ou de uma relação jurídica base³.

Apesar da semelhança, esse caráter transindividual que reveste os direitos individuais homogêneos não se confunde com aquele que distinguem os direitos difusos. São três as diferenças principais. Essa transindividualidade que permeia o direito individual homogêneo não impede sua individualização, que pode ser processada mediante técnica jurídico-dogmática ou fático-processual; tais direitos podem ser quantificados e, em se tratando da titularidade, tem-se que seus titulares específicos, muito provavelmente, podem ser encontrados⁴.

Algumas dessas características findam por sinalizar uma semelhança com os direitos individuais clássicos, mas a aparência é apenas superficial e

³ Partindo-se da premissa de que o inciso II do art.81 do Código de Defesa do Consumidor engloba direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, tomamos a liberdade de aglutinar como “fato gerador” desses direitos tanto a origem comum como a relação jurídica base. Mediante uma interpretação sistêmica do dispositivo em comento, nos resguardamos o direito de conectar expressões dos diversos incisos.

⁴ Essa possibilidade de determinar os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito espanca os argumentos daqueles que categorizam os direitos individuais homogêneos como se direitos difusos fossem. Na verdade, o legislador quis disciplinar no diploma consumerista aqueles direitos coletivos *stricto sensu* do direito comparado, mas, por questões de técnica legislativa, achou por bem denominar direitos individuais homogêneos. Sob tal perspectiva, os direitos individuais homogêneos, longe de constituírem direitos difusos, encenam o palco ontológico dos direitos coletivos em sentido estrito. São os direitos coletivos (do direito comparado) por excelência.



não subsiste a um cotejo analítico amiúde. Vale lembrar que se trata de direitos e interesses pertencentes a vários titulares (para se configurar coletivo é necessária a existência de uma razoável quantidade de pessoas).

Conforme dito, os direitos individuais homogêneos possuem uma origem comum, onde a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo); são vários titulares, cujos respectivos direitos surgem em um ato ou fato (jurídicos) comum ou através de uma relação jurídica base (art. 81 II – segunda parte – CDC). Um só ato ou fato constitui epicentro e nascedouro - fato comum ou relação jurídica base – daquele direito que se almeja defender coletivamente e que repercute na vida de diversas pessoas. Mais: não é necessário que o ato jurídico seja ilícito, haja vista que os atos lícitos também podem causar prejuízos suscetíveis de reparação.

Indo avante, pode-se lembrar que a homogeneidade dos direitos coletivos se relaciona intimamente ao momento de seu vicejar, pois, nascendo de fato (ou ato) comum ou de relação jurídica base, repercute em direitos de várias pessoas, podendo atingi-las de variadas formas e intensidade. Podem, inclusive, serem diferentes os valores indenizatórios averbados para os titulares de um mesmo direito coletivo.

Outras características que se ressaltam, apesar de oriundas das especulações doutrinárias, guardam certa lógica com a teleologia desses direitos e não podem ser esquecidas. Trata-se daquilo que optamos denominar características acessórias desses direitos individuais homogêneos. São elas: a busca para que a defesa ocorra em um único processo, a marca de hipossuficiência que geralmente definem tais questões, a pequenez das vantagens obtidas individualmente e os demais fatores de ordem psicológica que, porventura, possam arrefecer a ida ao Judiciário. Essas características não configuram a essência dos direitos individuais homogêneos, mas a negação de sua existência pode redundar em enorme prejuízo à sociedade, arranhando o princípio do amplo acesso à Justiça, corolário do Estado Democrático de Direito.

Este acesso à justiça, como mandamento de otimização⁵, zela pela possibilidade de alcançar uma “Justiça imparcial; uma Justiça igual, contra-

⁵ Os mandamentos de otimização, de acordo com a teoria desenvolvida por Robert Alexy (2008) são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de um espectro de possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios, na concepção do jurista de Kiel, seriam verdadeiros mandados de otimização e protagonizariam, ao lado das regras, espécies do gênero normas jurídicas.



ditória, dialética e cooperatória” (DIAS, 1998, p.6). Não é demais dizer que o Estado de Direito tem por objetivos fundamentais a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento social ambiental, a paz e a democracia. De acordo com as lições de Bezerra Leite (LEITE, 2009, p.39):

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado Pós-Moderno, cujos fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira dimensão - direitos civis e políticos - e segunda dimensão - direitos sociais, econômicos e culturais - mas também dos direitos de terceira dimensão - direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

A aglutinação desses direitos em uma única placa tem estreita ligação com o desejo de fazer surgir um único processo para discutir a solução à lide nascida em virtude da suposta violação daquele direito coletivo. Com isso, em visão aprofundada, busca-se a fluidez da máquina judiciária, assim como a mitigação do risco de serem prolatadas decisões contraditórias.

A defesa dos direitos coletivos em juízo tem, assim, finalidade de triplo louvor: diminuir o volume de processos judiciais tratando de questões idênticas; evitar que pessoas lesadas em idênticos direitos tenham proteções jurisdicionais distintas⁶; e incluir no rol daqueles que serão atingidos pela decisão judicial o maior número de interessados possíveis. Procura-se, aqui, homenagear os princípios da celeridade processual, da eficiência processual, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proteção aos hiposuficientes e do amplo acesso à Justiça.

Por essa razão, sustenta-se o entendimento de que o processo coletivo visa garantir, em patamares sólidos, a possibilidade de amplo acesso à

⁶ Na verdade, não é evitar que os jurisdicionados tenham proteção jurisdicional diferente, pois é possível que as situações concretas sinalizem que determinados sujeitos foram mais afetados que outros. O que se pretende elidir é o risco de, em mesmíssimas situações, certos indivíduos fiquem desregrados da proteção judicial, em virtude do alvedrio (ou mesmo arbítrio) de determinados magistrados.



justiça. Este trânsito é axioma reclamado internacionalmente desde a década de 60 do século passado e foi amplamente festejado por nossa Constituição Federal, que apregou a necessidade de um alargado acesso à justiça. A elaboração de um sistema processual que atenda aos direitos coletivos navega, portanto, na esteira dessas perspectivas e se mostra indispensável para uma efetiva prestação da atividade jurisdicional.

3 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

As maiores e mais relevantes discussões acerca do papel do Ministério Público nas demandas coletivas residem no campo da tutela dos direitos individuais homogêneos. Como bem assevera Fredie Diddier Júnior (DIDIER JÚNIOR, 2009, p.334):

A jurisprudência e a doutrina tendem a permitir o ajuizamento das ações reconhecendo a legitimidade ativa, quer seja indisponível ou disponível o direito homogêneo alegado, desde que neste último, se apresente com relevância social (presença forte de interesse público primário) e amplitude significativa (grande o número de direitos individuais lesados). Nestes casos, não serão simples direitos individuais, mas interesses sociais que se converteram, em razão de sua particular origem comum, em direitos individuais homogêneos. A finalidade social afeta “sempre” o Ministério Público. Daí a feliz síntese de Hugo Nigro Mazzili: “Ora, qual a finalidade do Ministério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais - sempre e dos interesses individuais - apenas se indisponíveis.

Não há pacificação sobre o assunto. Ao revés, talvez estejamos numa arena de conflitos doutrinários e jurisprudenciais. O posicionamento ora defendido não é majoritário, mas possui a nítida preocupação de robustecer a legitimidade do Ministério Público na tutela dos famigerados direitos individuais homogêneos.

Em nosso sentir, os direitos coletivos (*lato sensu*) são sempre indisponíveis, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.



Por outro lado, não celebramos com tanta ênfase a síntese elaborada por Hugo Nigro Mazzili e citada no excerto acima. Aquilo que o Código de Defesa do Consumidor denominou “direitos individuais homogêneos” (art. 81, III) são verdadeiras modalidades de direitos coletivos.

Para esse autor, o Ministério Público apenas estaria afeito para a defesa de direitos individuais homogêneos não disponíveis. Mas não se cogita direitos individuais homogêneos disponíveis, pois a discussão acerca da disponibilidade de determinados interesses individuais só tem que ver com as hipóteses onde tais direitos encontram-se despidos do atributo da transindividualidade que, em conjunto com aquelas características já citadas, desenha seu perfil coletivo.

Neste desiderato, quando da análise do agravo regimental no Recurso Extraordinário nº. 472.489/RS, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello, a Procuradoria Geral da República oportunamente ressaltou em seu parecer:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, traz apenas as expressões “interesses difusos e coletivos”, pois foi em 1990, ano da edição do Código de Defesa do Consumidor, que a expressão “interesses individuais homogêneos” foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, quando a Carta Magna diz “interesses difusos e coletivos”, na realidade está a referir-se aos interesses transindividuais *‘lato sensu’*, nos quais também estão abrangidos os interesses individuais homogêneos.

Desta feita, os direitos individuais homogêneos são aqueles transindividuais cujos titulares, embora plural, podem ser individualizados. São direitos quantificáveis e decorrem de uma origem comum ou de uma relação jurídica base, fato ou ato jurídico que traz à baila outra característica desses direitos, qual seja, a homogeneidade.

Na contramão do que sinalizou a Procuradoria Geral da República, por não considerar a sistemática de direitos coletivos aqui proposta, o ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso alvitrou como solução à *vexata quaestio* a existência de duas modalidades de direitos individuais homogêneos: os ligados a relações de consumo e os direitos individuais homogêneos não consumeristas. De acordo com a decisão do magistrado, apenas alguns direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos



coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis.

Conforme já demonstramos, não vislumbramos o conceito sob tal enfoque. Ao contrário, consideramos indisponíveis todos os direitos encapsulados na categoria de direitos individuais homogêneos. O referido ministro capitaneia corrente de pensamento que não admite o Ministério Público como legítimo titular para a tutela de certos direitos individuais homogêneos, por meio de ação civil pública (AgReg nº. 382298/RS). Estabelece, para tanto, um complexo paralelismo: o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos, por exemplo, da mesma forma que a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes.

Justifica tal ilação naquilo que se convencionou denominar “pertinência temática”, que é termo de excelsa importância nas discussões de controle de constitucionalidade difuso. Isso porque a Constituição Federal de 1988 legitimou certas entidades (sindicatos, associações, conselhos de classe, etc.), mas não cuidou de limitar as doses dessas legitimidades. Por essa razão, é correto, e até certo ponto exitoso, que os juízes e tribunais se ocupem em estabelecer limites, sob pena de se configurar uma situação caótica, onde essas entidades poderiam defender interesses alienígenas àqueles que lhes deram origem e respaldo. Mas não podem fechar ao Ministério Público as portas franqueadas pela Constituição Federal.

Ocorre, porém, que o *Parquet*, como entidade essencial à Justiça que é, não pode ter suas atribuições cerceadas, tampouco limitadas às questões de pertinência temática. Bem assim, o a legitimidade do Ministério Público para a proteção dos direitos individuais homogêneos não pode ser aferida em porções, até porque nem a Constituição nem lei infraconstitucional alguma lançaram quaisquer limitações a esta atuação.

É de lembrar que as entidades de direito público precisam revestir-se de legitimidade ampla, inclusive porque o poder público, qualquer que seja a circunstância fática, tem interesse na proteção daquele direito coletivo porventura ameaçado. Indo avante, poderíamos rememorar que a Constituição Federal foi pródiga em matéria de legitimidade para as questões de direito coletivo: concedeu legitimidade a quem não possuía, alargou a legítima fatia daqueles que já a detinham e incrementou, consideravelmente, as possibilidades de legitimação do Ministério Público.

Não é demais ressaltar que essa legitimação no Brasil é *ope legis*, controlada pelo legislador. Mas não se limita à esfera legislativa (DIDIER JUNIOR, 2009), uma vez que ocorre também certo controle por parte do Poder



Judiciário (*ope judicis*). É salutar que exista tal controle, mas é questionável o excessivo rigor que tem obstado e alijado, com indesejada freqüência, muitas atuações de nosso *Parquet*. Há, inclusive, um acórdão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR) que bem reflete o paradigma inicial através do qual a questão foi analisada:

LEGITIMIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRIBUTO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública impugnando cobrança de tributos. Precedente. Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, relatado perante o Pleno pelo Ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de fevereiro de 1999.

Sob o pálio e relatoria do ministro Marco Aurélio, o Supremo firmou entendimento restritivo acerca desses direitos individuais homogêneos. Como decorrência de tal interpretação, muitas foram as críticas elaboradas acerca da concepção ali adotada. Talvez por isso, nas decisões posteriores, houve um efetivo alargamento do conceito de direitos individuais homogêneos, passando a abraçar aqueles direitos de relevante interesse social, conforme se observa através do seguinte acórdão:

Legitimidade do Ministério Público para promover ação cível pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *Parquet* para discuti-lo em juízo. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão



do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inc. III, da CF. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo recomenda-se o abrigo estatal. Recurso Extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Origem, para prosseguir no julgamento da ação.

Aqui reside o nó górdio da questão: discutir a relevância social que aglutina os direitos individuais homogêneos não é tarefa singela. Apesar disso, e do perigo de reconhecer que algum direito individual homogêneo poderá sucumbir ao crivo jurisprudencial, precisamos manifestar certo gracejo em tal avanço de jurisprudência. Chegará o tempo em que nossos juristas enxergarão todos os direitos coletivos como verdadeiros axiomas da sociedade; se hoje é reconhecido que os direitos de relevante interesse social merecem ser tutelados e se é cediço que os direitos coletivos repercutem relevantemente na sociedade, parece-nos inexorável a necessidade da salvaguarda de todas as espécies desses direitos coletivos. Não adianta: ninguém escapa de seu próprio tempo.

Não é errado pensar que a nossa Constituição Federal se preocupou em elucidar instrumentos para viabilizar que a própria sociedade civil se organize na defesa jurisdicional de seus interesses. A outorga de certos poderes aos sindicatos e a determinadas associações, por exemplo, tem o nítido escopo de organizar a sociedade de um modo tal que possa concretizar seus direitos na esfera judicial, sem que seja necessária a interveniência do Ministério Público para tanto.

Mas supor que nossa sociedade já esteja apta a defender todos os direitos coletivos a ela aderentes é crença, se não risível, ao menos imatura ou utópica. É bem verdade que nas democracias mais avançadas e em países de



modernos sistemas político-ideológicos, a instituição equivalente ao nosso Ministério Público tem o precípua condão de promover ações penais. As intervenções em sede de direitos civis são escassas, pois se acredita que tais assuntos podem ser resolvidos pela própria sociedade.

Há quem se valha de tais argumentos para defender a tese de que apenas os direitos individuais homogêneos “indisponíveis”, ou aqueles fixados em relações de consumo ou nas causas de relevante interesse social, sejam da legítima alçada do Ministério Público. Contudo, enveredar por essa rota seria o mesmo que igualar nossa sociedade àquelas onde já existe uma estrutura político-ideológica idônea e favorável à ampla e eficiente tutela jurisdicional, desconsiderando a óbvia realidade: nossa sociedade ainda é despicienda em matéria de conscientização político-social.

Ou seja, retirar do *Parquet* a legitimidade para a discussão e defesa em juízo dos direitos individuais homogêneos seria o mesmo que arrancar dos indivíduos a possibilidade de ver discutido um direito que, apesar de homogêneo e de restringíveis titulares, são transindividuais e sempre indisponíveis.

Se assim ocorrer (e vem ocorrendo com espantosa assiduidade), inúmeros serão os prejuízos sociais que poderão surgir. Basta lembrar aquelas características a que denominamos acessórias ou subsidiárias para concluirmos que, se o Ministério Público não puder encapar a defesa desses direitos, os mesmos restarão desprotegidos, seja por inexistir uma estimativa social ou judiciária suficiente, seja pela pequenez das vantagens individualmente trazidas.

A fim de justificar a legitimidade do *Parquet* para a salvaguarda judicial desses direitos, trazemos à memória a lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), para rechaçar o argumento daqueles que defendem o rol restritivo dessa legitimidade⁷. Aqui, apelamos para que seja feita uma interpretação do sistema constitucional, uma vez que este sistema nos indica que o Ministério Público tem a legitimidade plena para a defesa dos direitos individuais homogêneos, sob pena de termos de afirmar que o constituinte de 1988 não produziu o Estado Democrático de Direito. Se o constituinte reservou ao Ministério Público suas atribuições e importância na construção dessa nova

⁷ Apesar de trazermos à colação a referida lei, é de ressaltar que o instrumento juridicamente vocacionado para a salvaguarda desses direitos é a ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos e não a ação civil pública – apta à defesa de direitos difusos. É comentário simples, mas que se torna útil frente ao apego bastante arraigado de muitos magistrados pela jurisprudência dos conceitos e pela teoria imanentista.



realidade, mas não concedeu poderes suficientes para tanto, somos obrigados a desacreditar na viabilidade desse Estado Democrático-Constitucional.

Por óbvio, não consideramos a questão através desse enfoque pessimista; e são jurídicos os motivos que animam nossa doutrina. A chegada da Constituição em 1988 promoveu, com relação àquela espécie normativa, o fenômeno da recepção. Porém, da mesma forma que algumas normas, ao serem recepcionadas, assumem novo *status* formal (v.g, o Código Tributário Nacional, lei ordinária recepcionada com *status* de lei complementar), outras espécies normativas, com a recepção constitucional, são obrigadas a ornamentarem-se com os enfeites característicos do novo regime jurídico constituído. Assumem, portanto, um novo *status* material, no intuito de melhor se afeiçoarem a essa nova realidade, sob pena de não acompanhar as inovações jurídico-ideológicas recém trazidas. Pensar de modo diverso inviabilizaria o fenômeno da recepção.

Assim, apesar de o rol estabelecido na lei de ação civil pública não prever determinadas legitimidades ao Ministério Público, é inabdicável interpretar essa espécie normativa sob a luz da Constituição Federal de 1988. De acordo com Daniel Sarmiento (2007), é imprescindível a realização daquilo a que denominou filtragem constitucional, através da qual as normas constitucionais se irradiam para os diversos ramos do Direito, impondo a releitura de seus conceitos e influenciando a interpretação de suas normas e institutos

Daí porque dizer que a Carta Política trouxe nova estampa para a lei 7347/85, em virtude das novas funções do Ministério Público e de sua imprescindível participação no fabrico do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, a interpretação constitucional das categorias de direitos coletivos não pode desconsiderar a nova realidade trazida pelo advento do Código de Defesa do Consumidor. Não sendo assim, o texto constitucional restaria fossilizado e tal engessamento é conduta a que deve ser, enfaticamente, rechaçada.

É possível que surja quem afirme que o domínio dessa legitimidade ampla das demandas relativas aos direitos individuais homogêneos inviabilizariam as atividades do Ministério Público. Por isso, ventilamos uma postura menos extremista e mais compatível com nossa realidade social. Já existem entre nós algumas entidades que defendem determinados nichos da sociedade e em alguns lugares as defensorias públicas, embora precárias, já possuem condições de efetivar a salvaguarda de certos direitos individuais homogêneos.

A sociedade civil brasileira está se organizando e as defensorias públicas também. Nesse sentido, podemos lembrar daquilo que o Ministro Sepúlveda Pertence denominou “inconstitucionalidade progressiva”. Isto é,



talvez chegue o dia em que o Ministério Público não necessite mais de tão alargada legitimidade, pois já existirão outras entidades suficientemente aptas a atuar. Enquanto isso não ocorre, acreditamos ser necessária a manutenção de uma ampla legitimidade do *Parquet*, a fim de alcançar todos os direitos individuais homogêneos. Conforme visto, desconsiderar tal legitimidade significaria o mesmo que negar à sociedade o amplo acesso ao Judiciário, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF).

Toda essa problemática nos faz acreditar que inexistem, ao menos em nossos tribunais superiores, parâmetros objetivo-dogmáticos idôneos a categorizar adequadamente as espécies de direitos coletivos existentes em nosso ordenamento. Uma vez definidos os critérios que os distinguem, torna-se fácil reconhecer os direitos individuais homogêneos e mais ainda o reconhecimento do *Parquet* como legítimo titular a defendê-los (legitimação extraordinária). Sobre isso, falta ainda um sistemático trabalho dogmático que possa oferecer respostas concretas, integrando esses novos direitos coletivos na dogmática tradicional dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

De tudo o que se expôs, concluímos que os posicionamentos de nossos tribunais em geral e do Supremo Tribunal Federal, em particular, sobre a matéria dos direitos individuais homogêneos padecem da técnica dogmática, imprescindível a qualquer ramo do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro abraça três modalidades (ou espécies) de direitos coletivos, quais sejam os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito (coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles direitos transindividuais suscetíveis de individualização, cujos titulares (que são vários) podem ser identificados; são direitos quantificáveis e que decorrem de uma origem comum ou de uma relação jurídica base.

Em um momento inicial, a Suprema Corte brasileira desconsiderou a importância dos direitos individuais homogêneos como reconhecida espécie dos direitos coletivos. Num instante posterior, a questão dos direitos coletivos passou a ser examinada *obiter dictum*, fazendo persistir em nosso ordenamento o dogmatismo questionável e a atecnia que tem caracterizado as decisões de nossos tribunais sobre o tema. O papel do *Parquet* foi deveras alargado na Constituição de 1988, de modo que negar sua legitimidade na defesa desses



direitos, se não prejudica totalmente o Estado Democrático de Direito, arranha, pelo menos, o princípio do amplo acesso ao Judiciário e dilacera o viés social e garantista estampado em nosso texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme & CARPENA, Márcia Louzada Carpena (Coord.). **Visões críticas do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **O acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Editora Safe, 1988.

DIAS, Francisco Barros. **O proceso de conhecimento e o amplo acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina136.doc>>. Acesso em 12 de abril de 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2006.



SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista Jurídica: Porto Alegre, n. 212, jun. 1995.

THE LEGITIMACY OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE IN THE EFFECTIVE GUARDIANSHIP OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS

ABSTRACT

The collective rights represents a parcel of the legal universe little explored by the doctores and on which still the judicial contributions are scarce. The current scene of the collective procedural law is characterized as being an eddy of diverse concepts and classifications on the modalities of existing collective rights in our legal system. This sufficiently harms the implement of the judicial guardianship, reason why the present examination occupies in establishing a dogmatic categories of the species of collective rights, with emphasis for the homogeneous individual rights, independent modality of this procedural systematics. The Public prosecution service as enough idoneous and legitimate institution to the judicial defense of these rights, as form to guarantee the access to justice, great corollary of the Constitutional Democratic State of Right.

Keywords: Homogeneous individual rights. Public prosecution service. Legitimacy.



A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE URBANO: CONHECENDO O ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.257/2001)

Cassandra Hágata Dantas

Bacharela em Direito pela UFRN.

RESUMO

O presente artigo aborda a tutela do meio ambiente urbano, através do estudo da Lei nº 10.257/2001, também conhecida como Estatuto da Cidade. O objetivo é apresentar os princípios e instrumentos que a lei dispõe para garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana e bem-estar dos cidadãos. A metodologia utilizada foi o estudo da Lei nº 10.257/2001 associada à doutrina de Direito Ambiental e de Direito Urbanístico. Constatou-se que o Estatuto da Cidade é uma lei que possibilita o desenvolvimento urbano sustentável, atuando também como redutor das desigualdades sociais. Como instrumento legal democrático, atenua problemas decorrentes do acelerado crescimento das cidades e da especulação imobiliária.

Palavras-chave: Meio Ambiente Urbano. Estatuto da Cidade. Instrumentos.

1 INTRODUÇÃO

A espécie humana e o Planeta Terra encontram-se num estágio de evolução impossível de ser precisado, isto é, podemos afirmar que dispomos de informações certas acerca do passado, porém, quanto ao futuro, nem as ciências e as tecnologias mais avançadas podem nos dizer algo preciso acerca do horizonte.

Tal verdade desperta uma sensação tenebrosa. Uma reflexão acerca do desequilíbrio ecológico do planeta nos faz temer pelo futuro próximo e não mais das gerações seguintes.

Dentro deste contexto, a proteção ao meio ambiente torna-se uma necessidade impostergável, porém, a grande maioria das pessoas tende a associar a idéia de meio ambiente à natureza e, por isso, acham que somente esta é protegida ou sua utilização planejada.

A fim de esclarecer tal equívoco, visamos através deste estudo, demonstrar que o ambiente urbano também constitui uma das formas de meio ambiente e, por isso, possui tutela assegurada não só pela Constituição Federal, mas pelo Estatuto da Cidade, isto é, Lei nº 10.257/2001.

Diante da relevância do tema, importante conhecer os princípios e mecanismos que a lei mencionada dispõe para proteger este tipo de meio ambiente, proporcionando segurança e bem-estar aos cidadãos, assegurando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição Federal.

2 OS TIPOS DE MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988, ao eleger a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III, como fundamento a irradiar todo o sistema constitucional, visa garantir não só os direitos individuais fundamentais, mas também aqueles necessários à garantia de uma vida digna, como os direitos sociais e direitos coletivos.

Sabendo que o meio ambiente é essencial à vida humana, o legislador constituinte tratou de assegurar no corpo da Carta Maior o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225 da Constituição Federal).

Diante desta garantia, podemos perceber que o conceito de meio ambiente não se restringe ao meio ambiente natural. Isto porque ao garantir



também uma sadia qualidade de vida aos indivíduos, é necessário que não só o ambiente natural esteja equilibrado, mas também o meio ambiente artificial, cultural e do trabalho.

Assim, desmembrando o conceito constitucional de meio ambiente, podemos nele encontrar o meio ambiente natural ou físico, que consoante Fiorillo (2007), é aquele constituído pela atmosfera, elementos da biosfera, pelas águas, pelo solo e subsolo, pela fauna e flora; o meio ambiente artificial, que “é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)” (FIORILLO, 2007, p. 23); o meio ambiente cultural, que nas palavras de José Afonso da Silva “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como produto do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial” (*apud* FIORILLO, 2007, p. 24); e, por fim, o meio ambiente do trabalho, que está associado ao local onde as pessoas exercem suas atividades laborais, cujo equilíbrio está relacionado à salubridade do meio e à ausência de agentes que comprometam a saúde físico-psíquica dos trabalhadores (FIORILLO, 2007).

Dentre os tipos de meio ambiente, o artificial é o que está mais diretamente conectado ao conceito de cidade, a qual passou a ter natureza jurídica ambiental em face do disposto não só na Constituição Federal, mas, principalmente, no Estatuto da Cidade (Lei N° 10.257/2001).

3 A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO

No que concerne à política urbana, o tema está tratado no art. 182 da Constituição Federal, principalmente. Porém, há outros dispositivos constitucionais que disciplinam o tema como o art. 21, XX, que regula a competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, e o art. 5°, XXIII, que dispõe sobre a função social da propriedade.

Desenvolver o meio ambiente urbano é melhorar as condições de vida na cidade, diminuindo as desigualdades sociais e promovendo o desenvolvimento econômico e social ao mesmo tempo em que se garante a sustentabilidade ambiental. Seu objetivo é o espaço urbano construído, através do planejamento e ordenação do uso do solo.

A política de desenvolvimento urbano, nos termos do art. 182 da Constituição Federal, será executada pelo Poder Público Municipal e será



instituída por diretrizes gerais fixadas por lei com a finalidade de ordenar a ocupação dos espaços urbanos e o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar da comunidade.

A função social é cumprida quando a cidade proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, constantes no art. 5º da Constituição Federal, bem como os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, entre outros constantes no art. 6º também da Carta Magna. Por outro lado, não basta, pois, que os direitos sejam apenas garantidos, mas devem ser realizados de forma tal a traduzir um real bem-estar na população.

4 O ESTATUTO DA CIDADE (LEI Nº 10.257/2001)

Sabemos o crescimento desordenado das cidades tem gerado bastantes preocupações não só em relação ao homem, mas também ao meio ambiente. É que a ocupação irregular origina problemas que comprometem a qualidade de vida humana e degradam o meio ambiente, ferindo assim a dignidade humana e danificando o patrimônio pertencente à humanidade. Levando em consideração esta problemática é que depois de onze anos de tramitação, o Senado aprovou o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) como instrumento que passou a disciplinar as principais diretrizes do desenvolvimento do meio ambiente artificial em face do disposto na Constituição Federal. Assim, o Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (Lei 10.257/2001, art. 1º, par. ún.).

A lei em comento possui 58 artigos, distribuídos em cinco capítulos: I – Diretrizes Gerais; II – Dos Instrumentos da Política Urbana; III – Do Plano Diretor; IV – Da Gestão Democrática da Cidade; e V – Disposições Gerais.

4.1 Diretrizes Gerais e princípios

Consoante Machado (2009), a propriedade urbana e a cidade têm funções sociais, sendo tais funções cumpridas pela política urbana quando observadas as diretrizes gerais. Estas diretrizes estão dispostas no art. 2º do Estatuto da Cidade.



O referido autor resume tais diretrizes como: 1) garantia ao direito ao saneamento ambiental; 2) realização do planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do município de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; 3) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental; 4) adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental do município; 5) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído e o patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (art. 2º, I, IV, VI, VIII e XII do Estatuto da Cidade).

Numa leitura rápida, podemos pensar que a grande preocupação do legislador é o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável do município, mas não é só. Vejamos, pois, o que dispõe o inciso VI:

Art. 2º (...)

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

Mais adiante, nos incisos IX e XI, o Estatuto prevê a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos.

Assim, o Estatuto da Cidade não prima apenas pela proteção ao meio ambiente e pelo desenvolvimento sustentável, pois as diretrizes mencionadas

(...) são orientadas especificamente para a recuperação social da valorização do solo, entendida como elemento



importante para a realização da justiça social na cidade. Partem do pressuposto de que os incrementos de valor de uma propriedade urbana que derivam de ações do poder público devem retornar à comunidade como um todo, em vez de serem apropriados por proprietários individualmente. As ações públicas que geram valorizações fundiárias – incluindo o investimento em infraestrutura e serviços, ou ações decorrentes de decisões regulatórias sobre o uso do solo urbano – devem reverter em um benefício a todos os habitantes da cidade (FONTES, SANTORO e CYMBALISTA, 2007, p. 63-64).

Sob este aspecto, podemos avaliar a importância do Estatuto da Cidade como instrumento legal democrático, uma vez que visa distribuir para todos os cidadãos os benefícios da urbanização. Adiante, veremos como a utilização de tal mecanismo é possível através do estudo dos instrumentos jurídicos e políticos que a lei em comento dispõe.

No que concerne aos princípios, merecem ser destacados por sua fundamental importância na tutela do desenvolvimento urbano a função social da propriedade urbana e a participação popular.

Para de Paula (2007), a função social da propriedade urbana diz respeito ao fato de o proprietário dar uma utilização socialmente justa ao objeto direito de propriedade em que o interesse geral deve ter precedência sobre o individual. Trata-se de princípio que vincula também o legislador, obrigando-o a estabelecer, na fixação do conteúdo e limites da propriedade, um regime socialmente justo de contribuição para o bem-estar geral da sociedade. Instrumentos previstos no Estatuto da Cidade como parcelamento ou edificação compulsória, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo etc são exemplos da aplicação desde princípio.

Já a Gestão democrática e o princípio da participação popular dizem respeito a substituição da tendência de a administração pública sobrepor seus atos ao consentimento do cidadão. Pelos novos modelos de gestão, este passa a ser colaborador ativo, co-gestor, prestador e fiscalizador. A Constituição Federal estabeleceu sistemas de gestão democrática em vários campos da administração pública (p. ex. art. 29, XII).

Ainda consoante de Paula (2007), o Estatuto da Cidade fixa este tipo de gestão em seu art. 2º, II, na medida em que indica a necessidade de participação da população e associações representativas da comunidade na formulação e execução de planos, programas e projetos urbanísticos.



Desta feita, vemos que através desta política discutem-se as questões da cidade com os vários setores da sociedade, possibilitando também a fiscalização da ação do governo.

4.2 Instrumentos da Política Urbana destinados à Tutela do Meio Ambiente Artificial

Milaré (2009) nos ensina que a política urbana, além de instrumento eficiente, é um processo contínuo voltado para a melhoria da qualidade de vida das cidades. Contudo, sua eficácia está condicionada à aparelhagem dos municípios para o desempenho das responsabilidades e dos encargos atribuídos pela Constituição Federal e Estatuto da Cidade.

Assim, na execução da política urbana vinculada ao objetivo de ordenar a cidade, o Estatuto da Cidade estabeleceu alguns instrumentos com a finalidade de fazer com que o diploma se efetive no sentido de organizar as necessidades da população residente dentro da ordem econômica capitalista (FIORILLO, 2007).

Desta feita, nos termos do art. 4º da Lei Nº 10.257/01, são instrumentos da política urbana: 1) planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; 2) planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; 3) planejamento municipal; 4) institutos tributários e financeiros; e 5) institutos jurídicos e políticos.

Comentemos rapidamente acerca destes instrumentos.

4.2.1 Planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, e planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões

No tocante aos planos e planejamentos, importante observar que no desenvolvimento da política urbana, não se deve pensar no município como uma área isolada. Na verdade, em diversas passagens a lei fala em território de influência do município (art. 2º, VII e VIII, por exemplo). Isto porque os fenômenos naturais não ocorrem de acordo com a divisão geográfica, não estando delimitados a esta ou aquela área. Assim, há de se considerar a influência de um município sobre outro sob os aspectos sociais, econômicos, culturais etc.



Desta forma, acentua-se a necessidade de colaboração entre as municipalidades fronteiriças no planejamento conjunto entre regiões (MILARÉ, 2007).

4.2.2 Planejamento municipal

Consoante Milaré (2007, p. 557), “as peculiaridades locais constituirão objeto do planejamento municipal”. Com isso, o Estatuto destacou como instrumentos para o planejamento municipal (art. 4º, III): o plano diretor; a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; o zoneamento ambiental; o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias e orçamento anual; a gestão orçamentária participativa; os planos, programas e projetos setoriais; e os planos de desenvolvimento econômico e social.

Nada obstante a totalidade dos instrumentos, nosso estudo deter-se-á ao plano diretor, por ser de fundamental importância como articulador dos diversos instrumentos, e ao zoneamento.

O Plano Diretor, conforme determinação constitucional, é o instrumento básico da Política de Desenvolvimento e Expansão Urbana (Estatuto da Cidade, art. 40), tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182, caput). O Plano Diretor é composto por um conjunto de informações técnicas, mapas, diagnósticos, planejamentos e legislações, tudo isso para realizar uma radiografia do município, identificando seus problemas e necessidades para um futuro estimado de dez anos, impedindo o agravamento dos problemas atuais e planejando o desenvolvimento e crescimento do município.

Fontes, Santoro e Cymbalista (2007) nos lembram que o Estatuto da Cidade atribui importância fundamental ao Plano Diretor como elemento de regulação do solo e de efetivação da função social da propriedade porque contém a forma de como ocorrerá a recuperação social da valorização da terra. Além disso, o plano define a realização concreta das diretrizes contidas no Estatuto da Cidade e a aplicação de seus instrumentos. Ainda conforme os autores, há instrumentos que só poderão ser aplicados se estiverem definidas as áreas para sua utilização no Plano Diretor.

No que concerne à sua elaboração, a lei exige a participação popular, devendo o Poder Público promover audiências públicas com debates envolvendo a população e associações (Estatuto da Cidade, art. 40, §4º, I). É assegurada também a publicidade e o acesso aos documentos.

A Constituição Federal (art. 182) e o Estatuto da Cidade (art. 41)



determinam a obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes; integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar o parcelamento ou edificação compulsória, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública; integrantes de áreas de especial interesse turístico; e inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Já o art. 42 do Estatuto dispõe sobre as matérias mínimas a serem tratadas no Plano Diretor das cidades que estejam dentro dos parâmetros do art. 41, citados anteriormente. Deverá então o Plano conter, no mínimo:

Art. 42 (...)

I - delimitação das áreas urbanas onde deverá ser aplicado o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização;

II - as disposições constantes nos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 do Estatuto das Cidades, ou seja, o conteúdo correspondente ao direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, alteração do uso do solo, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir;

III - sistema de acompanhamento e controle, que será feito dentro das diretrizes fixadas pelo Estatuto da Cidade (art. 2º).

O Plano deve ainda ser aprovado pela Câmara Municipal, devendo tomar a forma de Lei Municipal, Ordinária ou Complementar, conforme disponha a Lei Orgânica do Município.

No que concerne ao Zoneamento Ambiental, trata-se, resumidamente, de instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Nº 6.938/81, art. 9º, II) aplicado em âmbito municipal. Trata-se “de um disciplinamento de ocupação e destinação de áreas geográficas para que elas atendam a sua vocação geoeconômica e ecológica” (MILARÉ, 2009, p. 560). José Afonso da Silva, por outro lado, define o zoneamento como “um procedimento urbanístico, que tem por objetivo regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas no interesse coletivo do bem-estar da população” (*apud* SIRVINKAS, 2007, p.114-115),



Assim, podemos concluir concordando com Sirvinkas (2007), que o zoneamento tem como finalidade regular o uso e a ocupação do solo, sendo verdadeira limitação administrativa ao direito de propriedade.

É válido salientar que não sendo o município uma área isolada, mas ao contrário, estando inserido em contextos estaduais e regionais, é imperioso lembrar que o zoneamento requer uma ação interdisciplinar e interinstitucional. As decisões sobre o zoneamento, para Machado (2009), podem até ser tomadas em nível municipal, mas a maioria delas deve-se operar em território mais extenso.

4.2.3 Institutos tributários e financeiros

“Os institutos tributários e financeiros estão no rol de mecanismos que o Poder Público local pode dispor, dentro dos critérios legais e administrativos, para subsidiar a sadia qualidade de vida urbana e o meio ambiente ecologicamente equilibrado” (MILARÉ, 2009, p. 560). Tais institutos estão elencados no inciso IV do art. 4º do Estatuto e são eles o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU; a contribuição de melhoria; e os incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Tais instrumentos podem auxiliar no fomento de determinadas diretrizes urbanas, assegurando a função social da propriedade urbana e a dignidade da pessoa humana. Como exemplo, o IPTU, instrumento de arrecadação, deve ser progressivo, no sentido de que os mais ricos devem pagar mais e os pobres menos ou nada (WHIKAKER e DE CÉSARE, 2005).

4.2.4 Institutos jurídicos e políticos

Nos termos do art. 4º, V, da Lei Nº 10.257/01, são instrumentos jurídicos e políticos: a desapropriação; a servidão administrativa; as limitações administrativas; o tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; a instituição de unidades de conservação; a instituição de zonas especiais de interesse social; a concessão de direito real de uso; a concessão de uso especial para fins de moradia; o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; a usucapião especial de imóvel urbano; o direito de superfície; o direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; a transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; a regularização fundiária;



a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; o referendo popular e plebiscito; a demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; e a legitimação de posse.

Podemos perceber que alguns dos instrumentos em questão acabam por tolher o direito de propriedade do indivíduo tendo em vista o bem-estar da coletividade. São exemplos a desapropriação, a servidão, limitações e o tombamento. Outros, porém, buscam induzir o desenvolvimento urbano, permitindo um maior controle do Estado sobre o uso e ocupação do solo, como é o caso do direito de preempção, direito de superfície, outorga onerosa do direito de construir e operações urbanas consorciadas.

Dentre todos os instrumentos mencionados, alguns já foram alvo de estudo no direito administrativo, e são, portanto, mais conhecidos, como a desapropriação, a servidão, as limitações administrativas, tombamento entre outros. Destaquemos então aqueles menos conhecidos.

O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares (Estatuto da Cidade, art. 25). Esse direito tem prazo estabelecido no plano diretor, não podendo ser superior a 5 anos. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social etc (art. 26). “Ele permite ao Poder Público fazer estoque de terras destinadas à produção de habitações de interesse social, e a regularizar a valorização fundiária de determinada área” (WHIKAKER e DE CÉSARE, 2005, p. 132). As áreas sujeitas a esse instrumento devem estar indicadas no Plano Diretor.

Por outro lado, levando em consideração que todo município pode construir o equivalente a mesma metragem de seu terreno, a outorga onerosa do direito de construir diz respeito a fixação de áreas no Plano Diretor nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 28). Consoante Whikaker e de Césare (2005), este instrumento visa corrigir distorções de valorização criadas pelas intervenções do Estado. Em outras palavras, as ações do Poder Público que geram valorização de certas propriedades, aumentam os lucros dos proprietários e através da outorga onerosa, o Poder Público recupera a “mais-valia” obtida pelo proprietário. Implica, pois, na recuperação pela sociedade da valorização fundiária decorrente de obras do poder público, baseado na justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização (FONTES, SANTORO e CYMBALISTA, 2007). Pode ainda ser utilizado tanto para incentivar como “frear” a verticalização de



áreas da cidade.

Já as operações urbanas consorciadas têm como objetivo alcançar determinadas transformações urbanísticas estruturais e melhorias sociais juntamente com a valorização ambiental. Há uma especificação de uma área dentro da qual os recursos arrecadados com a valorização do imóvel ou ônus coletivos gerados pelo empreendimento deverão ser aplicados obrigatoriamente. Com isso, possibilita-se a parceria entre o setor público e privado, que, interessado na compra do solo valorizado, acaba financiando a recuperação de determinada área da cidade (WHIKAKER e DE CÉSARE, 2005).

O direito de superfície trata da possibilidade de o proprietário urbano conceder a outrem o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao seu terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. O direito pode ser exercido por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis (art. 21, *caput* e §1º).

No que concerne à transferência do direito de construir (art. 35), este instrumento pode compensar as perdas do proprietário que teve seu imóvel tombado ou que foi considerado necessário para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários. Isto porque o dono da propriedade requerida pelo poder público pode transferir seu direito de construir para outros imóveis da cidade.

Por fim, a lei em estudo estabelece que aquele que possuir uma área de até 250 m², por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 9º). Trata-se da usucapião especial de imóvel urbano.

4.2.5 Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Nº 6.938/81) consagra a avaliação de impactos ambientais como um dos seus instrumentos (art. 9º, III). Conforme Milaré (2009), esta avaliação é tomada em sentido amplo, como um procedimento para localizar, identificar, prognosticar e ponderar as alterações provocadas no meio ambiente pela ação do homem. Assim, os estudos de impacto ambiental constituem uma aplicação deste procedimento. “Trata-se de uma avaliação *a priori*, de cunho preventivo, destinada a antecipar de alguma forma os resultados ou efeitos de uma determinada intervenção e subsidiar o



processo de tomada de decisão” (MILARÉ, 2009, p. 561).

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) é seguido de um Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) cujo objetivo é esclarecer à população interessada qual o conteúdo do estudo, uma vez que este é elaborado em termos técnicos.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, em seu art. 4º, VI, prevê além do EIA, o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV).

O EIV está disciplinado nos arts. 36 a 38 do Estatuto da Cidade, e assim como EIA, visa a “análise de custo/benefício de um determinado empreendimento” (ANTUNES, 2006, p. 316). Nos termos do art. 37 do Estatuto,

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

I – adensamento populacional;

II – equipamentos urbanos e comunitários;

III – uso e ocupação do solo;

IV – valorização imobiliária;

V – geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI – ventilação e iluminação;

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Milaré (2009) explica que não há confronto entre os instrumentos mencionados, pois sempre que um empreendimento acarretar impactos ao meio ambiente que ultrapassem os limites locais (municipais), ou mesmo quando o impacto ou alterações forem de natureza significativa, o EIA também se torna imprescindível. Podemos completar a explicação com elucidação fornecida por Antunes (2006, p. 316), que diz que “o EIA passou a ser exigido por órgãos ambientais para a implantação de *shopping centers*, condomínios e outros empreendimentos semelhantes”. Já o EIV, continua o autor, é usado para avaliar impactos gerados por atividade a ser desenvolvida em área urbana, que não se trate de atividade industrial.



4.3 Instrumentos da Política Urbana destinados à Tutela das áreas que não cumprem sua função social

O Estatuto da Cidade prevê para áreas urbanas que não cumprem a sua função social a aplicação de instrumentos que visam a destinação adequada da propriedade de acordo com a aquela definida pelo Plano Diretor. Assim, a partir do momento que o Poder Público considera que uma propriedade urbana está vazia ou subutilizada, poderá haver o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano (art. 5º).

Por outro lado, caso não seja atendida a edificação ou utilização compulsória, poderá haver majoração progressiva da alíquota do IPTU durante cinco anos consecutivos (art. 7º). Passado esse prazo, a Prefeitura poderá desapropriar o imóvel e indenizar o proprietário com títulos da dívida pública (art. 8º).

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos concluir que o Estatuto da Cidade trata-se de um poderoso instrumento legal, que visa a tutela do meio ambiente urbano, constituído pela cidade. Em consonância com a regulamentação disposta nos arts. 182 e 225 da Constituição Federal, a lei prima pelo bem-estar dos cidadãos bem como pelo equilíbrio ambiental.

Por outro lado, além oferecer mecanismos que possibilitam o desenvolvimento urbano sustentável, atua o Estatuto como redutor de desigualdade, tendo em vista que promove a justa distribuição de ônus e benefícios decorrentes da urbanização. Podemos ainda mencionar que atua na equalização de oportunidades, uma vez que oferece instrumentos que possibilitam a recuperação de áreas menos favorecidas da cidade, trazendo condições de vida melhores para todos.

Assim, a cidade que implementa os instrumentos do Estatuto, seja através do Plano Diretor ou outras leis, está mais preparada para enfrentar problemas decorrentes do acelerado crescimento das cidades, evitando ou ao menos atenuando problemas decorrentes da degradação ambiental e da especulação imobiliária.

Por fim, insta apenas pontuar que a lei estudada prima pelo desenvolvimento do município, porém não de forma isolada, tendo em vista que o meio ambiente não se restringe às áreas delimitadas dos municípios, assim



como os fenômenos naturais. Desta feita, considerando a influência de um município sobre outro é que a lei priorizou o desenvolvimento da cidade em atuação conjunta, através do planejamento integrado e observação dos planos nacionais acerca do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONTES, Mariana Levy Piza; SANTORO, Paula; CYMBALISTA, Renato. Estatuto da Cidade: uma leitura sob a perspectiva da gestão social da valorização da terra. In: BUENO, Laura Machado de Mello (Org.); CYMBALISTA, Renato (Org.). **Planos diretores municipais: novos conceitos de planejamento territorial**. São Paulo: Annablume, 2007.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Estatuto da Cidade e Plano Diretor Municipal**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.



WHIKAKER, João Setter; DE CÉSARE; Cláudia M. Instrumentos Tributários e de Indução de Desenvolvimento. In: ROLNIK, Raquel (Coord.); PINHEIRO, Otilie Macedo (coord.). **Plano Diretor Participativo: Guia para elaboração pelos Municípios e Cidadãos**. 2 ed. Brasília: Confea, 2005.

THE PROTECTION TO URBAN ENVIRONMENT: KNOWING THE CITY STATUTE

ABSTRACT

This present article is about the protection of the urban environment, by the study of the law 10.257/2001, known as City Statute. The goal is to present the principles and instruments statute to guarantee the implementation of the property social function and citizens's welfare. The methodology used was the study of the law 10.257/2001, of the doctrine about Environmental Law and about Urban Law. It concluded that City Statute is a law that enables the sustainable urban development, acting either like an inequality reducer. As a legal democratic instrument, it attenuates the problems arising from accelerated increase of the cities and the real state speculation.

Keywords: Urban Environment. City Statute. Instruments.



A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA APLICADA AO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: UMA ABORDAGEM DA TEORIA GERAL DO DELITO

Urraca Miramurí de Figueirêdo Mendes

Acadêmica do 9º período do curso de Direito
da UFRN/CERES - Campus de Caicó

RESUMO

Este trabalho visa apresentar ao leitor as principais teorias que envolvem o chamado consentimento do ofendido. Tais estudos possuem grande importância na aplicação da contemporânea ciência penal, servindo-se de parâmetros ofertados pela doutrina para que o aplicador da norma penal possa analisar, de forma mais detida, a influência que possui a vontade do titular do direito em dele dispor, o que pode ocasionar, em última análise, o afastamento total da incidência do poder punitivo do Estado sobre determinado fato concreto, tendo em vista que a lesão foi desconsiderada apenas pela vontade de disposição do ofendido, sendo considerada verdadeira forma de exclusão da ilicitude de uma conduta.

Palavras-chave: Bem jurídico. Disponibilidade. Consentimento.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais primitivos das antigas civilizações da humanidade, questiona-se acerca da maneira como as penas deveriam ser aplicadas e sobre os parâmetros os quais poderiam ser seguidos para consolidar uma efetiva aplicação das leis penais vigentes em cada época. Com o desenvolvimento dos estudos doutrinários sobre as condutas humanas dignas de serem reprimidas pelo Estado organizado, surgem, no século XX, teorias que assumiram papéis importantes na determinação a respeito do grau de culpa, da ilicitude do fato, assim como se a prática, a princípio delituosa, merecia ser punida com o mesmo rigor que outras, visto que a ofensividade constatada em uma ser diferente das outras. É esse o fio condutor pelo qual este trabalho se pautará, em uma reflexão acerca desses atuais conceitos de aplicação da norma penal.

2 O BEM JURÍDICO

O Direito Penal escalona uma série de abstrações que são valorizadas pela sociedade como algo que mereça maior proteção, com o intuito de favorecer uma convivência mais saudável, segura e civilizada.

É com esse escopo que surge a importância de se estimar juridicamente esses objetos eleitos, a fim de prestigiá-los com a proteção do ramos mais severo do ordenamento jurídico, infringindo sanções a quem, de algum modo, vier a lesionar ou causar potenciais danos a esses referidos institutos.

É nessa esteira que caminha a observação dos denominados bens jurídicos. Eles nada mais são do que valores que a sociedade, ao longo da história, decidiu que fossem acobertados pelo ordenamento positivo punitivo, com o fito de que pudessem ser resguardados dos resquícios que pudessem vir a dizimar todo esforço de se viver em harmonia entre os grupos.

Como bem explica André Luís Callegari, ao mencionar Carbonell Mateu, o bem jurídico se trata de um valor assumido socialmente, suscetível de ataque e destruição, podendo ser lesionado ou posto em perigo gravemente e, assim, necessitando de tutela penal (2007, p.146).

O bem jurídico, como corolário que rege a aplicação das normas penais, deve ser protegido por guardiões que encontrem fundamento nos princípios adotados pelo ordenamento jurídico, em especial aqueles que se encontram consagrados na Constituição Federal.



2.1 Princípios constitucionais

Na proteção conferida aos bens jurídicos encontram-se convergidos os três princípios constitucionais que formam a base do direito penal moderno: princípio da ofensividade e da proporcionalidade.

O primeiro princípio é a valoração inicial que a sociedade faz a respeito de condutas que sejam lesivas ao convívio entre as pessoas. Algumas são de tal gravidade e relevância que merecem um tratamento diferenciado, sujeitando-se às reprimendas organizadas pelas políticas criminais.

Callegari, ao citar novamente Carbonell Mateu (2007, p.146), informa que o princípio da ofensividade, também chamado de lesividade, tem como máxima o antigo brocardo *nullum crimen sine injuria*, ou seja, não existe delito sem que haja lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Dessa forma, este princípio condiciona a existência da norma penal à agressão ou periclitamento do bem jurídico, da mesma forma que restringe a aplicação da norma a uma também prévia instituição do bem a ser protegido e valorizado. Com isso, o próprio princípio da ofensividade, além de fornecer parâmetros para a proteção do bem jurídico, é, como assevera Luiz Flávio Gomes, “um critério limitador da intervenção penal” (in SCHMITT, 2007, p.36).

O princípio da legalidade é aquele que assegura a vigência e eficácia do ordenamento, proporcionando segurança jurídica a todas as relações desenvolvidas no âmbito da regulamentação exercida pelas normas. Conforme preceitua o art. 5º, inc. II da Constituição Federal de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*” (grifos nossos). Tal determinação constitucional não está expressa de maneira tão inequívoca por acaso. Com o intuito de evitar que abusos fossem cometidos por autoridades, especialmente no exercício do *ius puniendi* do Estado, o texto constitucional atribui ao direito penal uma condição não só de ser um conjunto de normas punitivas, mas também de seara garantidora dos direitos e garantias individuais. Tudo isso se pauta na exigência expressa que o Estado Democrático de Direito faz de que sejam respeitados e protegidos os direitos humanos, cujas garantias estão asseguradas graças à função que o princípio da legalidade exerce na construção de um ordenamento jurídico mais justo e seguro.

O último princípio é o que ganha maior relevância no âmbito da ciência penal contemporânea. A proporcionalidade tem sido entendida como um fator que deve ser levado em conta no momento em que a punição estatal é aplicada ao infrator da norma penal, balanceando-se o dano causado



à sociedade com a infração à norma e a pena a ser aplicada. Esta oscila entre a lesão ou ameaça ao bem jurídico e o tratamento que deve ser dado a essa situação. Assim, por exemplo, no tipo relativo ao art. 121 do Código Penal pátrio, para cada tipo de lesão existe uma pena diferente, levando-se em conta a proporção do dano causado ao bem jurídico. Observando-se melhor, em todas as hipóteses o bem jurídico protegido é o mesmo (vida), mas para cada caso existe uma punição diferenciada, haja vista a lesão maior ou menor que fora causada ao bem. Em outras palavras, conforme Callegari, “a exigência da proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a ‘carga coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal” (2007, p.141).

2.1.1 A Implicação dos princípios na aplicação da norma penal

Esses três princípios remetem o aplicador da norma penal a uma reflexão acerca do dano ou ameaça causados ao bem jurídico, a sanção que deverá ser aplicada ao infrator, bem como o modo de interpretar teleologicamente os efeitos dessas medidas, a fim de se buscar o real impacto que a aplicação das sanções penais podem causar na prevenção do delito.

Callegari menciona os ensinamentos de Claus Roxin e Mir Puig, os quais resumem de forma magistral a importância dos princípios da ofensividade, legalidade e proporcionalidade. Para esses respeitados autores, uma conduta só pode ser tipificada pelo Direito Penal quando se torne totalmente incompatível com a convivência pacífica, livre e segura, além de a importância do bem jurídico merecedor de tutela jurídico-penal dever estar em consonância com a gravidade das consequências estabelecidas pelo ordenamento penal (2007, p.140). Assim, a função desempenhada por essas prerrogativas do direito existe de forma quase condensada, pois todos exercem, de forma inseparável, os parâmetros utilizados pelo aplicador da norma penal aos casos concretos.

2.2 Aspectos sobre a disponibilidade do bem jurídico por seu titular

O bem jurídico, eleito pela sociedade para ser protegido pelo direito, pode, em alguns casos, ter a sua tutela renunciada pelo titular do direito, por este entender que essa renúncia seja a forma mais conveniente para si, ou para tentar evitar até um dano maior, além do causado inicialmente ao objeto



tutelado.

Pierangeli trata desse tema de forma bastante esmiuçada ao esboçar as características que envolvem a disponibilidade do bem jurídico. Conforme define o autor, a renúncia ao direito à tutela jurídica é o abandono, por parte do titular o bem jurídico disponível, da proteção realizada pela norma penal, o que nem sempre significa a renúncia ao bem protegido (2001, p.114). Dessa forma, renunciar à tutela do bem não é necessariamente renunciar ao próprio bem, quando este for disponível.

Dentro desse contexto, faz-se necessário entender o que seja um bem jurídico disponível. Tradicionalmente, tem-se feito a distinção entre os bens disponíveis e indisponíveis, ao levar em consideração a natureza patrimonial que eles viessem a ter. Tal conceituação tem sua lógica e pode ser apreciada na maioria dos casos. Pierangeli, fugindo do campo das especulações, propõe uma definição mais científica para esses conceitos. Segundo ele, a distinção entre os bens disponíveis e indisponíveis se faz em face da utilidade social do bem, pois quando este não se reveste de uma imediata utilidade social, o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, tornando o bem disponível; o contrário ocorre quando a utilidade social se manifesta de imediato, fazendo do bem indisponível (2001, p.119).

2.2.1 A validade do consentimento do titular do direito

Depois dessa breve explanação, também é importante avaliar a validade do consentimento do titular do bem jurídico disponível mediante balanceamento de interesses entre a norma penal e o dano causado, os bons costumes e a ordem pública.

De acordo com o balanceamento de interesses entre a lei, pena e a lesão causada ao bem, em algumas oportunidades é melhor renunciar à tutela jurisdicional a invocar a sua proteção, na tentativa de se evitar a devassa da vida do titular do direito lesado em virtude do exercício da punição estatal. Esses fatos podem ocorrer quando se tratar dos crimes de ação penal pública condicionada e privada subsidiária da pública, conforme bem lembra Pierangeli (2001, p.120). Assim, a renúncia à tutela do Estado funciona como causa da própria extinção da punibilidade estatal. Ora, se o próprio titular do direito lesado não quer que o autor seja punido, em se tratando de direitos disponíveis, não cabe mais ao Estado punir o infrator. Desta feita, vê-se aqui a validade do consentimento do ofendido, que atua de forma cabal no que se



refere à punibilidade, exercício privativo do Estado.

Nos bons costumes refletem-se as normas adotadas por determinada sociedade para que a convivência se dê de maneira harmônica e correta, de acordo com aquilo que é considerado como condutas aceitáveis dentro do contexto da organização social vigente.

O consentimento, dessa forma, não será válido se contrariar essas normas cogentes no seio social. Seria pedir para realizar uma grande convulsão social se tal renúncia à tutela jurisdicional viesse a ser aceita. Pierangeli, ao colacionar o entendimento de Stratenwert, Jescheck, Luiz Alberto Machado e também da jurisprudência italiana, afirma, incontestemente, que “o consentimento dado, quando contrário aos bons costumes, não exclui a antijuridicidade” (2001, p.123). Esclarecida citação informa que, mesmo que o titular deseje renunciar à tutela ou ao próprio bem jurídico, isto não será possível, pois haverá a incidência do interesse social sobre o particular, ao se preservar os bons costumes locais. Apesar disso, nada impede que o consentimento seja analisado caso a caso, usando-se de proporcionalidade, ao se verificar a maior ou menor lesividade causada aos bons costumes.

Por fim, a ordem pública é aquela que submete com mais poder as disponibilidades de bens jurídicos ao interesse público. Pierangeli define a ordem pública como sendo “o complexo de princípios gerais, fundamentais e inderrogáveis estabelecidos pelo ordenamento jurídico estatal, que não podem ser submetidos à disposição do particular” (2001, p.128). Ora, seria absurdo conceder permissão ao titular do direito para que ele disponha de um bem e isso venha a contrariar a ordem pública. Significaria uma afronta à própria sociedade, visto que é a serviço do interesse público que a ordem é estabelecida. De toda forma, o prudente arbítrio da autoridade judiciária deverá dirimir conflitos gerados entre a disponibilidade do bem jurídico e a sua contrariedade à ordem pública, estabelecendo limites à validade de tal consentimento.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA DO DELITO

Embora não esteja expressamente positivada no ordenamento penal, a doutrina e a jurisprudência entendem que o consentimento do ofendido funciona como causa supralegal de extinção da antijuridicidade. Tal fato reside no caráter de que aquele que consente aceita a lesão ou ameaça a direito de que é titular e, conseqüentemente, os riscos gerados por esse



aceite, o que afasta o dever do Estado de tutelar a situação, em se tratando de direitos disponíveis.

Como anteriormente exposto, o consentimento do ofendido não terá validade alguma se contrariar a ordem pública, os bons costumes ou em se tratando de direitos indisponíveis, visto que a importância destes últimos reflete todo um interesse social em preservá-los, não podendo a vontade do particular se sobrepor a ele.

Cezar Roberto Bitencourt, lembrando lições de Lélío Calhau, leciona que a valoração do consentimento depende da seriedade deste, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se forem verificadas razões de ordem pública contra o seu reconhecimento (2008, p.307).

Ao complementar essa conceituação, Bitencourt, embasado nos ensinamentos de Assis Toledo, aponta os requisitos necessários para que o consentimento do ofendido seja válido. Primeiro, a manifestação do ofendido deve ser livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; segundo, o ofendido, no momento de consentir, deve possuir capacidade para fazê-lo, isto é, compreender o sentido e as consequências de sua aquiescência; terceiro, o bem jurídico deve ser disponível e o fato típico se limite e se identifique com o consentimento do ofendido (2008, p.307).

Diante deste exposto, depreende-se que a finalidade do controle realizado pelo direito sobre o consentimento do ofendido é feito com o objetivo de avaliar se ele foi demonstrado com consciência e liberdade, com o fito de o titular ter plena noção do ato ao qual se submeterá, bem como das consequências oriundas de sua escolha.

Uma pessoa, por exemplo, ao consentir que aceita ficar presa em sua casa, afasta a antijuridicidade do tipo de cárcere privado, livrando o agente da punição do Estado. Da mesma forma ocorre com aquele que permite que alguém invada sua casa ou que o tatuador lhe faça um desenho no corpo.

Em se tratando de lesões corporais, Rogério Greco faz uma curiosa observação acerca do consentimento do ofendido nesses casos. O autor considera que, se a lesão corporal for de natureza grave ou gravíssima, o consentimento não será válido, mas, com relação às lesões leves, o consentimento pode ser aceito (2007, v.2, p.301). Assim, nas primeiras características mencionadas, a ação será pública e incondicionada, sendo o consentimento da vítima totalmente ineficaz para que se afaste a antijuridicidade do fato, por o bem jurídico em questão (integridade física) ter sido de tal modo lesado que não se admitiria que o Estado deixasse de tutelá-lo nesses casos.



Rogério Greco, novamente ao tratar do assunto, aponta que o consentimento do ofendido exerce duas funções: afastar a tipicidade e excluir a ilicitude do fato (2007, v.1, p.376). Essas duas finalidades estão de todo modo entrelaçadas, pois nem tudo o que é típico é ilícito, mas tudo o que é ilícito é típico. Dessa maneira, por exemplo, as causas legais de exclusão da antijuridicidade estão tipificadas, mesmo que a lesão causada tenha sido idêntica àquela presente nos tipos lícitos não escusáveis. O grande diferencial está na ilicitude da conduta. Assim, o consentimento do ofendido atua sobre esse liame entre o que é lícito e típico e do que pode ser afastada a ilicitude. Ao se extinguir a ilicitude pelo consentimento, o fato vem a se tornar atípico e, por conseguinte, nenhum delito veio a ser cometido. À guisa de ilustração, ao se retomar o caso da tatuagem, aquele que deseja realizar um desenho permanente em seu corpo tem plena noção de que, se tal ato for praticado, lhe imprimirá algumas lesões. Como o desejo da vítima é de, com aquela lesão, produzir uma gravura no seu corpo, tal desígnio não afetará a mais ninguém senão a ele próprio, visto que a sociedade contemporânea já incorporou essa prática aos seus costumes, não havendo que se falar em contrariedade do consentimento aos bons costumes.

Para complementar esse exposição, Fernando Capez enumera uma série de funções que o consentimento do ofendido exerce na seara penal. Ele atua como uma irrelevante penal, causa da exclusão da tipicidade, causa de exclusão da ilicitude, causa de diminuição da pena e causa de extinção da punibilidade (2007, p.296).

Sobre isso, ainda na esteira da doutrina de Capez, faz-se interessante diferenciar o consentimento do ofendido do acordo. No primeiro, a manifestação da vontade gera a atipicidade do fato e no segundo ela atua como causa da exclusão da ilicitude (2007, p.298). Logo, em nome do princípio da legalidade, o que não é típico não pode ser punido e só pode ser punido o que ilicitamente for típico, ao passo que tudo o que é ilícito e típico é contrário ao ordenamento jurídico, só podendo deixar de ser sancionado se o titular do bem jurídico disponível assim o aceitar, desde que isso não contrarie a ordem pública nem os bons costumes.

4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

No Direito Penal da atualidade, a teoria da imputação objetiva



tem ganhado grande destaque, pois surge como meio de responsabilizar, de forma mais direta e aceitável, o autor do fato juridicamente considerado em si mesmo. Evita-se, assim, a chamada regressão *ad infinitum*, como meio de fazer tornar a ação punitiva do braço penal do Estado mais eficaz e justa, afastando o domínio da teoria da ação, vigente no Código Penal pátrio.

Bitencourt, lastreado por Juarez Tavares, quando ensina, *v.g.*, que a teoria da imputação objetiva não é uma teoria para atribuir, senão para restringir, a incidência da proibição de determinação típica sobre determinado sujeito. Ocorre, outrossim, é que as concepções que buscam fundamentá-la falham no exame do injusto (2008, p.252).

Conforme Rogério Greco informa, ao citar Fernando Galvão e Maurach, a imputação objetiva é a atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de forma a viabilizar sua responsabilização, de modo que a causalidade seja somente uma condição à qual deve se agregar a relevância jurídica da relação causal entre o sujeito atuante e o resultado (2007, p.237 e 238).

A teoria da imputação objetiva tem sua origem na doutrina alemã, como criação de Claus Roxin, desenvolvendo seu raciocínio sobre as hipóteses de crimes de resultado. Para seu autor, só incidiria a teoria se o resultado tiver sido causado pelo risco criado com a conduta do autor do fato.

4.1 Os vieses informativos da teoria da imputação objetiva

Rogério Greco relata que os estudos de Roxin revelaram que existem quatro vertentes das quais flui a teoria da imputação objetiva: diminuição do risco, criação de um risco juridicamente relevante, aumento do risco permitido e a esfera de proteção da norma como critério de imputação (2007, v.1, p.238).

Na diminuição do risco, é admissível que um bem jurídico de menor potencial lesivo seja atingido a fim de salvaguardar outro bem jurídico de maior importância, servindo aquele de escudo para este, com o intuito de diminuir a lesão, o risco que o bem jurídico mais importante venha a sofrer em caso de violação ou ameaça a ele. É aqui que se enxerga o famoso caso da pessoa que, para livrar outra de um atropelamento no meio da faixa de pedestres, a empurra para fora da pista, provocando-lhe a quebra do braço. O agente que, para salvar a vida de outrem, lhe causa uma lesão, não deve ser responsabilizado, tendo-se em mira que a sua atitude visou diminuir o risco que fora gerado contra o bem principal, sendo a conduta secundária um mero



efeito periférico e necessário para a proteção do bem maior.

Na criação de um risco juridicamente relevante, a conduta do agente deve, de modo especial, causar um dano ao menos potencial ao bem jurídico. Se a ação praticada contra um bem não lhe enseja maiores preocupações por parte da tutela estatal, não há por que lhe aplicar a mesma sanção cobrada em maiores lesões ao mesmo bem jurídico. Atente-se também para o fato de que toda a ação executória para lesar o bem deve estar sobre o inteiro domínio do agente, não o responsabilizando se sobrevierem causas das quais ele não tinha inteiro controle ou ao menos previsibilidade de que tal consequência fosse ocorrer, não havendo o domínio do resultado final pela vontade do agente em querer lesionar ou prever lesão ao bem jurídico.

No que tange ao risco permitido, a sociedade elegeu condutas sem as quais o progresso nem a evolução seriam possíveis, em virtude da danosidade que certas ações poderiam ocasionar. Aqui se faz uma valoração teleológica dos fatos, em que a relação custo-benefício da aceitação de determinados riscos pudessem ter impacto direto no desenvolvimento social. O agente que atuar dentro desses riscos estará sob o manto da aceitação social para aquele contexto, não podendo ser responsabilizado por atuar dentro dos parâmetros determinados. A punição somente ocorrerá se o agente extrapolar aquilo que fora estabelecido como limite para a aceitação de determinado risco, o que irá, irremediavelmente, contrariar o que fora estabelecido pela ordem social e consolidado pela ordem jurídica. Em sede de exemplificação, a sociedade tolera que haja um tráfego de veículos automotores em suas cidades, com o intuito de proporcionar maior desenvolvimento e celeridade às atividades socioeconômicas pertinentes ao local. No momento em que os veículos empreenderem velocidade excessiva àquela permitida para a via na qual estão circulando, estarão aumentando o risco legalmente permitido e, por este excesso, deverão ser responsabilizados seus condutores. Nesse caso, numa via cuja velocidade permitida é de 80 km/h, não poderá ser responsabilizado quem trafega até esse limite, mas apenas quem ultrapassá-lo.

4.2 O sentido da proteção exercida pela norma penal

Na esfera de proteção da norma está a finalidade de se tipificar uma conduta legalmente inaceitável. A partir desse balanceamento, faz-se uma ponderação entre a proporção da lesão ocasionada ao bem jurídico e o motivo pelo qual se quer proteger o bem lesionado. Destarte, a finalidade



da norma está estampada na proteção maior do bem jurídico, afastando condutas que possam atingi-lo ou perturbá-lo. Entende-se, deste modo, que só haverá sanção ao agente se este, com sua conduta, atacar a finalidade da norma, que é proteger determinado objeto jurídico. Como leciona Rogério Greco, em remissão a Fernando Galvão, a relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva ainda deve ser apurada pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador, havendo somente a responsabilização quando a conduta afronta a finalidade protetiva da norma (2007, vol.1, p.240).

4.3 A teoria da imputação objetiva na visão de Jakobs

Rogério Greco, ao albergar as lições preparadas por Günter Jakobs, leciona que este autor desenvolveu quatro instituições jurídico-penais sobre as quais a teoria da imputação objetiva se fundamenta: risco permitido, princípio da confiança, proibição de regresso, competência ou capacidade da vítima (2007, vol.1, p.241).

Pelo risco permitido, como já exposto, criam-se situações nas quais condutas que normalmente seriam perigosas aos bens jurídicos são aceitas, a fim de que a sociedade obtenha progresso e desenvolvimento. Esses contatos sociais, embora potencialmente ameaçadores, são estimados e valorados pela sociedade e pelo ordenamento jurídico como toleráveis, pois sem eles seriam quase impossível se manter o padrão de convívio necessário entre os membros da sociedade, em determinado contexto cultural e econômico.

Sobre o princípio da confiança, expressa-se aqui certa solidariedade social, pois cada pessoa tem a cega confiança de que o seu próximo não lhe causará mal algum. Desta feita, tal prerrogativa é necessária para a harmonia entre as relações sociais, pois se tal estrutura não fosse adotada, toda a convivência se tornaria um caos e seria impossível estar em sociedade, à medida que ninguém cumprisse seu dever legal e social de não ocasionar propositamente danos a terceiros.

Na proibição do regresso é analisado o papel que cada pessoa exerce na sociedade. O exercício regular desse papel, embora possa proporcionar a execução de um delito, não deve ser levado em conta para a responsabilização penal, pois o agente não agiu com *animus* de contribuir para a execução de um fato ilegal. Dessa maneira, por exemplo, se um ladrão for surpreendido por um policial no momento em que furta a bolsa de uma idosa e sai desesperado pelas ruas, as pessoas que não tem nada a ver como fato e transitam pelas



calçadas, sem desconfiar de nada, não podem ser responsabilizadas caso o policial venha a esbarrar em uma delas e o delinquente consiga, por isso, uma chance de escapar.

Por último, a competência ou capacidade da vítima são as hipóteses em que recai a imputação objetiva de maneira mais interessante. Jakobs entende que a primeira se refere ao consentimento do ofendido e a segunda às ações do risco próprio. O consentimento pode afastar a tipicidade e excluir a ilicitude do fato (GRECO, 2007, vol.1, p.246). O consentimento, como aclarado ao longo deste trabalho, tem esse condão de *liberar* o agente de sua responsabilidade penal, já que o titular do bem jurídico lesionado não se importa com o que venha a acontecer com ele, consentindo na lesão, logicamente se isso não contrariar a ordem pública, os bons costumes e não se tratar de bens indisponíveis. Na segunda hipótese, do risco próprio, está a assunção do dano que venha a ocorrer em virtude de projetos dos quais o titular participe. A doutrina reitera com muita veemência o exemplo do jovem que deseja ter aula de paraquedismo. Ele tem ciência de que irá colocar sua vida em risco, mas mesmo assim *assume o risco* da atividade da qual participará. Obviamente isso não exclui a responsabilidade dos instrutores em caso de acidente, mas, *a priori*, a culpa inicial pelo dano ao bem jurídico é do próprio titular, que aceitou procurar ou colocar-se em tal situação.

5 EUTANÁSIA: UM CASO ESPECIAL DE CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Sobre a eutanásia, cabe primeiramente defini-la juridicamente como um tipo presente no art. 121, § 1º do Código Penal Brasileiro, o qual, pelas circunstâncias presentes, a doutrina convencionou denominar de homicídio privilegiado. Ao contrário do que se comumente se pensa, é um crime comum, não sendo privativo do médico ou qualquer outro profissional de saúde.

A eutanásia pode ocorrer de maneira passiva ou ativa, podendo ser praticada por omissão ou ação ou até mesmo constituir um crime comissivo-omissivo, neste último caso incluídas as denominadas ortotanásia ou paraeutanasia. De toda forma, é importante frisar que a eutanásia só ocorre em pacientes ainda vivos, da forma cientificamente comprovada, o que se dá atualmente pela morte cerebral. Nesses casos, é impróprio falar em eutanásia de um paciente que já tenha tido sua morte cerebral declarada, ainda que outros órgãos vitais de seu corpo possam se encontrar em plena atividade (graças ao trabalho executado por máquinas e medicamentos).



Néri Tadeu Câmara Souza, ao tratar do assunto, diz que o consentimento do paciente ou de seus representantes legais não retira o caráter criminoso e antijurídico da eutanásia, visto que a vida é bem indisponível, tendo a sua inviolabilidade sido constitucionalmente protegida na Carta Magna do país (2006, p.110).

Jakobs também trata do tema de forma bastante peculiar ao analisar que o homicídio a pedido (é nesses termos que a doutrina alemã compreende a eutanásia) nada mais é do que a organização de um trabalho alheio para servir à vontade daquele que consente em sua morte. Ou seja, para o autor, não é o consenciente quem abre mão do seu bem jurídico, tampouco ele delega a outrem a decisão de morrer: ele próprio, com sua vontade livre e anterior ao conhecimento de terceiro sobre ela, é quem se serve de outra pessoa para colocar em prática seus fins esdrúxulos (2003, p.20).

Esse mesmo autor refere-se ao que ele denomina de “teoria do duplo efeito”, que seria uma relação custo-benefício entre o tempo de vida a ser sacrificado e a razoável qualidade do resto de vida a ser preservado. Nesse contexto, ele apresenta a eutanásia indireta, em que a morte do indivíduo é apenas consequência acessória e não o objetivo principal daquele que executa os atos mortíferos (2003, p.35). Dessa maneira, exclui-se a condição de garantidor exercida pelo médico, pois ele não é obrigado a alargar a agonia sem atender à qualidade do resto de vida restante ao paciente (2003, p.38).

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pôde-se verificar quão tamanha é a importância da análise desses aspectos sobre a aplicação da pena, bem como sobre a valoração da conduta, o que inevitavelmente incide sobre o grau de culpabilidade do agente e até na decisão do Estado se deve ou não punir o agente que cometeu o fato, em vista de ter a própria vítima liberado a punição que deveria incidir sobre o infrator.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral.** 12 ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2008.



CALLEGARI, André Luís [et al]; STREK, Lenio Luiz (org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v.1: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 11 ed rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Luiz Regis. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, v.1**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, v.2**: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 4 ed. Niterói: Impetus, 2007.

JAKOBS, Günther. **Suicídio, eutanásia e direito penal**. Barueri: Manole, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal**. Salvador: JusPodivm, 2007.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: LZN, 2006.



THE THEORY OF THE OBJECTIVE RESPONSIBILITY USED ON THE OFFENDED CONSENT: A BROACH ABOUT THE GENERAL THEORY OF CRIME

ABSTRACT

This job wants to present for the reader the principal theories that treat the named offended consent. This studies have a big importance in the contemporaneous criminal science, using of standards offered by the doctrine that the criminal law worker can analyse, with more care, the influency of the wish of the right's lord to dispose of it, bringing about, in last analysis, the total remove of the State punishment power incidented in determined concrete fact, because the lesion was disconsidered just by the wish to dispose of the offended, understood with a exclusion form of ilegal act.

Keywords: Juridical interest. Availabled. Consent.



A VALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Danielle Carlos Alencar

Acadêmica do 10º período do
Curso de Direito da UFRN.

Paulo Roberto Dantas de S. Leão

Professor Orientador.

RESUMO

O estudo em comento busca analisar as razões que autorizam ou não a validade da investigação criminal direta do Ministério Público, com base no sistema acusatório, atualmente incorporado à ordem processual penal brasileira, devido às disposições trazidas pela Constituição Federal de 1988, que buscou cercar o cidadão de garantias fundamentais, entre elas o direito à ampla defesa e ao contraditório em um processo criminal. Assim sendo, através de posições doutrinárias pertinentes, bem como das opiniões consubstanciadas nas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, defender-se-á o entendimento favorável a esse poder investigativo por parte do órgão ministerial, considerando-se que atualmente a polícia judiciária brasileira enfrenta um período de desprestígio. Logo, se a segurança pública é um dever de todos, nada mais razoável do que permitir a promoção de investigações pelo promotor de justiça/procurador da República, vez que tal fato é autorizado pelo atual sistema acusatório, vigente em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Constituição Federal. Sistema acusatório. Ministério Público. Investigação criminal.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo primordial demonstrar a importância da investigação criminal comandada diretamente pelo Ministério Público à luz dos preceitos que consubstanciam o sistema acusatório, que foi adotado em nosso ordenamento jurídico processual penal através da Constituição Federal de 1988.

A referida temática, mesmo passados mais de vinte anos da entrada em vigor da Carta Constitucional, continua atual e desperta posições divergentes no interior da doutrina pátria especializada, vez que respeitáveis doutrinadores se mostram contrários aos atos investigatórios produzidos pelo órgão ministerial, alegando que estes não seriam válidos por inúmeros motivos, mas, principalmente, por desrespeitarem preceitos constitucionais, enquanto que outros estudiosos já se posicionam favoráveis à produção investigativa do *Parquet* por acreditarem que tais atos investigativos condizem com a realidade do atual sistema acusatório vislumbrado pela Constituição.

Nessa senda, o referido estudo traçará um panorama das inovações trazidas pela Lei Maior ao ordenamento jurídico brasileiro, as quais foram reforçadas por legislações esparsas que passaram a vigorar em nossa ordem jurídica em meados no ano de 2008. Além do mais, demonstraremos a importância de o Ministério Público possuir o poder de realizar investigações criminais, mesmo o processo não tendo sido iniciado, expondo também as posições daqueles que se mostram desfavoráveis ao poder em questão.

2 A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Atualmente, passamos por um período de mudanças no âmbito do processo penal brasileiro, uma vez que a Constituição ocupa papel de destaque e superioridade hierárquica dentro da nossa ordem jurídica, exigindo, desse modo, que toda a legislação infraconstitucional esteja adequada aos preceitos ou disposições trazidos em seu texto. Nesse sentido, podemos observar que a legislação que norteia o processo penal em nosso país, qual seja, o Código de Processo Penal (CPP), é datada de 1941, não estando, pois, originalmente, suas regras perfeitamente adequadas à atual Carta da República.

Assim, surgiu a necessidade de se editarem leis a fim de sintonizar o diploma processual penal brasileiro com as regras oriundas da Constituição de 1988 e isso foi possível, principalmente, através do advento das Leis nºs



11.689, 11.690 e 11.719, que passaram a vigorar no ano de 2008, mudando a partir disso toda a sistemática processual penal brasileira.

É de ressaltar que a atual Constituição demonstrou seu caráter social através da abordagem de vários direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos, trazendo também no corpo de seu texto uma série de princípios, expressos ou vislumbrados de forma implícita, que buscam proteger os cidadãos de ofensas aos seus direitos. Sendo assim, os princípios passaram a ocupar uma posição de destaque em nosso sistema jurídico, não podendo os mesmos serem desrespeitados, principalmente, no decorrer de um processo criminal, pois o Direito Penal lida com os bens jurídicos mais importantes de um indivíduo.

Nesse desiderato, conforme mencionado, a Constituição Federal representa um marco jurídico, pois a partir de sua vigência o processo penal teve que modificar toda a sua sistemática, buscando proteger os direitos dos cidadãos, mesmo quando estes tiverem cometido um ilícito penal. Logo, as alterações ocorridas no âmbito do Direito Processual Penal tiveram por objeto a busca pela edificação de um processo criminal mais célere, permeado por uma menor sensação de impunidade, priorizando, porém, a tutela dos direitos fundamentais de proteção da pessoa humana, em conformidade com o que dispõe o texto constitucional.

Ademais, o CPP de 1941 foi elaborado tendo por base o sistema misto, ou seja, uma mistura dos sistemas inquisitivo e acusatório. O sistema inquisitivo é aquele vislumbrado no período da Inquisição¹, em que os indivíduos não tinham seus direitos respeitados, principalmente, o direito à ampla defesa quando acusados da prática de algum injusto penal. Portanto, acabavam sendo condenados sem poderem se defender daquilo de que foram acusados, o que, na atual conjuntura do processo penal, não teria espaço, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e ao da dignidade da pessoa humana.

O sistema acusatório, por sua vez, é aquele em que o Direito Processual Penal Brasileiro vem se esforçando cada vez mais para impregnar em nos-

¹A inquisição, surgida em 1183, (é um termo que deriva do ato judicial de *inquirir*, o que se traduz e significa perguntar, averiguar, pesquisar, interrogar etc.) ou Tribunal da Inquisição ou Santa Inquisição (dentre outros nomes) foi um tribunal cristão usado para investigar, especialmente, heresias e feitiçarias. O indivíduo era normalmente acusado por provocar uma "crise da fé" e era entregue às autoridades do Estado, que o castigavam. As penas variavam desde o confisco de bens, perda de liberdade, até a pena de morte.



as regras processuais, pois tal ordem jurídica tem por principal característica tratar de maneira igualitária as partes litigantes em um processo criminal, disponibilizando ao acusado uma ampla defesa, sem conceder benefícios à parte contrária, onde na maioria dos casos figura o Ministério Público.

Além do mais, no sistema acusatório, verifica-se que o juiz assume apenas o papel de julgador ou de mero espectador estático na persecução, isto é, sem interferências em atribuições que teoricamente caberiam às partes conflitantes. Porém, o CPP, apesar das recentes reformas sofridas com o intuito de adequá-lo ao atual sistema acusatório, ainda apresenta determinadas regras que contrariam as características do referido sistema, o que nos leva a concluir que o sistema acusatório atualmente adotado em nossa ordem jurídica não é puro, pois ainda possui alguns resquícios do sistema inquisitivo ou do sistema misto (características dos sistemas inquisitivo e acusatório, concomitantemente).

Um exemplo prático que corrobora com o fato de o nosso sistema acusatório não ser considerado puro é que o próprio diploma processual penal conferiu ao juiz, em seu art. 156, modificado recentemente pela Lei nº 11.690/2008, a possibilidade de ter iniciativa probatória, contrariando, portanto, o sistema acusatório na sua forma genuína. Contudo, os que defendem a aplicação das regras do sistema em comento discordam desse posicionamento defendido pelo legislador infraconstitucional, alegando que o ônus de provar cabe primordialmente às partes e não ao juiz do feito.

Nesse contexto, parte da doutrina, encabeçada pelos respeitáveis Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 327), aceita a capacidade probatória do magistrado apenas em casos de cautelaridade extrema, na expectativa de que não haja periclitamento, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida para que uma suposta busca incondicional da verdade não desvincule o juiz dos valores inerentes ao mister jurisdicional. Logo, para essa parcela da doutrina a possibilidade da produção de provas pelo julgador se dará em casos excepcionais e não de modo contínuo, correspondendo a uma atuação secundária às partes na expectativa de consolidar a dinâmica do convencimento.

Além disso, essa iniciativa probatória conferida ao juiz contribui para manter o Poder Judiciário lotado de demandas para julgar, o que prejudica também a celeridade processual. Assim, a parte só deve requerer algum tipo de produção probatória ao magistrado somente quando não tiver conseguido obter a prova por outras vias e o Ministério Público, como parte que é, também tem o dever de obter as suas próprias provas. Em linhas genéricas, o advogado criminalista Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003, p.183) assevera que:



O ônus subjetivo da prova é o ônus de subministrar a prova. Trata-se de aspecto voltado para as partes, consistente em saber qual delas há de suportar o risco da vida frustrada. [...] São as partes quem melhor conhecem as fontes de prova e como obter os meios de prova para obter o êxito na demanda. Além disso, porque foram as partes quem tiveram contato com os fatos, também são elas quem possuem melhores condições para contestar e explorar as provas trazidas pela parte contrária.

Apesar de não serem adotadas as características próprias de um sistema puro, observamos que, mesmo sendo seguido um sistema acusatório impuro, fica evidente o respeito às disposições vislumbradas em nossa Lei Maior, tendo em vista que esse sistema busca efetivar todos os direitos fundamentais trazidos em nossa Constituição.

Um modo interessante de se entender como a Constituição influencia na órbita do processo penal é observar o art. 1º da Carta da República, o qual está inserido no título que versa acerca dos princípios fundamentais, pois perceberemos que a soberania e a cidadania representam fundamentos do Estado Democrático de Direito. A partir disso, fazendo uma interpretação deste preceito no âmbito do processo penal, vemos que este deve sempre ter como norte a cidadania, a qual é verificada, exemplificativamente, através do direito que a vítima de um injusto penal possui, em um processo criminal, de tomar conhecimento dos atos ocorridos no decorrer da demanda, bem como de ser comunicada da prisão e liberdade do acusado, além de a ela ser disponibilizada proteção em casos de ameaças à sua integridade física ou moral.

Isto posto, resta evidenciado como as regras constitucionais estão enraizadas em diversos âmbitos da nossa ordem jurídica vigente, principalmente no processo penal brasileiro, fazendo com que as normas sociais e protetivas trazidas pela Lei Suprema sejam aplicadas a todos os cidadãos.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO E O PODER DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA

3.1 O *Parquet* às vistas da Constituição de 1988

Traçadas as principais considerações acerca da importância da Constituição Federal de 1988, também conhecida por Constituição Cidadã por



ter ofertado grande ênfase aos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, interessante abordarmos a relevância da Carta Magna na órbita do Ministério Público.

A Constituição de 1988, assim como as Cartas anteriores de 1934 e 1946, tratou do órgão ministerial em capítulo próprio, isto é, separando-o dos Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário –, fazendo com que a partir disso tenhamos a ideia de que tal órgão seja autônomo e independente de qualquer outro Poder. Porém, até determinada época, acreditava-se que o Ministério Público estaria abarcado pelo Poder Executivo, posição esta que com a edição da Lei Maior foi totalmente abandonada. Além disso, importante ressaltar que a atual Constituição ampliou muito as funções inerentes ao *Parquet*, possibilitando sua enorme atuação nos dias atuais em prol dos direitos da sociedade.

Ainda nesse contexto, é interessante expor a posição da Juíza Federal da Vara de Paranaíba/PR, Márcia Vogel Vidal de Oliveira (2007, p. 227), *ipsis literis*:

A Constituição Federal de 1988 foi um marco e um instrumento de consolidação do Ministério Público, uma vez que passou a ser o defensor do regime democrático, das leis e da sociedade civil como um todo. Suas atribuições foram ampliadas e buscou-se conferir os meios para realização de suas funções. [grifos nossos]

Ato contínuo, através da redação do atual texto constitucional, observa-se que ao Ministério Público foram atribuídas autonomias funcional e administrativa. Ademais, seus membros possuem, nos termos do art. 128, § 5º, inciso I e suas alíneas, da Constituição, as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, as quais também estão presentes para os que compõem o Poder Judiciário.

Além do mais, verifica-se que as funções próprias do *Parquet* foram elencadas no art. 129 da Constituição, porém, esse rol não é taxativo, mas sim exemplificativo, pois o inciso IX do referido dispositivo apresenta uma cláusula aberta, possibilitando assim que o órgão ministerial possa “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” (art. 109, IX, CF).

Somando-se a isso, conforme bem assevera o eminente Ministro



Celso de Mello (DJe. 20.11.2009, p. 218)², a Constituição Federal de 1988 foi, inegavelmente, um instrumento de decisiva consolidação jurídico-institucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe singular tratamento normativo, a Carta Política redesenhou-lhe o perfil constitucional, outorgou-lhe atribuições inderrogáveis, explicitou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que a integram. O ilustríssimo jurista prossegue afirmando:

Foram, assim, plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte, de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu, o Ministério Público, sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. [MELLO, Dje. 20.11.2009, p. 218]

Posteriormente à Constituição de 1988, precisamente em 20 de maio de 1993, surge a Lei Complementar nº 75 para regular a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Desse modo, para se analisar a validade dos atos investigatórios produzidos pelo *Parquet*, devemos ter como norte a referida legislação, além da Carta Constitucional, por isso a importância de termos realizado estas breves considerações.

3.2 Inquérito policial

Com esteio nos ensinamentos do professor Walter Nunes Júnior (2008), apoiados na posição defendida pelo respeitável Fernando Capez (1998)³, o inquérito policial, disciplinado no Livro I, Título II, dos arts. 4º ao 23,

² STF. **HC 89.837/DF**. T2. j. 20.10.2009. DJe. 20.11.2009. p. 218.

³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 2. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64.



do CPP, corresponde a um procedimento administrativo prévio, puramente investigatório, realizado, geralmente, pela autoridade policial, civil ou federal, com o intuito de angariar elementos identificadores da materialidade e da autoria do ilícito, que irão auxiliar no convencimento do Ministério Público quanto ao oferecimento da denúncia.

Sendo assim, a culpa do acusado apenas será verificada no curso da instrução criminal, de acordo com o contraditório e a ampla defesa, e não no inquérito policial. O inquérito tem natureza, portanto, de procedimento e não de processo, vez que não há julgamento, mas apenas apuração dos fatos. O único juízo de valor permitido no âmbito do referido procedimento é apontar a pessoa possivelmente responsável pelo cometimento da conduta delituosa, o que não provoca nenhum efeito relacionado à culpabilidade do agente.

No tocante às principais características inerentes ao inquérito policial, importante frisar que tal procedimento sempre assumirá a forma escrita ou datilografada, atendendo à sua finalidade de prestar informações ao titular da ação penal. Além disso, será sigiloso, nos termos do art. 20 do CPP, como também será uma atividade oficial, visto que a investigação criminal não pode ficar sob a responsabilidade de um particular, mas sim de órgãos oficiais responsáveis por executar tal procedimento. Interessante ainda destacar que o inquérito policial é inquisitivo, isto é, em regra, nessa fase não é permitido ao indiciado a ampla oportunidade de defesa, que é indispensável no curso da *persecutio criminis in iudicio*.

Nessa órbita, os mestres Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 34) prelecionam que:

É de se destacar que *a existência do inquérito policial não descaracteriza o sistema acusatório*, pois se trata de uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal, onde *não há partes, contraditório ou ampla defesa*. Contudo, essa regra de ser o inquérito puramente inquisitivo deve ser aplicada com cautela, máxime quando se está diante de produção de prova que não seja possível de ratificação em juízo. [grifos nossos]

3.3 A impossibilidade do poder investigativo do *Parquet*

Como já afirmado, a possibilidade de o Ministério Público conduzir



investigações criminais ainda é bastante discutida em nosso ordenamento jurídico. Assim, há juristas os quais acreditam que esses atos investigatórios sejam inválidos e justificam suas posições no próprio texto constitucional.

Segundo parte da doutrina, que se mostra contrária à atividade investigativa do *Parquet*, entre eles o delegado Raymundo Cortizo Sobrinho (2006)⁴, com o advento da Carta Política de 1988, a atividade apuratória das infrações penais foi inserida no rol das principais funções de Estado, reservada a sua execução às Polícias Cíveis de cada Estado-membro. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 4º do CPP⁵ estaria revogado tacitamente por se mostrar contrário ao art. 144, § 4º, da Constituição⁶, logo ao Ministério Público estaria reservado apenas o poder requisitório de diligências apuratórias, ou seja, o promotor de justiça/procurador da República pode solicitar ao delegado de polícia a realização de determinada atividade investigativa, não podendo, contudo, ele próprio realizar a investigação que acreditar ser necessária em determinada situação.

Assim, em suma, os que defendem que o Ministério Público não pode promover atos de investigação têm por base o posicionamento de que o art. 144 da Constituição atribuiu a função de apurar os ilícitos penais somente às Polícias Cíveis e à Polícia Federal.

Somando-se a isso, há quem afirme que o argumento, utilizado por aqueles que defendem a validade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público, consistente no fato de que o legislador não conferiu exclusividade investigatória às Polícias Cíveis, também não deve prosperar, porquanto não atribuiu tal exclusividade, por esta ser desnecessária, vez que a própria Constituição expressou ser função das Polícias Cíveis a investigação de

⁴ Delegado de Polícia, especialista em Direito Penal e Processual Penal e Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo e do Centro Universitário Rio Preto – UNIRP.

⁵ Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º - às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.



infrações penais, indicando, inclusive, no mesmo dispositivo, as exceções a essa função (crimes militares e os que atentem contra os interesses da União). Ao se entender diferentemente, poder-se-ia concluir que o *Parquet* não assumiria a titularidade do inquérito civil público, apenas pelo fato de a Constituição não ter trazido o vocábulo “exclusividade” na redação de seu art. 129, inciso III.

Importante trazer à baila as palavras do citado Raymundo Cortizo Sobrinho (2006), *in verbis*:

*Existem outros argumentos indicativos de que o Ministério Público não possui nenhuma atribuição investigativa na seara criminal. A omissão voluntária do legislador quando da elaboração do extenso rol de funções previstas nos artigos 127/129 da CF é prova incontestável disso, permitindo, apenas, aos membros do Parquet, o direito de: ‘requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais’ (art. 129, VIII). Em irretocável editorial o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCRIM (Boletim nº 135/2004), sustentou com brilhantismo tese semelhante, afastando a legitimidade ativa do Ministério Público na fase pré-processual da *persecutio criminis*. [grifos nossos]*

Em sua obra, Raymundo Cortizo (2006) cita a posição defendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, no RHC 81326/DF⁷, aduzindo que a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas sim, requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.

O delegado retro mencionado alega ainda que não se pode ignorar que o Ministério Público é parte interessada no conflito, fato que certamente compromete a sua imparcialidade no processo investigativo criminal. Ademais, a informalidade empreendida nos procedimentos investigatórios ministeriais fere o princípio da transparência dos atos da Administração Pública, atentando

⁷ STF. **RHC81326/DF**. T2. Rel. Min, Nelson Jobim. j. 06.05.2003. DJ.01.08.2003. p. 142.



contra o regular exercício da advocacia, uma vez que aos profissionais do direito é assegurado o livre acesso a qualquer tipo de procedimento formal, independentemente da sua fase de tramitação (art. 7º, XV, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia) (CORTIZO SOBRINHO, 2006).

Os defensores da corrente ora versada ainda acrescentam que o *Parquet*, conforme o teor do art. 129, inciso VII, da Constituição, exerce o controle externo da atividade realizada pela polícia. Nesse sentido, a atividade policial, inclusive a investigativa, é sempre fiscalizada, o que contribui para evitar irregularidades que porventura possam ocorrer durante a investigação criminal. Porém, sendo válida a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público, esta não seria fiscalizada por outro órgão, possibilitando, assim, que o promotor de justiça/procurador da República atue livremente, o que não se mostra viável em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, pode-se dizer que já se mostra como uma tradição em nosso sistema jurídico atribuir a função investigativa à polícia, uma vez que se acredita que as entidades investigativas devem sempre permanecer alheias à relação jurídico-criminal, o que não ocorreria, caso as investigações fossem comandadas diretamente pelo Ministério Público, pois, como sabemos, com o atual sistema acusatório, o *Parquet* passa a ser tratado como uma das partes na persecução criminal.

3.4 Ministério Público: investigador criminal

O sistema acusatório se caracteriza por possuir órgãos distintos para as funções de acusar, defender e julgar, logo, na posição de acusador, encontra-se o Ministério Público, cabendo, portanto, à referida instituição o papel de acusar aquele que foi indiciado pela prática de um delito. Por isso, parte da doutrina chega a aduzir que a autoridade policial trabalha para o Ministério Público, assim, o promotor de justiça/procurador da República é o responsável por requerer as provas que serão produzidas, até mesmo no decorrer do inquérito policial, demonstrando assim seu poder de requisição, que fora conferido constitucionalmente.

Além disso, o art. 129, inciso VI⁸, da Carta Magna afirma que o

⁸Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]



Ministério Público pode expedir notificações com o intuito de requisitar as informações do que necessitar para a melhor instrução de seus procedimentos administrativos, que é o caso dos procedimentos administrativos investigatórios. Desse mesmo modo, o poder de requisição, segundo a disposição constitucional, abrange as diligências investigatórias, de acordo com o inciso VII do dispositivo citado, o qual assevera que⁹ é função do Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VII, CF).

Ademais, mesmo que não se aceitasse a ideia de que o inciso VII do art. 129 da Constituição defende a investigação criminal produzida pelo *Parquet*, temos ainda a Lei Complementar nº 75/1993 que, tendo por base o art. 129, XIX, da Carta da República, conferiu legalmente vários poderes investigatórios ao Ministério Público, desde que estejam de acordo com a sua finalidade de atuação. Logo, a investigação criminal poderia facilmente ser enquadrada na cláusula aberta constitucional mencionada. Além disso, o próprio CPP prevê que o inquérito policial não é obrigatório, pois o *Parquet* pode fundamentar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para o oferecimento da denúncia.

Conforme já dito, os que se mostram contrários à atividade investigativa comandada pelo Ministério Público se baseiam primordialmente no art. 144 da Constituição, que possui a seguinte redação:

Art. 144. *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

[...]

§ 1º *A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:*

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

⁹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Discussão dos Principais Argumentos em Contrário**. In Boletim dos Procuradores da República nº 69, da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, janeiro/2006, Brasília, p. 10.



I - *apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;*

II - *prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;*

III - *exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;*

IV - *exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

[...]

§ 4º - *Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*

[...] [grifos nossos]

Ao analisar o dispositivo transcrito, observa-se que o próprio *caput* assevera que a segurança pública representa um direito e uma responsabilidade de todos, logo, se percebe que não há que se cogitar a exclusividade da polícia, podendo-se incluir também o Ministério Público na função de zelar pela segurança pública.

Além do mais, segundo a citada Juíza Federal da Vara de Paranaíba/PR, Márcia Oliveira (2007, p. 239), aqueles que afirmam que o Ministério Público não pode realizar atos investigatórios se baseiam na ideia de que o art. 144 da Carta da República atribuiu a função de apurar as infrações penais apenas às Polícias Civil e Federal. Todavia, de acordo com a referida magistrada, ao pensarem assim, tais pessoas não se prestam a realizar uma interpretação sistemática da Constituição, vez que em outros dispositivos constitucionais se vislumbra a possibilidade de produção investigatória por outros órgãos públicos, entre eles podemos citar as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), a Receita Federal e o Banco Central.

Portanto, o inquérito policial, presidido por uma autoridade policial, não é a única forma de se obter provas acerca de certo fato delituoso e, desse modo, se formar um fundamento probatório mínimo para a promoção



da ação penal.

O respeitável Paulo Gustavo Guedes Fontes (2006, p. 10)¹⁰, aduz que, *ipsis literis*:

No art. 144, §1º, inciso I, a função de apuração das infrações penais não foi destinada às Polícias com exclusividade. O que existe apenas é a menção à exclusividade no inciso IV, do §1º, para delimitar as atribuições entre as diversas polícias (civil, federal, rodoviária, militar e ferroviária), impedindo a atuação das demais polícias na esfera federal, intuito ratificado pela ressalva da “competência da União” existente no §4º. Deve ser dito que, provavelmente, esta interpretação equivocada decorra de uma analogia incorreta entre o processo penal brasileiro e o sistema do juizado de instrução vigente em muitos países europeus. [...] Todavia, a comparação é indevida porque a instrução é realizada por um juiz, o que é completamente diferente da investigação pré-processual existente no Brasil. Neste tipo de investigação processual, o juiz da instrução tem poderes jurisdicionais, podendo determinar prisão preventiva, quebra de sigilos, busca e apreensão. Portanto, a ratio juris que, no juizado de instrução, veda ao Ministério Público a realização de atos de instrução, não se repete em relação à investigação policial brasileira. [grifos nossos]

Ainda segundo a juíza supracitada, o Ministério Público, desde o CPP, já está autorizado a realizar diretamente a colheita de informações úteis à formação de seu convencimento para o início da ação penal, o que está consubstanciado no art. 47 da referida codificação. Além do mais, os argumentos mais usados para impedir que o *Parquet* realize atos de investigação, quais sejam, a ausência de previsão legal e constitucional a apoiar esta função investigatória e a alegada exclusividade da polícia para apuração das infrações penais, não têm base efetiva nos textos normativos, isto é, a própria legislação não declara expressamente essa impossibilidade da investigação criminal pré-processual comandada diretamente pelo órgão ministerial. O que se observa é que existe uma interpretação tanto das normas constitucionais como das

¹⁰ STJ. REsp 93464/GO. T6. Rel. Min, Anselmo Santiago. j. 28.05.1998. DJ. 29.06.1998.



infraconstitucionais que levam parte da doutrina especializada a acreditar que tais atos investigativos sejam inválidos.

Na verdade, essa ideia de que não pode o Ministério Público investigar está relacionada ao temor de certas pessoas quanto à atuação do órgão ministerial, vez que não há prazos, bem como um controle judicial sobre os seus procedimentos administrativos e diligências realizadas, contrário ao que ocorre no inquérito policial, no tocante à atuação da polícia.

Além disso, há quem afirme que o Ministério Público é parte interessada no conflito, o que certamente compromete a sua imparcialidade no processo investigativo criminal. Mas, se até mesmo o juiz tem poderes investigatórios e instrutórios expressamente previstos no CPP, visto que o sistema acusatório brasileiro não é considerado ortodoxo, e se a denúncia não será obrigatoriamente instruída por inquérito policial, não há sentido lógico em negar ao *Parquet* a possibilidade de presidir investigações criminais no contexto pré-processual.

Ademais, essa produção preliminar de provas pelo órgão ministerial não ofende ao princípio da equidade e à paridade de armas, até porque na investigação criminal, seja ela presidida pela autoridade policial ou pelo *Parquet*, não há o contraditório. Dessa forma, as provas obtidas na fase preliminar deverão ser confirmadas em Juízo, sob pena de sua desconsideração, conforme já afirmou o próprio STJ¹¹.

A jurisprudência já havia se posicionado sobre esse tema¹², porém ainda restam certas divergências, vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre esse assunto. Contudo, a Ministra Ellen Gracie, em recente decisão¹³, firmou entendimento sobre a possibilidade dessa investigação pelo *Parquet*, afirmando que é perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (art. 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir a formação da *opinio delicti*.

Portanto, a partir do entendimento exposto pela ministra em

¹¹ STJ. REsp 610072/MG. T5. Rel. Min, Arnaldo Esteves Lima. j. 30.10.2008. DJe. 24.11.2008.

¹² STF. HC 91.661/PE. T2. Rel. Min, Ellen Gracie. j. 10.03.2009. DJe. 02.04.2009.

¹³ STF. HC 89.837/DF. T2. j. 20.10.2009. DJe. 20.11.2009. p. 218.



comento, bem como pelo também ministro do STF, Celso de Mello, que, em seu voto proferido no julgamento do *habeas corpus* supracitado, igualmente reconheceu a plena legitimidade constitucional do poder investigatório do *Parquet*, podemos verificar que atualmente vem prevalecendo o entendimento favorável à atuação investigativa do Ministério Público.

Ainda nessa esteira, merece destaque o julgamento do HC 89.837/DF (Dje. 20.11.2009, p. 218)¹⁴, que discutiu mais recentemente a questão ora ventilada. Essa decisão, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, evidencia o atual perfil demonstrado pelo STF, qual seja: da validade da investigação criminal produzida pelo Ministério Público. Em seu voto, o ilustre ministro citou vários precedentes da própria Corte para sustentar sua posição favorável ao poder investigativo do *Parquet*, entre eles o julgamento da ADIN 1.517 (DJ. 22.11.2002, p. 55), em que o Supremo reconheceu que não assiste à polícia o monopólio das investigações criminais.

Assim sendo, diante do exposto, claramente vislumbramos a validade da investigação criminal produzida pelo órgão ministerial no contexto do sistema acusatório. Até porque vivenciamos uma época em que se deve evitar tolher a legitimidade de certos órgãos de agirem em benefício da sociedade. Logo, ao se imporem obstáculos à atividade investigativa direta do Ministério Público, no âmbito pré-processual, abrir-se-á margem à ploriferação da impunidade de diversos crimes, principalmente, aqueles cometidos por pessoas providas de destaque social ou bem dotadas financeiramente, visto que normalmente tais pessoas tentam manipular a ordem policial através da influência social que exercem.

Além do mais, não se pode negar que nos dias atuais a estrutura policial brasileira vem passando por um grande desprestígio, principalmente, devido ao fato de que uma grande parte dos policiais acaba aceitando propina para sobreviver, favorecendo assim, que em troca de um valor pecuniário maior ao final do mês, muitos policiais se corrompam e com isso várias quadrilhas organizadas e bandidos perigosos fiquem impunes, contribuindo para manter elevado o índice de violência no país.

Dessa maneira, verifica-se que tolhendo o poder investigativo do Ministério Público, bem como de outras instituições do país, apenas se estará beneficiando o aumento da violência, que já se tornou uma característica do

¹⁴ STJ. **ADI 1.157 MC/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min, Maurício Corrêa. j. 30.04.1997. DJ. 22.11.2002. p. 55.



Brasil. Entretanto, os crimes que muitas vezes acabam ficando impunes em nosso país não são aqueles praticados por pessoas sem instrução, moradoras de favelas ou de bairros periféricos, mas sim por pessoas pertencentes às camadas mais privilegiadas da sociedade, possibilitando a formação de uma grande corrente criminosa, que, por ser bastante estruturada, geralmente não pode ser combatida apenas pela atuação da polícia, cada vez mais defasada e mal aparelhada.

Diante dessa conjuntura, mostra-se como uma tendência mundial, em termos legislativos, atribuir poderes investigativos ao Ministério Público. Tal tendência, conforme já mencionado, emana do contexto atualmente verificado na maioria dos países, onde se vislumbra frequentemente pessoas providas de muitos recursos ou ligadas aos poderes de Estado serem denunciadas como réus de processos criminais, bem como em razão da existência de organizações criminosas cada vez mais complexas. Nessas hipóteses, as garantias dos membros do *Parquet* mostram-se essenciais para o desenvolvimento das investigações, tendo em vista que os delegados de polícia não são dotados de independência funcional, podendo, assim, os mesmos serem punidos, caso ajam contrariamente aos interesses dessas pessoas.

Ademais, não deve prosperar o entendimento exposto por aqueles que criticam o poder investigativo do Ministério Público relacionado à falta de supervisão da atividade investigativa exercida por tal órgão. Isso porque caso venha a se verificar algum tipo de abuso por parte do promotor de justiça/procurador da República ou até mesmo ofensas às garantias constitucionais do investigado, pode-se denunciar tais situações às Corregedorias ou ainda ao próprio Conselho Nacional do Ministério Público.

Outro ponto que merece ser mencionado é que a investigação criminal prévia deve funcionar como um “filtro processual” por intermédio do qual apenas ultrapassarão o plano investigativo-preliminar e chegarão ao plano jurídico-processual as práticas permeadas de manifesta tipicidade. A eficiência desse filtro serve de garantia para os cidadãos, que não terão contra si promovidas ações sem fundamento ou ilógicas, como também para a ordem jurídica, que não desperdiçará recursos e esforços em processos natimortos. A boa atuação de todo o ordenamento jurídico implora pelo extenso conhecimento, por parte dos encarregados da atividade investigativa, do sistema jurídico brasileiro como um todo, primordialmente, dos princípios constitucionais, e sensibilidade quanto ao problema atual da super lotação dos órgãos judiciais. Esta é mais uma causa para se ofertar ao Ministério Público o poder de realização direta e precisa de diligências investigatórias.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, podemos concluir afirmando que, diante do atual contexto verificado na ordem jurídica brasileira, especialmente, após o advento da Constituição Federal de 1988, resta evidenciada a validade da atividade investigativa realizada pelos membros do Ministério Público. Isso porque devemos analisar o ordenamento jurídico como um sistema uno e interligado, evitando-se com isso uma interpretação inadequada acerca de alguns institutos, entre eles o inquérito policial, o qual representa um procedimento administrativo meramente informativo. Logo, agindo-se dessa forma, se estará impedindo que diversas investigações e ações penais sejam invalidadas devido a erros de interpretação, o que apenas contribui para aumentar ainda mais o clima de impunidade e de violência que paira sobre o nosso país.

Além do mais, se o próprio sistema acusatório, o qual vem sendo cada vez mais incorporado em nossa ordem processual penal, permite que o magistrado possua poderes investigatórios e instrutórios, torna-se incoerente a proibição à atividade investigativa do *Parquet*, até porque será este órgão responsável por promover futuramente a ação penal.

Por fim, se a segurança pública é um dever de todos, aquele que tiver condições de contribuir de alguma forma com o bem estar da sociedade estará autorizado a agir. Portanto, se o Ministério Público tem condições de promover investigações criminais pré-processuais, nada mais justo que assim as realize.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.



NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Ministério Público, investigação criminal, sistema acusatório e a vontade da sociedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 477, out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5861>>. Acesso em: jan. 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal de. **O poder investigatório do Ministério Público**. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, p. 223-247, nov. 2007. Disponível em: <http://www.ajufers.org.br/revistas/rev04/revista_04.pdf>. Acesso em: 13 out. 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

CORTIZO SOBRINHO, Raymundo. **As ilegalidades da Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público relativa ao procedimento investigatório criminal do MP**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1216, 30 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9103>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

THE VALIDITY OF THE CRIME OF THE DIRECT PUBLIC PROSECUTORS UNDER ADVERSARIAL SYSTEM

ABSTRACT

The study under discussion aims at analyzing the



reasons for allowing or not the validity of direct criminal investigation of the prosecutor, based on the adversarial system currently incorporated into the Brazilian penal procedural, because the provisions in the Constitution of 1988, which sought to surround the citizen of fundamental guarantees, including the right to legal defense and the contradictory in a criminal. Thus, through relevant doctrinal positions, as well as the views expressed in the most recent decisions of the Supreme Court on the subject, will defend the view favored the investigative powers by the ministerial body, considering that currently Brazilian police investigators face a period of disrepute. Thus, if public safety is the duty of all, nothing more reasonable than allowing the promotion of investigations by the prosecutor/state prosecutor, as this fact is authorized by the current adversarial system in force in our legal system.

Keywords: Federal Constitution. Adversarial System. Prosecutor. Criminal Investigation.



DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO POR QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*

Anderson Dantas Correia de Oliveira

Acadêmico do 11º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de se aplicar a dissolução parcial societária às sociedades anônimas de capital fechado na hipótese de quebra da *affectio societatis*. Em regra, a dissolução parcial somente é admitida no campo das sociedades de pessoas, sendo refutada sua aplicação nas sociedades anônimas em geral, visto serem aquelas constituídas sob as normas que encampam o princípio *intuitu pecuniae*. No entanto, a realidade da economia brasileira evidencia que a maior parte das sociedades empresárias atuantes no mercado nacional é de pequeno e de médio porte e constituída sob a forma de companhias fechadas, tendo o seu quadro societário normalmente integrado por poucos membros pertencentes a um mesmo grupo familiar, concentrando na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes. Diante desse contexto, em atenção ao princípio da preservação da empresa, a jurisprudência e a doutrina modernas vêm reconhecendo a aplicabilidade da dissolução parcial no âmbito das companhias fechadas quando ocorrer a ruptura da *affectio societatis*, pois, em tais circunstâncias, a desinteligência entre os sócios pode representar grave obstáculo à consecução do fim social da empresa.

Palavras-chave: Dissolução parcial. Sociedade anônima de capital fechado. *Affectio societatis*. Preservação da empresa.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de se aplicar o instituto da dissolução parcial societária às sociedades anônimas de capital fechado na hipótese de quebra da *affectio societatis*.

Como se sabe, no ordenamento jurídico pátrio somente existe expressa previsão legal para a aplicação da dissolução parcial decorrente da ruptura da *affectio societatis* às sociedades *intuitu personae*, não se encontrando, no que concerne às sociedades anônimas, que são constituídas sob as normas e os critérios que encampam o princípio *intuitu pecuniae*, qualquer disposição na lei que as regulamenta, a saber, a Lei nº. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

Entretanto, a realidade da economia nacional hodiernamente vivenciada evidencia que grande parcela das sociedades empresárias brasileiras é de pequeno e de médio porte e constituída sob a forma de sociedades anônimas de capital fechado, tendo o seu quadro de acionistas normalmente composto por poucos membros pertencentes ao mesmo grupo familiar, concentrando na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, o que configura, destarte, a predominância da *affectio societatis*.

Diante desse cenário, em atenção ao princípio da preservação da empresa, a jurisprudência e a doutrina modernas vêm reconhecendo a aplicabilidade da dissolução parcial no âmbito das companhias fechadas quando ocorrer a ruptura da *affectio societatis*, pois, como será abordado no presente estudo, em tais circunstâncias, a desinteligência entre os sócios pode representar grave obstáculo à consecução do fim social da empresa.

2 DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: CONCEITO E FUNDAMENTO

A dissolução parcial societária significa a extinção do vínculo societário desencadeada pelo afastamento de um ou mais sócios do quadro societário, seguida da apuração dos seus haveres nos moldes prescritos pelo *caput* do art. 1.031 do Código Civil, possibilitando que os demais sócios continuem a desenvolver a atividade empresarial, se assim o desejarem fazer.

Nesse mesmo sentido, conceitua Carvalhosa (2009c, p. 28):



Com efeito, a dissolução parcial nada mais é do que a resolução ou, mais precisamente, a resilição do contrato de sociedade com relação a um ou mais sócios, em razão da verificação de causas pessoais capazes de provocar a extinção do liame contratual societário que vincula o corpo social.

Sobre o tema, Fonseca (2002, p. 19) acrescenta que nesses casos há verdadeira ruptura limitada do contrato social, que poderá se dar, inclusive, em razão do exercício do direito de recesso, previsto no art. 1.029 do Código Civil¹; da exclusão do sócio, na forma convenionada no contrato social ou mesmo decretada judicialmente, a teor do *caput* do art. 1.030 do Código Civil; da falência do sócio, hipótese esta que é disciplinada pelo parágrafo único do art. 1.030 do Código Civil; da possibilidade de retirada do sócio contemplada pelo contrato social; e, por fim, do falecimento de sócio, conforme estabelece o art. 1.028 do Código Civil.

Para Coelho (2000, p. 446), a possibilidade de decretação da dissolução parcial societária encontra fundamento na importância atualmente atribuída aos valores prestigiados pelo princípio da preservação da empresa.

Com efeito, desde a década de 70 do século passado, a comunidade jurídica vem se apercebendo de que, em torno da exploração de uma atividade econômica, gravitam muitos outros interesses, não apenas os privados dos capitalistas. Sobre esse particular, arremata aquele doutrinador dizendo:

Enquanto a empresa é ativa, os trabalhadores mantêm seus empregos, o fisco arrecada e os consumidores têm acesso aos bens e serviços de que necessitam. Além deles, pode depender da manutenção da atividade empresarial uma série de pequenas outras empresas, geradoras não só de renda, para pequenos e médios empreendedores, mas também de empregos indiretos. Existem, inclusive, exemplos de cidades que se formam e crescem graças ao estabelecimento de uma grande indústria. O princípio da preservação da empresa aponta para a existência desse amplo e difuso conjunto de pes-

¹ De acordo com esse dispositivo legal, entende-se por direito de recesso a possibilidade de qualquer sócio, nos casos previstos na lei ou no contrato, retirar-se da sociedade, respeitadas as diretrizes lá estabelecidas.



soas, que não são empreendedores nem investidores, mas desejam também o desenvolvimento de certa atividade empresarial. (COELHO, 2000, p. 444)

Destarte, percebe-se que, cada vez mais, a atividade empresarial extrapola os limites dos interesses meramente privados de seus empreendedores, passando a interferir na esfera de interesses de todos os segmentos da sociedade e até mesmo do próprio Estado, daí porque a relevância de sua manutenção, a fim de resguardar o interesse público.

Em regra, como cediço, a dissolução parcial societária tem seu campo de incidência limitado às sociedades *intuitu personae*, mormente às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, disciplinadas pelo Código Civil, vez que tal instituto jurídico não se compatibiliza com o regime jurídico pertinente às sociedades *intuitu pecuniae*, especialmente àquelas enquadradas como sociedade de ações, como é o caso das sociedades anônimas, que são regidas, por sua vez, pela Lei nº. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

Contudo, consoante se disse e melhor será abordado adiante, esse entendimento vem sendo flexibilizado pela doutrina e pela jurisprudência modernas, que, paulatinamente, estão revendo seu posicionamento e admitindo a dissolução parcial societária no âmbito daquelas sociedades anônimas consideradas de capital fechado, quando, reconhecida a preponderância da *affectio societatis* na sua constituição, ocorrer a quebra da harmonia entre os sócios.

3 SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: *INTUITU PERSONAE* x *INTUITU PECUNIAE*

No campo doutrinário, costuma-se dividir as sociedades empresárias em duas categorias: a primeira compreende as sociedades denominadas *intuitu personae*, também conhecidas como sociedades de pessoas, enquanto a outra engloba as sociedades de capital ou *intuitu pecuniae*.

Na lição de Requião (2003a, p. 362), as sociedades de pessoas ou *intuitu personae* são aquelas constituídas em função da qualidade pessoal dos seus sócios. De acordo com Rizzardo (2007, p. 190-191), nas sociedades pertencentes a esse grupo ganham importância a confiança recíproca entre os sócios, os seus conhecimentos técnicos, sua disposição ou vontade para o trabalho, sua iniciativa nos investimentos, sua capacidade de se relacionar, sua influência perante um segmento da sociedade, sua experiência no setor,



seu esforço pessoal, dentre outros aspectos de natureza preponderantemente pessoal.

A essa vontade dos sócios de formar e de manter a sociedade uns com os outros, direcionada por suas características de natureza pessoal, que constitui o principal elemento norteador da constituição das sociedades *intuitu personae*, se convencionou denominar de *affectio societatis*.

No Brasil, a grande maioria das sociedades empresárias se enquadra na categoria das sociedades *intuitu personae*, visto que geralmente a *affectio societatis* é o fator determinante da união entre os seus sócios, já que, normalmente, são eles membros de uma mesma família, ou mantêm laços de amizade, ou ainda se unem em razão dos conhecimentos técnicos e específicos que possuem e que os utilizam como fundamentais na condução dos negócios sociais.

Geralmente, as sociedades de pessoas se revestem sob a forma de sociedades simples, de sociedades em nome coletivo, de comandita simples, e de responsabilidade limitada, muito embora em relação a esta última espécie societária haja certa divergência doutrinária, que, por não dizer respeito ao objeto deste labor, não merece aqui qualquer tipo de tergiversação a seu respeito.

Noutra parte, classificam-se como sociedades de capital aquelas em que, ao contrário da sociedade *intuitu personae*, não há a predominância da *affectio societatis* na sua formação, ou seja, da relação interpessoal entre os sócios, tendo realce, aqui, o elemento capital, que, segundo acentua Rizzardo (2007, p. 37), se torna fator decisivo do sucesso do empreendimento objetivado.

Com efeito, nas sociedades de capital (ou *intuitu pecuniae*) reina a impessoalidade no relacionamento entre os sócios, tanto que, em muitos casos, a administração nem mesmo fica reservada à pessoa que integra o seu quadro societário e, diversamente das sociedades *intuitu personae*, o capital, representado por ações, é circulável, admitindo-se, inclusive, o ingresso de terceiros na sociedade.

Ademais, quanto a sua forma societária, as sociedades de capital se apresentam como sociedades em comandita por ações e em sociedades anônimas. Estas, por sua vez, poderão ser estruturadas sob duas formas: capital aberto e de capital fechado.

Em que pese a notoriedade do formalismo e rigidez que se procuram imprimir quando da classificação das sociedades empresárias ora analisada, a realidade da economia do nacional demonstra que deve ser ela vista com temperamentos, especialmente no tocante ao enquadramento das sociedades anônimas de capital fechado na categoria das sociedades *intuitu pecuniae*,



porquanto, na sua grande maioria, o princípio da *affectio societatis* sobressai na sua constituição, como melhor será abordado oportunamente.

4 ESPÉCIES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS: CAPITAL ABERTO x CAPITAL FECHADO

Consoante se disse outrora, traço comum das sociedades anônimas é a predominância do elemento capital na sua constituição, daí porque serem elas classificadas pela doutrina majoritária na categoria das sociedades *intuitu pecuniae*, ou seja, sociedades de capital.

Ocorre que, a generalização do enquadramento de todas as companhias, sejam elas de capital aberto ou de capital fechado, no grupo das sociedades *intuitu pecuniae* não corresponde com a realidade vivenciada pela grande maioria das S.A.'s que atuam no mercado brasileiro, conclusão esta que se chega mediante o estudo dos contornos gerais das espécies de sociedades anônimas contempladas pela legislação societária pátria.

De acordo com a redação atual do art. 4º da Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro 1976², que dispõe acerca das sociedades por ações, as sociedades anônimas poderão se apresentar sob duas espécies: sociedades anônimas de capital aberto e sociedades anônimas de capital fechado.

Acerca do conceito de sociedade anônima de capital aberto, precisa é a lição de Almeida (1984, p. 200), que assim a define:

Aberta é a companhia que procura captar recursos junto ao público, seja com emissão de ações, debêntures, partes beneficiárias ou bônus de subscrição, ou ainda depósitos de valores mobiliários, e que, por isso mesmo, tenha admitido tais valores à negociação em bolsa (instituição pública ou privada, destinada a operar ações e obrigações de companhias) ou mercado de balcão (transação dos mesmos valores sem a interferência de bolsa).

² De acordo com esse dispositivo legal, "a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários."



Conclui-se, da definição acima sublinhada, que as sociedades anônimas de capital aberto se distinguem das companhias de capital fechado por atuarem diretamente junto ao mercado financeiro, mediante a negociação das mais diversas espécies de valores mobiliários, com a finalidade de captar recursos oriundos da poupança popular para financiar o exercício de seu objeto social, que, geralmente, envolve atividades econômicas de grande vulto.

Sendo assim, o fato de captarem recursos da poupança popular, invariavelmente faz com que as companhias abertas apresentem grande dispersão de tomadores de valores mobiliários, os quais se presumem incapazes de formar uma comunidade apta a defender eficazmente seus interesses perante aquelas, seus controladores e administradores.

Por tais motivos, aponta Carvalhosa (2009a, p. 48) que o ordenamento jurídico pátrio estabelece para as companhias de capital aberto um regime especial de tutela do Poder Público em favor da coletividade de acionistas, debenturistas e demais portadores de títulos acionários por elas emitidos.

Com efeito, a tutela do interesse coletivo dos investidores privados se manifesta sob diversas formas em nossa legislação societária, como, por exemplo, através da exigência, prevista na Lei nº. 6.404 de 1976, de que as companhias abertas apresentem uma maior complexidade em sua estrutura estatutária se comparadas às companhias fechadas.

Outrossim, também impõe a legislação pertinente à matéria que a atividade empresarial das companhias abertas se submeta a um sistema especial de publicidade e de revelação dos seus resultados, envolvendo administração, operações patrimoniais, etc.

Ainda visando resguardar os interesses dos investidores particulares, com a finalidade de fiscalizar a atividade de arrecadação e aplicação de recursos, e evitar abusos e violências a direitos e interesses individuais por parte das companhias abertas, instituiu-se por meio da Lei nº. 6.385 de 1976, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, entidade autárquica, em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda.

De outra senda, a sociedade anônima de capital fechado se caracteriza por não se valer da captação da poupança popular, através do mercado de capitais, para obter os recursos necessários ao exercício do seu objeto social.

Na precisa lição de Carvalhosa (2009a, p. 47), considera-se determinada sociedade anônima como de capital fechado “Se esta obtém recursos de capital mediante a subscrição de ações pelos próprios acionistas ou por um grupo restrito de pessoas, mediante o exercício do direito de preferência dos acionistas.”



Portanto, as sociedades anônimas de capital fechado, se comparadas às companhias abertas, apresentam fonte de obtenção de recursos para o financiamento de suas atividades bastante restrita, posto que somente podem se socorrer dos seus próprios acionistas ou de terceiros subscritores para se capitalizarem.

O legislador ordinário, por meio do art. 36 da Lei nº. 6.404/76, faculta ainda que nos atos constitutivos das sociedades anônimas de capital fechado contenham limitações à negociabilidade de suas respectivas ações, mediante expressa previsão estatutária, a fim de, com isso, impedir o ingresso de estranhos no quadro de sócios da companhia.

Ao comentar o *supra* citado dispositivo legal, Requião (2003b, p. 86) aduz que:

Em face desse preceito legal é que consideramos as sociedades fechadas como aproximadas, segundo as doutrinas mais modernas e realistas, às sociedades de pessoas. Os sócios elegem, pela confiança ou parentesco, seus companheiros, impedindo que, pela transferência de ação negociada, ingresse em seu grupo social um elemento estranho ou indesejável.

Percebe-se, assim, que a sociedade anônima de capital fechado, por apresentar restrições na composição do seu quadro de sócios, se adequa com maior facilidade às peculiaridades da economia brasileira, em que a grande parcela das sociedades empresárias é de médio e de pequeno porte, de natureza essencialmente familiar ou composta por sócios unidos em função de afinidades pessoais, e que, portanto, normalmente não admitem o ingresso de terceiros.

5 A AFFECTIO SOCIETATIS NA COMPANHIA FECHADA BRASILEIRA E SUA INFLUÊNCIA NA CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

No tópico imediatamente anterior, depois de firmados em linhas gerais os conceitos e as características das duas espécies de sociedades anônimas contempladas pela Lei nº. 6.404 de 1976, concluiu-se, ao final, que na formação do capital social da imensa maioria das companhias fechadas brasileiras soblevam as qualidades pessoais dos sócios, o que denota, invariavelmente, a existência da *affectio societatis* nesse tipo de sociedade.



Isto se deve ao fato de que, historicamente, a massa das sociedades anônimas atuantes no Brasil é de pequenas e médias empresas, de natureza essencialmente fechada, geralmente compostas por membros de uma mesma família ou de um mesmo grupo, unidos em razão de suas características pessoais, como acentua Rubens Requião (2003b, p. 33).

Dissertando a respeito da influência da *affectio societatis* nas sociedades anônimas, Comparato (1983, p. 54) tece os seguintes comentários:

Rejeitada pela doutrina moderna como noção inútil a compreensão do mecanismo das sociedades mercantis, sobretudo das anônimas, a *affectio societatis* manifesta grande teimosia em sobreviver a essa universal condenação ao silêncio. Ela renasce, com o próprio nome ou com outra terminologia, como elemento indefectível da estrutura e funcionamento das sociedades. Mais ainda: ela se instala em campo que tradicionalmente se lhe considera estranho, o das chamadas sociedades de capitais, em manifesta comprovação de sua operatividade, em termos de interpretação jurídica.

Dessa forma, observa-se que, nas circunstâncias acima, muitas vezes o que se tem na prática é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, afigurando-se equivocado, nestes casos, se querer classificar as sociedades anônimas indistintamente em um único grupo, com características rígidas e bem definidas.

Sendo assim, a despeito do que prega a doutrina clássica, que insere de forma inflexível as sociedades anônimas de capital fechado na categoria das sociedades *intuitu pecuniae*, entende-se por mais adequado reconhecer, em tais hipóteses, sua natureza *intuitu personae*, que vem, aliás, ganhando força na doutrina³ e na jurisprudência.

Dessarte, uma vez reconhecida a relevância da *affectio societatis* para a constituição e o exercício do objeto social da companhia fechada, e,

³ Perfilhando idêntico entendimento, assevera Requião (2003b, p. 33) que: "Não se tem mais constrangimento em afirmar que a sociedade anônima fechada é constituída nitidamente *cum intuitu personae*. Sua concepção não se prende exclusivamente à formação do capital desconsiderando a qualidade pessoal dos sócios. Em nosso país, com efeito, prevalece a sociedade constituída tendo em vista o caráter pessoal dos sócios, ou a sua qualidade de parentesco, e por isso chamada de sociedade anônima familiar."



via de consequência, a natureza *intuitu personae* dessas sociedades, não pode tal circunstância ser simplesmente ignorada, sobretudo por ocasião de sua dissolução, apenas se atendo à rigidez e ao formalismo emprestados à classificação das sociedades empresárias.

Do contrário, a desinteligência entre os acionistas pode representar verdadeiro obstáculo à realização do fim social pela companhia, para a obtenção e a distribuição de lucros e dividendos, vez que dificilmente prosperará uma sociedade em que a harmonia entre os seus integrantes tenha se rompido.

Logo, não obstante inexistir expressa previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, o atual entendimento perfilhado pela jurisprudência e pela doutrina, atendendo às peculiaridades das sociedades anônimas de capital fechado brasileiras, vem admitindo a aplicabilidade da dissolução parcial societária no campo das companhias fechadas, quando, reconhecida a superioridade da *affectio societatis* na sua constituição, ocorrer a quebra da harmonia entre os sócios, tese esta que, apesar de não ser acolhida pela unanimidade dos comercialistas, se mostra perfeitamente admissível, conforme doravante melhor será visto.

6 O DIREITO DE RECESSO DISCIPLINADO PELO ART. 137 DA LEI Nº. 6.404 DE 1976

De acordo com a corrente doutrinária e jurisprudencial que advoga contrariamente à tese ora defendida, a Lei nº. 6.404/76, em seu art. 137, já contemplaria a possibilidade do direito de recesso ou retirada, o que afastaria qualquer possibilidade de aplicação da dissolução parcial às sociedades anônimas⁴.

⁴ Valendo-se de tal argumento, o Ministro Barros Monteiro, do Superior Tribunal de Justiça, proferiu o seu voto por ocasião do julgamento do REsp nº. 111.294/PR, 4ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 19.09.2000: "Dúvida não há de que o exercício do direito de recesso pelo sócio divergente resulta na dissolução parcial da sociedade. Isto, que vale para a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, não alcança as sociedades anônimas, em face não somente de sua natureza, já destacada (sociedade de capital), mas sobretudo porque a Lei nº 6.404, de 15.12.76, prevê, de um lado, o direito de retirada do sócio dissidente (arts. 45, 109, V, e 137, do mencionado diploma legal) e, de outro, a dissolução da sociedade por ações, uma vez comprovado que a mesma não possui condições para atingir a sua finalidade (art. 206, inc. II, letra "b", da mesma Lei nº 6.404/76)".



Entretanto, esse entendimento não deve prevalecer, porquanto os institutos da dissolução parcial societária e do direito de retirada ou recesso regulado pelo art. 137 da Lei nº. 6.404/76 não se confundem.

De acordo com Carvalhosa (2009b, p. 900):

O recesso é a faculdade legal do acionista de retirar-se da companhia, mediante a reposição do valor patrimonial das ações respectivas. Trata-se de um negócio jurídico, em virtude do qual a companhia é obrigada a pagar aos acionistas dissidentes o valor de suas ações. Constitui uma resilição unilateral ou denúncia. É, portanto, reminiscência da concepção contratualista da sociedade anônima, que ainda subsiste em diversas esferas da sua estrutura.

Para o exercício do direito de recesso, exige-se do acionista o preenchimento de determinados requisitos, segundo aponta aquele mesmo Professor, por meio do trecho da sua obra, *verbis*:

São dois os pressupostos para o exercício do direito de recesso: o primeiro é de ter havido deliberação eficaz da assembléia geral sobre uma das matérias especificadas em lei como suscetíveis de gerar esse direito (art. 136) ou a prática de atos *ultra vires* que alterem substancialmente o objeto social, seja pela mudança de atividade, seja pelo desaparecimento significativo do patrimônio operacional que instrumentalmente permitia a sua consecução; o segundo, de não ter havido consentimento do acionista à modificação. (CARVALHOSA, 2009b, p. 904)

Portanto, infere-se da definição acima sublinhada que a dissolução parcial societária se distingue do direito de retirada ou recesso regulado pelo art. 137 da Lei nº. 6.404/76, na medida em que este último somente é concedido ao acionista na hipótese de aprovação de uma das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 da mesma lei, e desde que não haja o seu consentimento quanto à modificação deliberada.

Outrossim, o recesso deve necessariamente ser exercido no prazo decadencial de 30 (trinta) dias, contados da data da publicação da ata da assembleia geral, nos termos do art. 137, IV da Lei das Sociedades por Ações.



Sobre o tema em discussão (distinções entre a dissolução parcial e o direito de retirada), Fonseca (2002, p. 81) arremata dizendo:

Ora, a dissolução parcial e o recesso ou retirada são institutos que, malgrado configurem modalidades de extinção parcial do vínculo societário, com toda certeza, não se confundem. Aqueles dois últimos têm lugar, em última análise, sempre que o acionista ou o cotista divergir de uma deliberação social, ainda que, no caso das sociedades anônimas, a dissidência, deva referir-se a uma das hipóteses taxativamente arrolados pelo art. 136 da Lei nº. 6.404/76. Todavia, quando se fala em dissolução parcial, o que se tem em mente é a substituição da dissolução total, pela retirada do sócio que àquela teria direito, mas que, em atenção à preservação da empresa, apenas dela se afasta, recebendo, contudo, seus haveres, como se daquela forma ampla de dissociação se tratasse.

Já Carvalhosa (2009c, p. 33), por sua vez, ao traçar a diferença entre os institutos jurídicos sob análise, enfatiza que, conforme a jurisprudência pátria, o que fundamentalmente distingue o direito de retirada da dissolução parcial são as diversas formas de apuração dos haveres sociais: no direito de retirada (art. 137 da Lei nº. 6.404/76), a apuração dos haveres obedecerá às prescrições contidas nos atos constitutivos da sociedade ou na lei (arts. 45, 136 e 137, todos da Lei nº. 6.404/76), enquanto que na dissolução parcial, levará em conta o patrimônio real e atual da sociedade, apurado através de laudo judicial.

Com efeito, vê-se que o direito de recesso previsto na Lei das Sociedade Anônimas, não obstante apresentar semelhanças com o direito de retirada conferido aos cotistas de sociedades limitadas, tem campo de incidência muito mais restrito, não albergando, por exemplo, a hipótese de desinteligência entre os sócios, que, na esfera das sociedades de pessoas, encontra amparo na norma do art. 1.029 do Código Civil.

Logo, deduz-se que o permissivo do art. 137 da Lei nº. 6.404/76 se mostra insuficiente a socorrer o acionista que deseja se retirar de uma sociedade anônima de capital fechado na hipótese de quebra da *affectio societatis*, e, por conseguinte, a justificar a inaplicabilidade da dissolução parcial societária no âmbito das companhias fechadas.



7 DA POSSIBILIDADE DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO POR QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*

Como visto ao longo do presente trabalho, a maior parte das sociedades anônimas existentes no Brasil é de pequeno e de médio porte e constituída em decorrência das relações pessoais mantidas entre os seus sócios, que se unem por razões de afinidade pessoal.

Dessa forma, a quebra da confiança, da fidelidade, da harmonia e do respeito mútuo entre os sócios de uma sociedade anônima fechada constituída com base no princípio *intuitu personae*, a caracterizar a ruptura da *affectio societatis*, representa, invariavelmente, considerável óbice a que referida sociedade logre êxito em atingir seu principal objetivo, qual seja, a obtenção e a distribuição de lucros e de dividendos entre os seus acionistas.

De acordo com Fonseca (2002, p. 83), não por outra razão que a alínea “b”, do inciso II, do art. 206 da Lei nº. 6.404/76 determina a dissolução total da sociedade quando provado que esta não pode preencher o seu fim, como ocorre no caso de não distribuição de dividendos em benefício dos seus acionistas, por exemplo.

Com efeito, a impossibilidade de a sociedade preencher o seu fim é tema que se presta a inúmeras interpretações, consoante ensina Cantidiano (1996, p. 76):

[...] dentre as situações descritas pela doutrina, assim como pela jurisprudência, determinantes da impossibilidade de a companhia atingir os seus objetivos, temos aquela relativa ao término da *affectio societatis*, isso é, a existência de uma insuperável divergência entre dois grupos de acionistas. Tal divergência, mormente nas sociedades fechadas e familiares, é motivo bastante para impedir que a sociedade possa preencher os seus fins.

Sucedem, presentes as circunstâncias já analisadas no presente trabalho, bastante corriqueiras no cotidiano da economia brasileira, a regra da dissolução total da sociedade prevista no art. 206, II, “b”, da Lei nº. 6.404/76, em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos na atividade empresarial, quais sejam, a preservação de empregos, a arrecadação de tributos e o desenvolvimento econômico do país, razão pela qual a rigidez legislativa deve ceder espaço ao princípio da preservação da empresa, fazendo com que esta cumpra sua outra função, a função social.



Sendo assim, firmado o entendimento no sentido da existência de previsão legal autorizadora da dissolução total da sociedade na hipótese de incontroversa desarmonia entre os sócios, apta a comprometer a consecução do próprio fim social - art. 206, II, "b", da Lei nº. 6.404/76 -, mostra-se mais razoável, nesses casos, flexibilizar-se a rigidez da norma legal e afastar o acionista causador da desarmonia, ou insatisfeito com o clima de animosidade reinante, com a consequente apuração dos seus haveres, do que dissolver totalmente a companhia, causando prejuízos, direta ou indiretamente, para toda a sociedade.

Outrossim, sob outro enfoque, leciona Fonseca (2002, p. 84-85) que a falta da *affectio societatis* nas companhias fechadas não deve constituir óbice à sua dissolução parcial, vez que, no caso de ser manifesta a impossibilidade de a sociedade atingir o seu fim social, não faz sentido que os acionistas a esta fiquem indefinidamente jungidos, com o seu investimento improdutivo, na condição de verdadeiros "prisioneiros da sociedade".

Destarte, nas circunstâncias acima discriminadas, a dissolução parcial societária encontra guarida, sob a ótica constitucional, no inciso XX do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece como um dos corolários do direito à liberdade de associação, a garantia de que ninguém será compelido a permanecer associado (SILVA, 2008, p. 267).

Desse modo, observa-se que, tanto na ótica constitucional, quanto na infraconstitucional, diversos argumentos embasam a tese esposada no presente labor.

Aliás, o entendimento no sentido da possibilidade de se aplicar a dissolução parcial societária às sociedades anônimas de capital fechado no cenário anteriormente delineado, quando ocorrer a quebra da *affectio societatis*, muito embora ausente expressa previsão legal para tanto, foi sufragado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵, em julgamento da relatoria do Ministro Castro Filho, cuja ementa segue abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. QUESTÕES PRELIMINARES. SUBSTABELECIMENTO. RENÚNCIA DO ADVOGADO SUBSTABELECENTE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO SUBSTABELECIDO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. MORTE

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp nº. 111.294/PR**. S2. Rel.: Min. Castro Filho. j. em 28/06/2006. DJe 10/09/2007.



DE UM DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS APÓS O ÓBITO. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MÉRITO. DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE.

[...]

III - É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuitu pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não têm papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuitu personae*. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas. Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, "b", da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos. A regra da dissolução total, nessas hipóteses, em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de



tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências - Lei nº 11.101/05, que substituiu o Decreto-lei nº 7.661/45, então vigente, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo. A solução é a que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, para evitar a descontinuidade da empresa, que poderá prosseguir com os sócios remanescentes. Embargos de divergência improvidos, após rejeitadas as preliminares.

Diante do exposto, em face das especificidades da economia brasileira traçadas ao longo do presente estudo, em que considerável parcela das sociedades empresárias se reveste sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, e tem seu quadro societário integrado por acionistas unidos em razão de suas afinidades pessoais, conclui-se que a flexibilização do rigorismo legal e conceitual para admitir a dissolução parcial societária, com a retirada do sócio dissidente e a conseqüente apuração dos seus haveres, se afigura como a solução que melhor concilia o interesse individual do acionista retirante com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, possibilitando aos sócios remanescentes continuarem com as atividades empresariais.

8 CONCLUSÕES

Com efeito, a dissolução parcial societária é instituto jurídico inerente às sociedades *intuitu personae* (sociedades de pessoas), não sendo admitida, destarte, a sua incidência nas sociedades classificadas como *intuitu pecuniae* (sociedades de capital), grupo em que, a princípio, enquadram-se as sociedades anônimas.

Em que pese essa circunstância, restou evidenciado no presente trabalho que as sociedades anônimas de capital fechado brasileiras são, na sua grande maioria, de pequeno e de médio porte e normalmente formadas por poucos acionistas, unidos entre si em razão de suas características pes-



soais, fato este que atesta a indiscutível influência da *affectio societatis* em sua constituição, e, via de consequência, permite se concluir que, em tais hipóteses, as companhias fechadas ostentam a natureza de verdadeiras sociedades *intuitu personae*.

Diante desse cenário, apercebeu-se, com base em modernas jurisprudência e doutrina, que a desinteligência entre os sócios pode representar verdadeiro obstáculo a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção e a distribuição de lucros e dividendos, visto que dificilmente prosperará uma sociedade em que a harmonia entre os seus integrantes tenha se rompido.

Logo, conforme visto acima, não obstante inexistir expressa previsão legal no ordenamento jurídico pátrio - que somente permite o direito de retirada ao acionista dissidente das sociedades reguladas pela Lei nº. 6.404/76, nas hipóteses previstas em seu art. 137 -, a moderna construção jurisprudencial e doutrinária, atendendo às peculiaridades das sociedades anônimas de capital fechado brasileiras, vem admitindo a aplicabilidade da dissolução parcial societária no campo das companhias fechadas, quando, reconhecida a preponderância da *affectio societatis* na sua constituição, ocorrer a quebra da harmonia entre os sócios, a inviabilizar a consecução do fim social, em consonância com o art. 206, II, "b", da Lei nº. 6.404/76.

Concluiu-se, assim, que a flexibilização do rigorismo legal para admitir a dissolução parcial societária, com a retirada do sócio dissidente e a consequente apuração dos seus haveres, se afigura como a solução que melhor concilia o interesse individual do acionista retirante com o interesse público, consubstanciado este no princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, possibilitando, assim, aos sócios remanescentes continuarem com as atividades empresariais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Do cabimento do pedido de dissolução judicial de S.A. 'Holding'. In: **Direito societário e mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.



CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 4 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 4 ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 4 ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2009c.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 2 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio**. São Paulo: Atlas, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003a.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 25 ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003b.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



CLOSE CORPORATION PARTIAL DISSOLUTION DUE TO BREAK OF *AFFECTIO SOCIETATIS*.

ABSTRACT

This article studies and analyses the application of the partial dissolution on close corporations based on the *affectio societatis* break hypothesis. Generally, the partial dissolution is only applicable in *intuitu personae* enterprises matters, and promptly refused in corporation cases, mostly because of the principle of *intuitu pecuniae* that guides these institutions. However, bringing to the Brazilian economy context, most of the companies that operate in the inner market are small or medium close companies which partners are relatives. Therefore, according to the preservation of the company principle, jurisprudence, and modern doctrine recognize the applicability of the partial dissolution in the close companies case, when there is break of the *affectio societatis*, since the confliction between the partners is a major obstacle to reach the enterprise social end.

Keywords: Partial dissolution. Close corporation. *Affectio societatis*. Enterprise social end.



“META 2”: ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DA CELERIDADE DO PROCESSO E DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Lucas Costa Dantas

Bacharel em Direito pela UFRN.

RESUMO

É sabido que o Poder Judiciário possui deveres no exercício de suas funções. O principal deles, qual seja, o poder-dever jurisdicional, consiste em resolver as situações de fato e de direito que se configuram em conflitos caracterizados por uma pretensão resistida (lides). Ocorre que os processos judiciais estão cada vez mais se acumulando, seja por falta de estrutura (equipamentos, pessoal, etc.) ou de comprometimento funcional dos sujeitos que compõem os seus diversos órgãos, sem que seja prestada a tutela jurisdicional a tempo e modo devidos. A “Meta 2” foi uma campanha adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2009, para tentar minimizar os problemas sofridos pelo Judiciário. A celeridade do processo e a efetividade da prestação jurisdicional são peças-chave para que se alcance uma Justiça de qualidade, e é através da análise da importância de tais elementos, bem como da real necessidade de prestação de serviço público eficiente (e seus desdobramentos), que se busca transmitir a relevância das medidas adotadas para perfectibilizar a satisfatividade das pretensões dos cidadãos.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Processo. Princípios constitucionais. Celeridade. Efetividade da prestação jurisdicional. Entraves. Medidas. Conselho Nacional de Justiça. “Meta 2”.

1 INTRODUÇÃO

A atual conjuntura jurídico-social nos leva a questionar o verdadeiro papel do Estado no exercício de sua função jurisdicional, ou seja, na implementação de políticas de trabalho voltadas à resolução das lides (conflitos) que surgem na sociedade. Para isso, o Poder Judiciário busca dirimir tais lides a fim de que seja alcançado o Estado Democrático de Direito. Partindo do pressuposto de que o Estado deve sempre exercer a função de pacificar e manter a ordem, não é difícil notar que o cumprimento de tal mister nos parece intangível, infelizmente. Já dizia o sábio jurista Rui Barbosa, no início do século XX: *“A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”*. Triste realidade, cujo realce é dado pelo binômio “eficiência do Judiciário versus necessidade dos cidadãos”, inversamente proporcional.

A cada novo processo que surge, mais problemas se acumulam nos escaninhos dos fóruns e tribunais, visto que a demanda de processos é dantescamente superior ao número de casos efetivamente solucionados. Tal situação não gera, somente, a lentidão na resolução das questões a serem apreciadas, como também a descrença por parte dos jurisdicionados em obter a tutela perseguida.

O estudo feito, ora apresentado por meio deste artigo, objetiva transmitir, em poucas linhas, a importância da campanha “Meta 2”, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, e que fez parte de um conjunto de metas para o atendimento aos princípios da celeridade do processo e da efetividade da prestação jurisdicional no cumprimento do dever social do Poder Judiciário (Estado) junto à coletividade, sem, no entanto, deixar de abordar os seus pontos polêmicos. As dificuldades mostradas servem para refletir o atual contexto, assim como as vias utilizadas nas diversas tentativas de saná-las. Se o problema da morosidade for solucionado, e as tutelas forem prestadas em suas justas medidas, todo e qualquer cidadão terá acesso à uma justiça rápida, eficaz e cumpridora de sua função social, o que dará sustentáculo para que sejam fincadas as raízes da confiança e organização no judiciário brasileiro.

2 NOÇÕES DE EFETIVIDADE, CELERIDADE E JUSTIÇA

A busca pela efetividade da prestação jurisdicional se traduz em importante baluarte do princípio da justiça. Defini-lo, porém, não é a mais singela das tarefas. Sócrates afirmara-o arreatador e dogmaticamente, curvando-se, a



seguir, ao encargo de revelar ser inalcançável à sua reflexão aquele significado. Platão dispôs-se atingir essa verdade, mas pressagiu também ser inexprimível o resultado dessa busca.

A ideia de Justiça dos ocidentais é herdada, em grande parte, das noções expostas inicialmente por Platão, Aristóteles e pelos juristas romanos¹. Em Platão, Justiça é a virtude suprema, sintonizadora das demais virtudes, sendo a harmonia, portanto, sua nota basilar; Aristóteles faz a clássica distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa em função dos critérios da proporção e da igualdade; e, nesse contexto, é pertinente entrar em curso a velha colocação do jurista romano Ulpiano: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* significando *Justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o seu direito*. Normalmente decifrada pelos múltiplos autores através das exigências da justiça distributiva, suscita esta definição ponderações em torno da dificuldade de distribuir precisamente os recursos disponíveis, limitados ou escassos, e provoca um grande busílis: o da afinidade entre Justiça e Direito.

O processualista moderno tem que enfrentar a dificuldade de conjugar as garantias fundamentais do devido processo legal com outras finalidades do processo, quais sejam, a efetividade e a celeridade. Luiz Guilherme Marinoni trata da matéria:

“A busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional”.

Dessa forma, para melhor entendimento das linhas subseqüentes,

¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2001, p. 11.



convém assimilar o ideal de efetividade como instrumento claro e manifesto da busca pela justiça, e o de celeridade como a sua prestação em tempo hábil. Não é exagero associar a necessidade da devida solução dos litígios ao princípio da justiça em comento. Pelo contrário: aquela é intrínseca a este.

3 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO ACESSO À JUSTIÇA E DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Os ilustres doutrinadores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco² definem que *“o acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais”*.

A *Lex Legum* de 1988 prevê proteção clara e expressa ao direito à tempestividade da tutela jurisdicional. É de conhecimento ordinário que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5.º, XXXIV e XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva (adequada e tempestiva). Tais dispositivos revelam o chamado Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Assim dispõem os mencionados incisos:

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

[omissis]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 39.



de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Teori Albino Zavascki aborda a questão do acesso à justiça e da efetividade quando trata do tema “antecipação da tutela”, e leciona³:

“A Constituição Federal, como se sabe, assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais, enfeixados no que genericamente se denomina ‘devido processo legal’. Do conjunto dos referidos direitos, destacam-se dois, que mais interessam ao estudo da antecipação da tutela: o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica. Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória”.

A regra consubstanciada no art. 5º, XXXV, da CF projeta-se no campo da legislação infraconstitucional no art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei (...)”, pois, efetivamente, de nada adiantaria assegurar-se o amplo acesso ao Judiciário se, correlatamente, não se impusesse ao juiz o dever de sentenciar, ainda que diante de obscuridade da lei.

Deve-se ter presente, para bem compreender o alcance do dito dispositivo, dentro de cujo quadro funcional, de direitos e garantias, em que se insere o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em nosso

³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6ª edição. Saraiva: São Paulo, 2008.



sistema constitucional, que não há espaço para fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

Se, pois, de um lado, o sistema jurídico, a partir do próprio texto constitucional, exaure as hipóteses do lícito e do ilícito (CF, art. 5º, II), de outra parte, como nenhuma lesão de direito pode ser subtraída à apreciação do Judiciário, disto se segue que o acesso ao Judiciário, protegido pela Constituição, justamente pelo princípio em tela, normalmente envolverá a utilização de um “instrumento idôneo” à apreciação de uma tal situação, a qual, a seu turno, haverá de estar assentada no texto de lei (constitucional ou não), mercê de cujo lastro aquele que terá acudido a juízo pretende ter razão e, assim, fazer subordinar, pela decisão judiciária, o interesse do demandado ao seu interesse. Por isso é que se pode dizer que esses princípios – ubiqüidade e legalidade – articulam-se, formando como que um verdadeiro binômio.

É, pois, inafastável o controle jurisdicional. E, no exercício desse controle, o juiz procurará sempre resolvê-lo à luz do direito posto pelo Estado, ou seja, pela pauta de valores que foi transformada em condutas havidas como legítimas pelo direito de uma parte, e, de outro lado, haverá de excluir as condutas havidas como ilegítimas pelo próprio direito.

Cumprе ressaltar que todos os cidadãos possuem o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, no art. 8º, I, prevê:

“Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovando o seu texto. O Governo Federal depositou, em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09.11.1992), o Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento de incorporação do tratado foi respeitado em seus mínimos detalhes.

De acordo com as lições de Flávia Piovesan, uma das maiores auto-



ridades sobre o assunto no direito brasileiro:

“A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”.

A E.C. nº 45/2004, que reformou constitucionalmente o Poder Judiciário, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A mesma emenda constitucional acrescentou a alínea “e” ao inciso II do art. 93 da CF/88, estabelecendo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

Dinamarco preleciona que, basta educar os cidadãos acerca de seus direitos e obrigações, para que o Poder Judiciário, no plano político, como órgão de positivação do poder estatal, torne-se o depositário da confiança plena de que a massa de conflituosidade será resolvida pelo processo, com rapidez e eficiência. Sobre a “efetividade do processo”, assevera Dinamarco:

“Por sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.”

A seu turno, Zavaski menciona que:

“O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também genericamente, de acesso à justiça, o direito à ordem jurídica justa – compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”.



4 ENTRAVES PARA O ALCANCE DA EFETIVA PRESTAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A persecução dos ideais de efetividade e celeridade no processo civil brasileiro se consubstancia em árdua labuta, dado que a “máquina estatal” possui graves vícios em sua engrenagem que dificultam a conquista da sociedade em ver tal objetivo alcançado através dos serviços prestados pelo Judiciário.

A efetividade do processo e a celeridade do procedimento são preocupações constantes dos juristas, e especialmente do legislador infra-constitucional reformista, desde as modificações normativas instituídas pela Lei nº 8.592/94⁴ até as atuais. Todavia, em função da aplicação indiscriminada de tais institutos, os escassos estudos científicos demonstram que os princípios autocríticos-discursivos do processo podem vir a ser substituídos por uma efetividade e celeridade ditadas pelo Estado-Juiz, por meio de uma jurisdição protetora e garantista da aplicação dos conteúdos da lei, à margem dos destinatários da norma.

Nesta esteira, para desmistificar essa ideia de que a denominada “efetividade do processo com celeridade em sua tramitação” está vinculada a uma urgencialidade na prestação jurisdicional, busca-se ressemantizar os institutos jurídicos do processo, da jurisdição, da efetividade (como um princípio característico da jurisdição), da legitimidade das decisões judiciais e do princípio do devido processo legal, indispensáveis à compreensão do Estado Democrático de Direito na pós-modernidade. Conclui-se que, em uma cognição plenária, a integral aplicação dos princípios autocríticos-discursivos da processualidade democrática, isto é, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, é a única técnica jurídico-processual capaz de permitir que as questões de fato e de direito controvertidas em Juízo sejam efetivamente definidas, porquanto é impossível afastar a estrutura normativa procedimental do modelo constitucional de processo que lhe deve ser inerente, evitando, ainda, a prática viciada que produz lentidão na prestação jurisdicional.

⁴ Desde 1994, com a introdução no ordenamento jurídico da Lei nº 8.952, passando pela Emenda Constitucional nº 45/04, especialmente com as últimas reformas processuais introduzidas no ordenamento jurídico pelas Leis nº 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.341/06 e 11.382/06, dentre outras.



A ideia de que o processo seja moroso em virtude da lei e de que não propicia, no tempo (cronológico) devido, uma eficaz fruição do bem da vida pretendido pelos litigantes em Juízo, levou o legislador reformista a aprovar a Emenda Constitucional nº 45/04 e diversas leis infraconstitucionais, visando constitucionalizar a necessidade de razoabilidade na duração do processo com celeridade em sua tramitação.

Outros, também, são os entraves para que se obtenha a qualidade da prestação jurisdicional em tempo razoável. Problemas que vão desde a quantidade insuficiente de juízes e servidores na ativa para que haja a prestação eficaz do serviço público; falta de equipamentos (computadores, salas, materiais de expediente, em geral); acumulação indevida de cargos públicos; até os casos em que o juiz não comparece à sua comarca em todos os dias e horários obrigatórios, limitando-se a cumprir parte do expediente devido e, assim, contribuir para o acúmulo de processos.

5 O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO COMBATE À MOROSIDADE E INEFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO: “META 2”

Na tentativa de diminuir os problemas sofridos pela população quando da ineficiência e morosidade do Judiciário em cumprir com seus deveres, buscam-se alternativas e programas de incentivo. Todas as vias eleitas são utilizadas para minimizar a descrença da sociedade no processo judicial.

Pensando nisso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem elaborando metas e programas a serem cumpridos para a solução dos entraves elencados e o aumento da credibilidade da Justiça Brasileira perante os cidadãos que dela fazem uso.

O CNJ é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília-DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça.

Dentre os programas adotados, um merece destaque por sua relevância e contemporaneidade: a “Meta 2”. A “Meta 2” integrou o conjunto de metas nacionais de nivelamento, que deviam ser alcançadas por todo o judiciário brasileiro durante o ano de 2009, e consistia em identificar os processos



judiciais mais antigos, além de adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º e 2º graus ou tribunais superiores).

No 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado no dia 16 de fevereiro de 2009, em Belo Horizonte (MG), os tribunais brasileiros traçaram 10 metas que o Judiciário devia atingir naquele ano para proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça.

O objetivo era assegurar o direito constitucional à “razoável duração do processo judicial”, o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento.

Neste sentido, os tribunais e associações, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, criaram a campanha “Meta 2: bater recordes é garantir direitos”. Tratou-se de um desafio que o Judiciário devia superar e um serviço que a sociedade merecia receber. As 10 metas nacionais de nivelamento que deveriam ser alcançadas pelo judiciário no ano de 2009 eram:

- 1) Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial;
- 2) Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores);
- 3) Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet);
- 4) Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos;
- 5) Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
- 6) Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento rotinas;
- 7) Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça;



- 8) Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud);
- 9) Implantar núcleo de controle interno;
- 10) Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.

Através de relatório elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias, o CNJ divulgou informações animadoras. Para se ter um indicativo, é importante ressaltar que na chamada “Semana pela Conciliação”, integrante da “Meta 2”, realizada no período de 14 a 18 de setembro de 2009, da qual participaram 46 tribunais, sendo 5 Tribunais Regionais Federais (100% de participação), 15 Tribunais Regionais do Trabalho (63%) e 26 Tribunais de Justiça (96%), ocorreram, ao todo, 98 mil audiências agendadas e quase 70 mil realizadas (70,9%), sendo que dentre estas, 25,6 mil resultaram em algum tipo de acordo (36,8%). Além disso, foram homologados, aproximadamente, R\$ 220 milhões em acordos, o que resultou em uma arrecadação de R\$ 6 milhões em recolhimentos previdenciários (INSS) e recolhimentos fiscais (Imposto de Renda).

A campanha contou, ainda, com uma equipe de 43.219 servidores, entre magistrados, juízes leigos, conciliadores e colaboradores diversos que atenderam a um público de 135 mil pessoas.

Com a implantação da “Meta 2”, o CNJ determinou, por exemplo, que os portais dos sítios eletrônicos dos Tribunais utilizassem uma ferramenta denominada “Processômetro”, criada para acompanhar o cumprimento do julgamento dos processos, e que atualizava as informações sobre o desempenho de cada unidade judiciária (vara, juizado, gabinete de desembargador e de ministro).

A mudança teve como objetivo dar maiores visibilidade e transparência ao esforço realizado pelas unidades judiciárias e identificar possíveis falhas no repasse de informações entre as varas no interior dos estados e a sede do tribunal. O “Processômetro” divulgava dados globais sobre cada tribunal com informações do total de processos julgados em primeira e segunda instâncias.

Até o final de fevereiro de 2010, foram julgados 2.724.277 (dois milhões, setecentos e vinte e quatro mil, duzentos e setenta e sete) processos.

Em que pesem os argumentos favoráveis e a pertinência da



adoção da “Meta 2”, não se pode deixar de alertar para as falhas da referida campanha. Em razão de ter sido exigida uma celeridade fora do comum para o julgamento dos processos estipulados na meta, muitos deles foram julgados de maneira irresponsável.

O que se percebeu ao longo da referida campanha foi uma preocupação exacerbada pelos membros do Judiciário (servidores, juízes, etc.) em resolver todos os processos à todo custo. Muitas vezes, a cobrança era feita de maneira desregulada pelas próprias Corregedorias. Pergunta-se: valeu a pena cumprir com as metas estipuladas em detrimento às lições dos princípios constitucionais e processuais civis?

De nada adiantou tentar resolver as relações jurídicas de maneira rápida, sem, contudo, resolvê-las de forma devida. Para que se preste a justa tutela, é imprescindível que se resguarde o devido processo legal, sem atropelos.

Outro problema gerado, e que se revela em dúvida que permeia aqueles que ingressam e ingressarão na Justiça a fim de alcançar seus interesses, é a incerteza sobre o julgamento dos novos processos. E as tutelas de urgência? Será que o CNJ acredita que o Judiciário será capaz de adequar os objetivos da campanha “META 2” às necessidades que surgem no dia-a-dia?

O grande temor social é o de que a referida campanha tenha se tornado “a única verdade”, ou seja, o único objeto de trabalho do Judiciário, de maneira que os profissionais responsáveis por seu cumprimento não saibam apontar as reais prioridades da sociedade, e resolvê-las por grau de urgência.

Tantas foram as críticas que vários profissionais do direito se acostumaram a chamar a campanha de “Meta 2: bater recordes é ABATER direitos”. Dizem que a política adotada é a velha cartada de varrer a sala e esconder o lixo debaixo do tapete.

Infelizmente, e diz-se isso com base nos exemplos práticos e hodiernos, é tarefa tortuosa a de idealizar um processo com efeitos imediatos, dadas as inúmeras deficiências existentes. Hoje em dia, quando o processo é resolvido rapidamente, não assegura o objeto ao qual deveria se prestar. E quando a prestação se dá nos limites devidos, invariavelmente se mostra ineficaz pela intempestividade. A efetividade obsta, de certa maneira, à segurança. Essa fugacidade não lhe é peculiar, devendo-se sempre dispor de razoável prazo para a produção das provas necessárias a formar o convencimento do juiz. Entretanto, o grande problema está justamente em



caracterizar o que pode ser aceito como *prazo razoável*, para que as dilações indevidas do processo não o desnaturem, tornando-o instrumento ineficaz na busca dos direitos.

6 CONCLUSÕES

Do quanto sobredito, permite-se afirmar que os problemas da morosidade e inefetividade do Poder Judiciário são maiores do que se supõe, e que quanto mais programas, metas e cobranças sociais forem feitos, o trabalho para a atenuação dessas dificuldades estará sendo igualmente realizado.

É sabido que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se nisso, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta.

Para a plenitude do acesso à justiça, importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica.

A "Meta 2" foi uma campanha que trouxe trazendo benefícios claros para a sociedade, na medida em que impôs determinações para o cumprimento da atividade jurisdicional pelo Estado. Contudo, é necessário que seus frutos sejam colhidos com responsabilidade por parte daqueles aos quais incumbe o poder-dever jurisdicional. Infelizmente, é através dessas ações que percebemos o quanto ainda estamos atrasados em níveis de organização e atendimento, e que não será uma campanha isolada o instrumento responsável pela mudança que se necessita.

O que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam pronunciamento decisório conclusivo em prazo razoável, evitando-se dilações indevidas no processo (leia-se procedimento), resultantes dos períodos prolongados em que não são praticados atos no processo ou o são fora da previsão legal do



tempo em que devem ser realizados, em desobediência aos prazos previstos no próprio Código e impostos ao Estado, ao prestar o serviço público jurisdicional que monopoliza.

Entendemos que com um maior zelo no exercício regular de suas funções, todos (juízes, servidores, advogados, defensores, membros do MP, partes, terceiros, etc.) poderão contribuir para que se gaste o tempo necessário na resolução das questões de maneira justa e devida, assimilando a essência do trinômio da celeridade, efetividade e qualidade da prestação jurisdicional.

Talvez o panorama mude significativamente a partir da implementação do processo digital, eletrônico, que já vem trazendo benefícios claros e encurtando distâncias processuais. Não se pode olvidar a imperiosa atenção a ser dedicada ao tema, o qual, com absoluta certeza, é matéria para uma ulterior e profunda abordagem.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2001, p. 11.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 01: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: Jus Podium, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6ª edição. Saraiva: São Paulo, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros



Editores, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial**, Brasília, 05 out. 1988.

“Meta 2”, Relatório da. **Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/hotsites/relatorio_cnj_formato_cartilhav2.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2010.

GOMES, Victor André Liuzzi. **O princípio da efetividade e o contraditório**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5789>>. Acesso em: 27 nov. 2009 .

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

“META 2”: CRITICAL BOARDING ON THE RAPIDITY OF THE PROCESS AND THE EFFECTIVENESS OF THE JUDGEMENT

ABSTRACT

It is known that the Judiciary Power possess duties in the exercise of its functions. The main one of them, which is, power-having jurisdictional, consists of deciding the situations in fact and of right that configures in conflicts characterized for a resisted pretension (process). It occurs that the actions at law are each time more accumulating, either due to structure (equipment, staff, etc.) or of functional importance of the citizens that com-



pose its diverse agencies, without is given to the jurisdictional guardianship in time and way. “Meta 2” is a program adopted for the National Advice of Justice, in 2009, to try to minimize the problems suffered for the Judiciary one. The rapidity of the process and the effectiveness of the judgement are part-key to reach a Justice of quality, and are through the analysis of the importance of such elements, as well as the real necessity of efficient utility installment (and its unfoldings), that it searches to transmit the relevance of the adopted measures to improve the satisfaction of the citizen.

Keywords: Judiciary power. Process. Constitutional principles. Rapidity. Effectiveness of the judgement. Impediments. Measures. National Advice of Justice. “Meta 2”.



O DIREITO À ALIMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Gustavo Henrique Freire Barbosa

Acadêmico do 9º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

Alimentar-se é uma das necessidades biológicas mais essenciais de qualquer ser vivo. Analisada tendo como objeto o ser humano no contexto social e político no qual vive, seus desdobramentos passam a se arrimar não apenas nas ciências biológicas, mas também em outras ciências como a sociologia, a economia e também o direito, que buscam identificar a fome e seus efeitos enquanto mazela social que transpõe a pessoa do vitimado e projeta efeitos que afetam toda a coletividade. Deve-se analisar a necessidade de alimentação do homem não apenas em sua condição ser vivo, para cujo fim é apenas a sobrevivência, mas como agente social e cidadão situado em um contexto político-jurídico onde, após a constitucionalização da alimentação como direito fundamental, tornou-se imprescindível a atuação do Estado de maneira mais incisiva para o saneamento das causas e conseqüências desse problema que aflige populações de todo o mundo.

Palavras-chave: Fome. Alimentação. Direito fundamental.

"A fome dos outros condena a civilização dos que não têm fome".
(Dom Hélder Câmara)

1 INTRODUÇÃO

O conceito clássico de direitos fundamentais, desde o seu nascedouro em berços revolucionários liberais, lapidou-se consoante as demandas históricas e sociais a ponto de, transcendendo as fronteiras do individualismo, abranger, com o passar do tempo, também direitos de cunho social e coletivo. Mudou-se assim a postura do Estado ante os seus administrados, postura esta sem quaisquer arreios nos regimes absolutistas imperantes nos idos pré-revolucionários e, no pós-revolução burguesa (1789) até meados do século XX, abstinentes no que tange à ingerência nos direitos do cidadão em virtude da consagração do ideário liberal, tônica regente dos modelos democrático e republicano, contrapondo-se à arbitrariedade e à insegurança geradas pelo personalismo abusivo e centralizador do modelo absolutista. A omissão do Estado era sinônimo de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, existentes apenas em sua primeira dimensão.

Todavia, a insuficiência conceitual de direitos fundamentais enquanto limitados à seara da individualidade ficou evidente no início do século XX, visto que os anseios mais fundamentais do cidadão não mais se resumiam à garantia de sua autonomia privada. Novas variáveis sociais, políticas e econômicas exigiam a reformulação funcional do Estado, despindo-se de sua postura tradicional fundada apenas no liberalismo para, assim, adequar-se ao novo plexo de relações sociais que, mais complexas e nuançadas que outrora, demandavam um Estado mais coerente com o seu desenvolvimento e com a crescente complexidade da sociedade contemporânea. Assim, ganharam os direitos fundamentais, antes resumidos à salvaguarda da individualidade do cidadão contra eventuais arbítrios estatais, uma nova conceituação histórica cujo arcabouço se fundava tão somente na igualdade; igualdade afirmativa, isonomia substancial, material e voltada à resolução dos novos problemas que, originários de crises sociais e econômicas, passaram a urgir imediatas soluções estruturais, mormente por parte do Estado.

Institucionalizaram-se, então, os ditos *direitos sociais*, consubstanciados na postura interventora do aparato estatal na sociedade no sentido de prover os cidadãos de condições mínimas de dignidade e desenvolvimento, sem macular os já consolidados direitos individuais atinentes à liberdade. Mais



do que garantir a segurança do cidadão quanto ao voraz ímpeto estatal, passou o Estado também a atuar de forma positiva, criando condições e oportunidades aos cidadãos de modo a verem materializados os seus direitos fundamentais relacionados às suas necessidades mais primárias, como a moradia, a saúde, a educação e a alimentação. O Estado Social representado pela Constituição de Weimar (1919), pelas políticas keynesianistas no pós-crise de 1929 e pelo modelo de bem-estar social (*Welfare State*) implementado também no contexto pós-Grande Depressão são exemplos desta nova faceta institucional dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 também deu destaque ao papel do Estado enquanto ente responsável por promover os direitos fundamentais dos cidadãos. Com sua promulgação e emendas posteriores, trouxe positivados direitos fundamentais tanto individuais como coletivos, além dos difusos e transindividuais, enumerando em seu artigo 6º os seguintes direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e, recentemente, também a alimentação, ganhando efetivo *status* de direito fundamental com a promulgação da EC nº 64 no dia 5 de fevereiro de 2010 que modificou a redação do aludido dispositivo da Constituição ao incluir o direito à alimentação no rol de direitos sociais¹, entronando, mesmo que tardiamente, um direito de imensurável valor e importância no combate à toda a gama de vicissitudes sociais engendradas pela fome, mazela mais primitiva e tradicional que acomete a população do nosso País.

2 PANORAMA DA FOME NO BRASIL E NO MUNDO

O problema da fome não se constitui em um fenômeno de expressão puramente regional, limitado a determinadas zonas do mundo – o Extremo Oriente e a África; é fenômeno geograficamente universal, abarcando todos os continentes (CASTRO, 2003, p. 76). Segundo relatório da FAO – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – publicado em 2009, há mais de *um bilhão* de pessoas famintas no mundo, encontrando-se um sexto

¹ A nova redação do artigo 6º, então, passou a ser: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."



da sua população em estado de subnutrição. Esta cifra, inédita em decorrência da crise econômica mundial iniciada ao final de 2008, impulsionou o crescimento do número de esfomeados no planeta, em que pese o progresso na redução da fome ocorrido na década de 80 e na primeira metade da década de 90, também segundo a FAO.

No Brasil, inobstante os bem sucedidos resultados oriundos das políticas públicas de combate à miséria nos últimos anos, ainda há uma fatia significativa da população em estado de subnutrição alimentar. Na última pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE –, constatou-se que, à época da pesquisa, 18 milhões de brasileiros viviam em estado de insegurança alimentar, dos quais 3,4 milhões em sua forma grave, compreendendo famílias que passaram fome ao menos uma vez dentro de 90 dias.

3 CLASSIFICAÇÃO ONTOLÓGICA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

O direito à alimentação, como já observado, reveste-se ontologicamente da qualidade de direito fundamental de índole social, classe de direitos a qual possui pinacular importância na implementação do Estado Democrático de Direito enquanto ente promotor de políticas afirmativas visando à nivelção da população a uma vida digna e com igualdade de oportunidades, principalmente ao se tratar dos cidadãos mais necessitados e marginalizados nos processos históricos de desenvolvimento. Apesar de só recentemente o direito à alimentação ter sido inserido no rol de direitos sociais do art. 6º, não foi com ares de ineditismo que o referido dispositivo veio a mencioná-lo em nossa Constituição. Seu art. 7º, IV, por exemplo, preleciona que a alimentação é uma das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, devendo o salário mínimo ser suficiente para atendê-la.

O art. 208, VII, por sua vez, observa que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O art. 212, §4º, assevera que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no supracitado art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, garantindo meios para sua efetivação. Nessa esteira de institucionalização esparsa e pouco consolidada do direito à administração em



nossa ordem constitucional, o art. 227 deixa claro que, dentre os absolutamente prioritários deveres da família, da sociedade e do Estado ante a criança e o adolescente, tais quais a vida, a saúde, o lazer, a cultura, a profissionalização e a educação, está também a obrigação de assegurá-los a devida alimentação.

Sua nova condição em nosso ordenamento, agora institucionalizado sob a égide do artigo 6º e amparado pela vetusta classificação de direito – fundamental - social, tem o relevante papel de, mais do que formalizar categórica e definitivamente o direito à alimentação, oxigenar toda a gama de direitos constitucionais dele decorrentes, dando-lhes maiores força e aplicabilidade no caso concreto uma vez que estão doravante arrimados em um direito fundamental de segunda dimensão. Sua menção no artigo 6º, de fato, não foi inédita, mas ao direito à alimentação, além do seu recém-adquirido *status*, foi-lhe concedido um inédito papel em nossa sistemática constitucional, representando maiores legitimação, importância, função, carga axiológica e dever de observância e regulamentação, estes aspectos sim ausentes até então em nossa Lei Maior quando se trata do direito de se alimentar dignamente. Ademais, sua materialização direta tornou-se imperiosa em face do disposto no §1º do artigo 5º da CF, o qual deixa claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, impedindo, desta forma, tergiversações de cunho normativo ou político que poderiam eventualmente frustrar a atuação do Estado na elaboração de políticas públicas de combate à fome.

3.1 Direito à alimentação e isonomia substancial

Os direitos sociais dizem respeito aos direitos de segunda dimensão, a saber, os direitos relacionados à “igualdade” da clássica tríade revolucionário-liberal. Igualdade em sentido material, positivo, cuja efetivação não ocorre através das veredas da abstenção estatal, percorridas apenas para a consecução dos direitos concernentes à liberdade, direitos de *status negativus*, de caráter não afirmativo, nos quais a consumação é atingida com a livre conduta do cidadão ante o Estado e as leis - desde que, naturalmente, inserida na moldura prescrita por estas últimas. Nesse ponto, a obrigação do Estado se atém a respeitar as condutas pautadas dentro da legalidade, não frustrando os direitos e garantias individuais do cidadão que compreendem os direitos civis e políticos cujo escopo se resume a tolher o ímpeto arbitrário estatal em ingerir indevidamente na individualidade dos seus administrados.



Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2006, p. 563-564).

Os direitos sociais, de seu turno, compreendem os direitos culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou das coletividades (BONAVIDES, 2006, p. 564), ligados de forma umbilical ao conceito de igualdade substancial no sentido de alguns setores da sociedade serem legitimados a receber tratamento diferenciado do Estado na medida de sua hipossuficiência.

Atrelam-se os direitos sociais, então, ao conceito de isonomia ou de igualdade substancial que, por sua vez, traz intimamente consigo o dever do Estado em agir sob o prisma de medidas afirmativas com tratamento especial e diferenciado àqueles que necessitam de melhor atenção por sua parte, geralmente desfavorecidos em sua dignidade social. A sempre lembrada afirmação do art. 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão positivou o apanágio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito, firmando uma igualdade jurídico-formal no plano político, de natureza negativa, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe (SILVA, 2008, p.214). Essa espécie de igualdade veio a gerar desigualdades econômicas, uma vez fundada em uma concepção individualista do homem para o qual os direitos quanto ao Estado se limitavam à não intervenção deste em sua individualidade enquanto cidadão. A igualdade que leva em conta as necessidades específicas e as distinções dos grupos e classes sociais – a dita isonomia substancial ou material – veio exatamente contrapor tal espécie de isonomia formal e abstrata. Assim aduz José Afonso da Silva:

Aristóteles vinculou a *idéia de igualdade* à *idéia de justiça*, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é *satisfeita pelo legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais*. Cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário, sê-lo-ia, porém, se os escravos ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo, prevalece



esse critério de igualdade, uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais (2008, p.213).

A posituação do direito à alimentação consolida ainda mais a inofismável relevância constitucional dos direitos sociais, mormente em épocas nas quais a função do Estado como ente executor de políticas afirmativas e interventoras da na seara sócio-econômica vêm sendo bastante discutida tanto na academia como por nossos agentes políticos, pautados não raro por concepções ideológicas que mascaram a verdadeira importância da aplicabilidade dos direitos sociais em uma sociedade tradicionalmente marcada pelas mais tacanhas e inaceitáveis vicissitudes sociais. Discute-se desde longa data se é com a abstenção do Estado em atuar em setores como a economia que será possível sanar as mazelas e desigualdades seculares do País. A resposta nos parece óbvia².

² Argemiro J. Brum (2006, p.465) advoga a tese de que “a redefinição do papel do Estado brasileiro implica a redução das funções que lhe foram atribuídas no passado recente, sobretudo a partir da década de 1930. A tendência é reduzir progressivamente sua atuação e seus investimentos nas áreas econômicas e aumentá-los nas áreas sociais”. Entendemos que os prognósticos do Prof. Brum, se realizados à luz da atual conjuntura econômica nacional e internacional, devem ser encarados com as devidas ressalvas. Acontecimentos recentes, como a descoberta do Pré-Sal e a crise econômica mundial, consideradas por muitos a maior desde a crise de 1929, deram nova roupagem ao papel do Estado também no que tange às questões econômicas, voltando aos olhos para uma postura mais caracterizada pela intervenção na economia através da regulação de recursos minerais de interesse nacional bem como de políticas como a diminuição dos juros, liberação de crédito, regulação de preços e diminuição de alíquotas tributárias com fito a estimular o consumo, principalmente nas classes menos favorecidas financeiramente e, assim, diminuir os impactos da crise na economia nacional. São estas as conclusões que se pode retirar do artigo “Do Estado neoliberal ao Estado neo-social” do Prof. Paulo Bonavides, publicado em meio ao clímax da referida crise. Nele, o renomado catedrático da Universidade Federal do Ceará alude que, no epicentro da crise e após toda uma década de predominância da ideologia neoliberal, “o que poderia parecer ato póstumo de liturgia política para deplorar uma forma de Estado quase desaparecida depois de legar à democracia constitucional os direitos da segunda geração (a saber, os direitos sociais) veio a ser, no seu significado mais alto, a festa de uma ressurreição”, concluindo que “em substituição do Estado neoliberal, renasce, portanto, numa alvorada de esperanças, o Estado social, que o neoliberalismo supunha desde muito extinto e sepultado no sarcófago das revoluções malogradas”.



4 PRINCÍPIOS NOS QUAIS SE FUNDA O DIREITO À ALIMENTAÇÃO

4.1 Direito à vida

O direito à vida não pressupõe apenas o direito de não ser morto, privado da vida pela ação de outrem. Tal direito compreende, além do direito de continuar vivo, o de ter também uma vida digna. Esta última concepção do direito à vida tem como desdobramento a garantia das necessidades vitais do ser humano, vedando qualquer tratamento indigno decorrente tanto de condutas comissivas – como a tortura, penas de natureza perpétua e trabalhos forçados – como de omissivas, consubstanciadas na omissão do Estado em seu dever de garantir e efetivar condições que confirmam um mínimo de dignidade à vida do cidadão.

É exatamente nesse contexto que o direito à alimentação se consolida como direito fundamental, uma vez que não há como se visualizar uma vida digna sem um consumo mínimo de propriedades nutritivas que propiciem a realização das demais atividades que, por sua vez, também se aglutinam na consecução de uma vida pautada na dignidade da pessoa humana, como o trabalho e o lazer.

Nos dizeres de Josué de Castro (2003, p. 77), ao lado dos casos de fome total, de real inanição, há os de fome parcial, resultante da carência, no regime normal, de certos princípios nutritivos indispensáveis à vida. Nesse diapasão, calha frisar, consoante os ensinamentos do mestre pernambucano, que existem duas formas de morrer de fome: não comer nada e definhar vertiginosamente até a morte, ou se alimentar de maneira imprópria e entrar em um regime de carências ou deficiências específicas capaz provocar um estado que, de seu turno, pode também conduzir à morte. A fome crônica ou parcial, em face de suas repercussões sociais e econômicas, constitui-se mais grave que a fome total, levando silenciosamente ao fim várias populações do mundo. Combater a fome é uma das formas mais elementares de garantir o direito à vida. O direito a se alimentar, então, possui elo umbilical com o direito à vida, sendo aquele forma imprescindível de efetivação deste.

4.2 Direito à dignidade da pessoa humana

Fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é um dos macroprincípios cujas luzes não deixam qualquer



penumbra em nosso ordenamento jurídico. É um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, não podendo se reduzir seu sentido à defesa dos direitos pessoais tradicionais, olvidando-a nos casos de direitos sociais (SILVA, 2008, p.105).

Todo o substrato político, ideológico, social e jurídico de nossas leis bebe na fonte da dignidade da pessoa humana, cujo desrespeito se figura como algo teratológico, aberrante e inaceitável. Dela brotam toda uma série de princípios e subprincípios, disciplinados e vinculados à *alma mater* que os dá vida e força para lhe representarem em cada nuance do direito individualmente considerada. O direito à vida, ao trabalho, à privacidade e o direito de ir e vir, por exemplo, estão intrinsecamente ligados à persecução de uma vida minimamente digna.

Se praticamente todos os direitos dos cidadãos possuem inofismável influência, direta ou indireta, do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, então, confundem-se em sua essência com tal axioma principiológico. A concepção de Estado Social volta-se de maneira diuturna à materialização deste princípio no âmbito da sociedade, sendo a busca dos direitos sociais a coroação prática do princípio da dignidade humana em sua projeção coletiva; difícil imaginar uma vida plenamente digna sem educação, e mais incapaz ainda se conceber dignidade na ausência de saúde e dos serviços públicos que a viabilizem preventiva ou repressivamente; a moradia, então, requisito imprescindível à construção do lar familiar, do lugar onde dormir, repousar, proteger-se e gozar de privacidade e segurança, compreendem necessidades e valores que, juntos, entronam a dignidade da pessoa humana como motriz deste direito social. Inconcebível também imaginar outro fundamento ao lazer que não uma vida digna e saudável do ponto de vista psicológico e até mesmo físico, assim como não é possível observar o direito à segurança, em sua proteção à vida, à incolumidade física e à propriedade destoadada da finalidade de se perseguir a dignidade da pessoa humana, o mesmo acontecendo com a proteção à dignidade e à infância e à assistência aos desamparados, direitos cujo escopo consiste exatamente em trazer melhores condições de vida aos mais necessitados.

O direito à alimentação, tais quais os direitos correlatos acima arrolados, da mesma forma possui a dignidade da pessoa humana como seu corolário. Uma vida sem alimentação não pode ser digna. Não é viável o desenvolvimento físico, moral e psicológico se a fome ocupa o corpo e o espírito de sua vítima. De nada valem políticas públicas de inclusão social, de promoção do trabalho, de acesso ao ensino e de construção de moradias, por



exemplo, se a fome acomete àquele a quem se direciona tais ações afirmativas, impedido de gozá-los em sua plenitude em função do flagelo que corrói suas vísceras e o degenera física e mentalmente.

4.2.1 Os primitivos efeitos da fome

O ponto de partida para a fruição de todos os direitos, sejam individuais, civis, políticos, coletivos ou sociais, é justamente um desenvolvimento físico e mental que possibilite o seu ideal exercício. O estado mais agudo de subnutrição não compromete apenas o corpo, causando danos indelévels também à mente, à sensibilidade dos sentidos, ao comportamento e à maneira do ser humano reagir aos mais cotidianos acontecimentos do ambiente que o rodeia.

No contexto social, é inviável ao acometido pela fome aguda uma inserção regular nas relações sociais em virtude de, paralela à sua degeneração física, haver uma considerável insensibilidade aos valores morais que permeiam a sociedade e cuja observância é obnubilada pela primitiva e vital necessidade de se alimentar. O ser humano, reduzido pela extrema fome a sua condição mais animalesca, vez que regido pela precípua necessidade mais de atender aos clamores de seu estômago, passa a se encontrar em um estado de temerosa degradação que o impede completamente de balizar sua conduta nas mais reles convenções sociais que conduzem a vida em sociedade. Em uma das passagens mais tocantes de sua obra, Josué de Castro, define com assustadora precisão as implicâncias biológicas e comportamentais do ser humano quando inserido na expressão mais extremada e lamentável da fome. Oportuno reproduzir parte considerável do trecho no qual discorre o autor de maneira sintomaticamente detalhada sobre os nefastos efeitos da fome sobre a mente do homem:

No começo, a fome provoca uma excitação nervosa anormal, uma extrema irritabilidade e, principalmente, uma exaltação dos sentidos que se animam num elã de sensibilidade ao serviço quase exclusivo das atividades que permitem obter alimentos e, portanto, satisfazer o instinto mortificado da fome. Entre os sentidos, os que sofrem o máximo de excitação são os da visão e do olfato, os que podem melhor orientar o faminto na procura de alimento. Neste momento, o homem se



apresenta, mais do que nunca, como um verdadeiro animal de rapina, obstinado na procura de uma presa qualquer para acalmar sua fome. É nessas ocasiões que surgem nessa região do Brasil, seus famosos bandidos. Nesta fase desaparecessem todos os outros desejos e interesses vitais, e o pensamento se concentra exclusivamente nas possibilidades de encontrar alimento, não importa nem por que meio nem com que riscos. É a obsessão do espírito polarizado para um único desejo, concentrado em uma única aspiração: comer. A esse período de exaltação se segue um período de apatia, de depressão, de náusea e de extrema dificuldade de concentração mental. Nesses limites, já muito perigosos para a segurança do espírito, a personalidade se desagrega, e as reações normais e todas as solicitações do meio exterior sem relação com o fenômeno da fome se extinguem pouco a pouco. Nessa desintegração do eu desaparecem as atividades de autoproteção e controle mental, e, finalmente, o indivíduo perde totalmente todos os escrúpulos e inibições de ordem moral. Assim, com a consciência extinta, o conflito inconsciente prossegue, entre as forças da satisfação do instinto de nutrição e as forças dirigidas pelos outros interesses humanos (2003, ps.78-79).

Dessa forma, o pressuposto para uma vida digna além do ponto de vista biológico, mas também do social, tem como instrumentos o direito e a garantia a uma alimentação que preencha todas as necessidades físicas com o mínimo de nutrientes que garantam ao cidadão não apenas realizar as simples tarefas diárias que demandam algum esforço físico e controle mental. Tem-se então que a realização de ações simples e cotidianas, por mais que pouco exigentes do ponto de vista mecânico, físico e mental, é impossibilitada pela presença da fome, que em sua manifestação derradeira caracteriza a inanição, sinônimo objetivo de fraqueza física em decorrência de carências nutritivas essenciais à vida.

4.3 Direito ao desenvolvimento

O direito ao desenvolvimento, por óbvio, também se alicerça na



dignidade da pessoa humana. Situado dentre os direitos de terceira dimensão, atinentes à fraternidade e relativos aos direitos difusos e coletivos³, o direito ao desenvolvimento, que tem por destinatário direto o gênero humano em sua expressão global, eiva-se simplesmente do “caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, 2006, p.569).

Conforme alhures atestado, a garantia legal do desenvolvimento social, físico e psíquico do ser humano irradiada por várias normas constitucionais e infraconstitucionais não passará de um aforismo normativo sem qualquer aplicabilidade se não tiver como pressuposto um consumo mínimo de nutrientes que a possibilite. Além do ponto de vista biológico, as implicações da falta de uma alimentação condizente com as necessidades do corpo humano têm efeitos avassaladores também no âmbito das relações sociais, consoante também já observado. O desenvolvimento regular e individual do homem enquanto agente social funda-se exatamente nas expressões social, física e mental, estando incompleto se insuficiente em qualquer delas.

Assim, não se visualiza em nenhuma hipótese a coexistência do direito ao desenvolvimento com um quadro de acentuadas carências alimentares, dissonantes em sua essência à máxima popular “mente sã em corpo são”. Densificando esse ponto de vista, convém trazer os ensinamentos do Prof. Paulo Bonavides, para quem “o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya⁴, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa expressão ao trabalho, à saúde e à *alimentação adequada*” (2006, p. 570, grifo nosso).

4.4 Princípio da igualdade

O art. 5º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse dispositivo, todavia, não deve ser interpretado com demasiado apego ao formalismo ao dele aferir somente o

³ A doutrina comumente identifica cinco direitos da fraternidade ou de terceira dimensão: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

⁴ Etienne-Richard Mbaya, renomado professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colômbia.



conceito de *igualdade formal*, negativa, individual, nascida e consagrada nas premissas iluministas do liberalismo clássico. Por mais que uma leitura açodada de tal preceito nos leve a crer que seu conteúdo abarque apenas a noção de igualdade formal perante a lei, edificada na sua igual aplicação a todos, sem regalias ou desfavores a indivíduos, classes, segmentos ou grupos sociais, esta interpretação contraria frontalmente o espírito da nossa Carta Magna, que propugna a busca da igualdade também por via da ação. A igualdade em sua expressão constitucional pode ser dividida em formal e material⁵, sendo esta última inerente às prerrogativas de um Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos e sociais e garantidor de uma igualdade real e concreta. Portanto, “deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado” (BONAVIDES, 2006, p.376).

A igualdade substancial só é possível ser alcançada através das chamadas discriminações positivas - ou *affirmative actions* - por parte do Estado, principalmente se levarmos em conta o teratológico histórico de desigualdades sociais do País, desigualdades estas geradoras de fome e miséria em seus estados mais inaceitáveis. Nas palavras de Darcy Ribeiro (1995, p.210), no Brasil “as classes mais ricas e as pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam os povos distintos”. Prossegue o saudoso mestre da antropologia brasileira expondo as vísceras das seculares desigualdades sociais do Brasil:

A estratificação social gerada historicamente tem também como característica a racionalidade resultante de sua montagem como negócio que a um privilegia e enobrece, fazendo-os dono da vida, e aos demais subjugua e degrada, como objeto de enriquecimento alheio. Esse caráter intencional do empreendimento faz do Brasil, ainda hoje, menos uma sociedade do que uma feitoria, porque não estrutura a população para o preenchimento de suas condições de sobrevivência e de progresso, mas para enriquecer uma camada senho-

⁵ A definição de igualdade material é perfeitamente retratada na emblemática *Oração aos moços*, de Rui Barbosa, onde, inspirando-se nos ensinamentos clássicos de Aristóteles, eterniza o que se tornou o âmago conceitual desta espécie de liberdade: *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*.



rial voltada para atender as solicitações exógenas (1995, p.212).

Outro fundamento das ações afirmativas do Estado, analisado também sob uma perspectiva histórica, é o seu viés compensatório no sentido de proteger determinados grupos sociais que, vitimados por uma realidade de marginalização e exclusão social decorrente, dentre outros fatores, da não concretização da *igualdade de oportunidades* que possibilitaria sua ascensão social, vêem-se excluídos de gozar de seus direitos mais fundamentais (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2006, p.93). Esta exclusão histórica que os impede de desenvolver-se e, muitas vezes, de alimentar-se, exige uma indiscutível ingerência estatal por meio da execução de políticas viabilizadoras dos direitos sociais encontrados no art. 6º da Constituição Federal.

Os direitos sociais, mais do que legitimados por uma Constituição que apregoa claramente em seu artigo 3º, inciso III, o papel do Estado na erradicação da pobreza e da marginalização bem como na redução das desigualdades sociais e regionais, trazem consigo a idéia de uma igualdade substancial atrelada à necessidade de transformação da realidade social do País. Necessitam, pois, de instrumentos que os executem e os impeçam de se tornarem infrutuosos e decorativos arremedos normativos situados apenas no plano normativo e abstrato, sem qualquer aplicabilidade prática.

4.4.1 Efeitos sociais da fome

Conforme já observado anteriormente, a fome não possui apenas implicações individuais, mas também coletivas. A degradação física e moral engendrada por estados de subnutrição crônica, mais do que fator de desestabilização social, levando pessoas a, guiadas pelo instinto de sobrevivência, cometer atitudes extremas em virtude do estado de escassez e penúria ao qual estão submetidas, também afetam a sociedade como um todo ao influenciar, por exemplo, as economias nacionais e regionais. Recorrendo novamente à cátedra de Josué de Castro (2008, p.267), cujos escritos serviram de incontestes alicerces à elaboração deste trabalho, a economia do Brasil, orientada a princípio pelos colonizadores europeus e depois pelo capital estrangeiro, voltou-se à expansão de uma agricultura extensiva de produtos exportáveis ao invés de uma agricultura intensiva de subsistência, capaz de matar a fome do nosso povo. Ademais, o pernicioso ciclo “não come porque não trabalha, não trabalha porque não come” sintetiza as conseqüências da fome sobre a



força de trabalho bem como reafirma o trabalho humano – cuja valorização com fins de assegurar a todos uma existência digna é um dos princípios de nossa ordem econômica nos ditames do artigo 170 da Constituição Federal - como atividade meio imprescindível à obtenção de recursos para a compra de mantimentos indispensáveis à vida e, paralelamente, ao desenvolvimento e consolidação das economias locais⁶. Acintes à sociedade na forma da provocação de sua insegurança e sua instabilidade aparecem como resultados fatais desse contexto de exclusão social e marginalização.

Aviltando as populações e diversos países, entervando sua produção, restringindo seu poder de compra, provocando a instabilidade política e a inquietação social, a fome tornou-se, sem nenhuma dúvida, o sabotador mais ativo da paz no mundo atual. Sua ação social negativa não se limita às regiões onde ela se vicia, mas seus efeitos vão bem mais longe e repercutem com intensidade sobre a economia e a vida política de todas as nações. As populações cronicamente famintas, por sua fraca capacidade de produção e por seu poder de compra quase nulo, constituem massas parasitas que pesam bastante em um dos pratos da balança da economia

⁶ Repise-se que assegurar o direito à alimentação é também assegurar de forma reflexa direitos como a educação e o trabalho, além de implicar em consequências que acabam por surtir nas relações econômicas a curto, médio e longo prazo. Estas consequências da concretização do direito à alimentação não devem ser analisadas de forma simplória, pois trazem subjacente todo um inexorável encadeamento de efeitos positivos que repercutem na sociedade e na economia como um todo. A edição de Abril de 2010 da revista *Le Monde Diplomatique Brasil* traz às folhas 18 e 19 um artigo intitulado *Os Dez Mandamentos revistos e atualizados*, do qual um trecho interessa particularmente a esta tese: “A ONU (Organização das Nações Unidas) calculou no ano 2000, que custaria US\$ 300 bilhões tirar da miséria um bilhão de pessoas que vivem com menos de um dólar por dia. São custos ridículos quando se considera os trilhões transferidos para grupos econômicos no quadro da última crise financeira. O benefício ético é imenso, pois é inaceitável a morte de 10 milhões de crianças por ano devido a causas ridículas. O benefício a curto e a médio prazo é grande, na medida em que os recursos direcionados à base da pirâmide dinamizam imediatamente a micro e pequena produção, agindo como processo anticíclico, como se tem constatado nas políticas sociais de muitos países. No mais longo prazo, será uma geração de crianças que terá sido alimentada decentemente, o que se transforma em melhor aproveitamento escolar e maior produtividade na vida adulta. A teoria, tão popular, de que o pobre se acomoda se receber ajuda, é simplesmente desmentida pelos fatos: sair da miséria estimula, e o dinheiro simplesmente é mais útil onde é necessário”.



mundial. Além disto, constituem centros de agitação social contínua e de explosões desordenadas de revoltas improdutivas, de verdadeiras crises de nervos de populações neurastênicas e carentes de vitaminas (CASTRO, 2003, p. 83).

A atuação da fome enquanto fator de desequilíbrio social pode ocorrer de diversas maneiras. Seu primeiro efeito desagregador reside no fato de que o grupo humano submetido à periódica ou permanente ação da fome perde sua capacidade criadora, mesmo que os indivíduos que o compõem sejam hereditária e constitucionalmente capazes assim como intelectualmente superiores (CASTRO, 2003, p.82).

A impossibilidade de se alimentar dignamente não raro também é responsável por “aberrações” sociais. Ainda na esteira dos ensinamentos de Josué de Castro (2003, p.81), enumera o autor dois conturbados fenômenos sociais causados pela fome nas regiões de seca, ainda que não tão comuns nos dias atuais: o surgimento de cangaceiros e de místicos fanáticos. O dito banditismo e o misticismo, materializando-se em personagens históricos como Lampião e Antônio Conselheiro, encontraram terreno fértil em lastimosos contextos sociais onde seus integrantes se encontravam desorientados em sua personalidade e desorganizados em sua economia por não se alimentarem adequadamente.

O direito à alimentação há também de se colocar como um dos precípuos fatores de concretização da paz social, esta última impossível de co-habitar em um mesmo plano com a fome, a qual lhe é extremamente refratária. Para viabilizar a paz na sociedade através da alimentação decente e das oportunidades por ela encadeadas, faz-se imperiosa a implementação de um projeto de desenvolvimento econômico voltado à valorização do ser humano e de suas necessidades mais básicas, tolhendo, dessa forma, os distúrbios sociais conseqüentes de condições sub-alimentares dos cidadãos. Diferentemente do que apregoam os representantes da doutrina liberal, não é a abstenção do Estado que irá resolver tais problemas de ordem secular.

Infelizmente, este mito era falso. A ‘mão invisível’ nunca agiu no interesse da humanidade e a mão invisível dos grupos dominantes e privilegiados sempre monopolizou os benefícios, deixando na miséria, desamparadas, as grandes massas marginalizadas que constituem hoje o que chamamos de ‘populações dos países sub-



desenvolvidos'. A verdade, o subdesenvolvimento não é a ausência de desenvolvimento, mas o produto de um tipo universal de desenvolvimento mal conduzido (CASTRO, 2003, p.104).

Nesse ponto ganha relevo a importância constitucional do Estado Social, tendo seus deveres expandidos pelo dever programático de buscar de maneira contumaz a efetivação prática do direito à alimentação, agora indubitavelmente consolidado, sistematizado e institucionalizado como direito fundamental.

5 CONCLUSÕES

Por mais que não se trate de um rol taxativo, é notório o simbolismo inerente à inserção do direito à alimentação no artigo 6º de nossa Constituição. Sua nova representação enquanto direito social norteará decerto um novo leque de condutas tanto por parte do Poder Executivo, na instauração, consolidação e expansão de políticas públicas que atuem no sentido de garantir uma alimentação digna aos seus administrados mais carentes, quanto do Legislativo e do Judiciário, elaborando e fazendo aplicar leis no sentido de instituir, regulamentar e especificar novos e potenciais direitos concebidos na esteira das necessidades e expectativas da sociedade - vitimada durante séculos pela miséria e exclusão - em ver tal norma constitucional implementada e adaptada à realidade brasileira.

Garantir o direito de alimentar-se é garantir a vida e a dignidade. Sem a priorização destes por meio daquele, todo e qualquer direito subsequente será reduzido a mero instrumento normativo retórico e decorativo, colocando-se em nossa ordem legal como arremedos legais de incidência social nula, ineficazes porquanto incapazes de sair da abstratividade e, por isso, inúteis à razão de ser das leis e das nossas instituições em atender os anseios da população mais necessitada.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do estado liberal ao estado neo-social**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/167960/artigo-do-estado-neoliberal-ao-estado-neo-social>. Acesso em 11 de abril de 2010.

BRUM, Argemiro Jacob. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 23. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

CASTRO, Josué de. **Fome, um tema proibido: últimos escritos de Josué de Castro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Geografia da fome, o dilema brasileiro: pão ou aço**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. São Paulo: Instituto Pólis, n.33, abril. 2010. Mensal.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=600. Acesso em 11 de Abril de 2010.



Site da *Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Disponível em: <http://www.fao.org/news/story/en/item/20568/icode/>. Acesso em 9 de abril de 2010.

THE RIGHT OF FEEDING IN THE CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT

Feeding is one of the most essential biologic needs of any living being. When analyzed by the perspective of the human being in his political and social context, its deployments would be supported not only by the biologic science, but also by others sciences like sociology, economy and also by the law, which searches to identify the hunger and its effects while social illness that passes over its victims and affects all society. The man's need of feeding must be analyzed not only in his condition of living being, which purpose is just the survival, but also in his condition of social agent and citizen placed in a political and legal context where, after the constitutionalization of feeding as a social right, became indispensable the actions by the State in a more incisive way for the resolution of the causes and consequences of this problem that grieves populations worldwide.

Keywords: Hunger. Feed. Fundamental Right.



PENA: A IDEALIZAÇÃO E A REALIDADE DE SUA APLICAÇÃO

Anysa Ayalla Dantas Araújo

Acadêmica do 4º período do
Curso de Direito da UFRN.

Sophia de Lucena Prado.

Acadêmica do 4º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

Ao pensar em penas fazemos uma associação imediata aos cárceres. Todavia, analisando a sua história percebemos que nem sempre foi assim e que esta realidade vem se modificando. Em suas primeiras manifestações, o foco da pena era o corpo do delinquente, não a sua liberdade, como vem ocorrendo até os nossos dias. Na verdade, atualmente esta tem se voltado cada vez mais para a reintegração do indivíduo, para a sua ressocialização, o que faz com que as penas alternativas venham ganhando espaço e sendo aplicada com cada vez mais frequência. Neste trabalho avaliaremos a evolução da pena considerando o aspecto filosófico e sociológico da questão, ressaltando ainda a importância do Judiciário e os princípios a ela inerentes para que haja a sua adequada aplicação e execução.

Palavras-chaves: Pena. Funções e individualização da pena. Prisão. Ressocialização. Sociedade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem abordar a temática das penas e suas funções sob a perspectiva dos direitos humanos internacionalmente ratificados, que deveriam jamais serem olvidados pelo Direito Penal de todos os países, especialmente os signatários.

A princípio, faz-se necessário recordar as tendências do Direito Penal moderno, as chamadas políticas criminais, quais sejam: o Abolicionismo, que prega a extinção do direito penal; o Movimento da Lei e Ordem ou Expansionista, o qual busca a criação de novos tipos penais incriminadores e a agravação das penas já cominadas, bem como preconiza a supressão ou diminuição dos direitos penais públicos subjetivos de liberdade dos apenados; e o Modelo Alternativo, que defende um direito penal de intervenção mínima, fundamentado na teoria da prevenção geral e especial positiva, que em breve faremos um estudo mais aprofundado.

2 O CONTRATO SOCIAL E AS FUNÇÕES DA PENA

A evolução das relações sociais fez com que surgisse a necessidade de um controle maior sobre elas como forma de garantir a estabilidade e a harmonia social. Antes disso, não havia quem desempenhasse tal função e assim, progressivamente, a moralidade veio substituindo a noção de vingança privada, até então predominante. Surge então o Estado com seu papel de garantidor da ordem e o Direito como meio para atingir tal fim.

Em decorrência dessa nova ordem, surge o contrato social idealizado por Rousseau que, para ele, seria um pacto, uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. O homem poderia optar por continuar em sua situação inicial, ou seja, em seu estado de natureza ou, então, por meio de uma convenção, procurar alcançar um objetivo comum a todos que é a harmonia social. O contrato aparece como uma forma de proteção e de garantia de liberdade, não o contrário. O que se busca é a concretização do que não seria possível ou acessível ao homem no seu estado de natureza, quando as forças particulares agiam desagregadamente, pois se a vontade particular se destina naturalmente à realização de preferências, a vontade geral que funda o pacto se destina à realização da igualdade. Ela é orientada para o que é comum a todos, para o benefício de todos. Assim, após sua formação com um corpo único, total, dotado de vida, de forças próprias, de autonomia



de vontade, qualquer atentado a uma de suas partes representaria também um atentado a todo o corpo. Da mesma forma, qualquer atentado ao todo seria também um atentado à parte. O contrato, então, representa a chave para a conservação do homem, mas, de outro lado, também é a chave que aprisiona o homem à sociedade civil. Aqui é um contra senso.¹

Nos tempos em que predominava a vingança privada o que prevalecia era a lei do mais forte, sendo utópica a questão da igualdade social numa sociedade desse tipo. Para cada liberdade individual significava também a desigualdade física efetiva e, portanto, a submissão, a escravidão. Daí emergiu a idéia da verdadeira liberdade, que reside no conceito de legalidade, única forma de garantia da igualdade. O Direito Penal é o ramo do Direito que visa justamente promover esse controle social, porém, de maneira igualitária, dando a todos os mesmos direitos e exigindo de todos os mesmos deveres. Para ele, não importa quem é o mais forte, o mais rico ou o mais esperto, ele se aplica a todos da mesma forma indistintamente. Vale, então, lembrar que o Direito Penal, ao contrário do que muitos pensam, não é uma mera forma de punição, ele foi criado para ser um instrumento do Estado para assegurar o cumprimento das regras sociais. Na verdade, ao contrário, o Direito Penal garante a nossa liberdade, pois a partir do momento em que nos limita algumas ações, isto é, restringe a nossa liberdade individual, nos permite todas as que não foram proibidas. Limitar a ação do próximo é garantir a nossa seara de ação, e somente assim é possível haver convívio entre os indivíduos. O direito penal surge para impedir que o outro invada a nossa esfera individual, ele liberta na medida em que restringe. A punição é mera consequência, garantia da não repetição da ação, da reprovação da conduta.

A doutrina atribui às penas as mais diversas funções, falaremos de maneira geral das mais evidenciadas, as quais são: de retribuição positiva e negativa, de prevenção positiva e negativa, e, finalmente, de ressocialização.

Segundo a teoria da função retributiva da pena, esta encontra um fim em si mesma, devendo punir com o mal aquele que comete o mal, seria uma retribuição justa ao cometimento do crime. Através dessa função, a pena figuraria uma forma de vingança estatal, o que está longe de ser albergado pelo Estado Democrático de Direito. O Estado não deve assumir esse papel vingativo, como muitas vezes é querido pela coletividade, influenciada por

¹ Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, Curso de Filosofia do Direito, 7 ed., 2009, p 277 e 278



idéias retrógradas espalhadas de forma inconseqüente pelos meios de comunicação e por teorias mais conservadoras. A função do Estado na tutela penal deve ir além da pura retribuição do mal pelo mal, sob pena de estarem justificadas medidas extremas como a pena de morte. A pena deve ter uma finalidade além de si mesma, deve exprimir um significado maior.²

Através da teoria preventiva da pena, pretende-se inibir os impulsos criminais da coletividade (prevenção geral) e corrigir o indivíduo criminoso para que não incorra novamente na prática de crimes (prevenção especial). O medo de sofrer a reprimenda penal funcionaria para impedir a prática criminosa, o que acaba sendo, de certa maneira, uma contradição, uma vez que o indivíduo que comete um crime não espera ser descoberto. Além disso, a muito se afirma na doutrina que não é uma grande pena em abstrato que causaria a intimidação, mas a certeza de uma efetiva aplicação da pena prevista na lei.³ Esta função pode ser negativa ou positiva. Na primeira a prevenção se funda no “direito penal do terror”, na idéia de intimidação, na solução através do medo das penas severas. Já a segunda pretende, por meio da pena, fortalecer a consciência jurídica da comunidade e o respeito aos valores sociais protegidos pelas normas.

Diante da falência das funções das penas acima apresentadas, tem-se reforçado mais a idéia da função ressocializadora, até como uma forma de garantir a efetividade dos Direitos Humanos. O que existe atualmente, em geral, é uma falta de nexos entre a crescente tutela dos direitos humanos e a realidade em que se vive dentro dos sistemas prisionais, que não só impossibilitam o exercício de tais direitos, como também os violam. A ressocialização seria então o fim e o meio para se alcançar tal efetividade. Na verdade, é *dever constitucional* do Estado, bem como direito subjetivo do apenado, assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e de todos que estejam sob sua custódia, ainda que privados da liberdade de ir e vir.

3 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Todas as funções estudadas representam o que a pena deve, em tese, almejar. Entretanto, na prática, não é o que ocorre. Para decidir com justiça, o

² Antonietto, p. 133

³ Antonietto, p. 134



direito deve manter-se puro, todavia, na sociedade em que vivemos, na qual a mídia exerce tamanha influência sobre a população, é inevitável que o direito seja também atingido.

Em todas as lides levadas ao Judiciário deve se respeitar o Princípio do Devido Processo Legal bem como uma série de outros princípios como, por exemplo, o da publicidade. Este consiste no dever que o Judiciário tem de levar ao conhecimento da população todos os seus atos, dando transparência às suas decisões e possibilitando ainda que qualquer pessoa questione e controle a atividade jurídica de interesse público, porém, é válido ressaltar que este dever não é absoluto, havendo casos em que pode ser abdicado.

É de suma importância que o princípio da publicidade seja respeitado, entretanto, quando somado à atividade da mídia, o resultado muitas vezes pode ser perigoso. Como dito, o direito deve se manter puro para ser justo, mas o que ocorre muitas vezes é que ele acaba sendo atingido pela influência da mídia, a qual cria na população expectativas e coloca sobre o Judiciário a responsabilidade de corresponder a elas.

O profissional do Direito deve estar consciente disso e deve ter sempre em mente o quão importante é que ele se mantenha distante e alheio a essa pressão, direcionando o seu foco somente para o caso a ser julgado, analisando-o minuciosamente até que chegue a uma conclusão e possa proferir uma decisão que corresponda ao sentimento de justiça, não a que está presente nas pessoas em geral ou que foi propagado pela mídia, mas a justiça que seja eticamente correta.

É bom lembrar que este é apenas um dos pontos que deve orientar a atividade do judiciário, além disso, para que uma decisão seja de fato justa se faz necessário que se observem uma série de outros aspectos como o respeito ao contraditório e à ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição, a proibição de provas ilícitas etc. Se a pena aplicada pelo profissional do Direito tiver sido estabelecida respeitando todos esses requisitos aí sim, ela será adequada.

4 A PENA DE PRISÃO

A pena de prisão nem sempre teve a aplicação que tem atualmente, como forma praticamente única e absoluta de punir condutas reprovadas pelo Direito Penal. Antigamente as penas eram corpóreas, recaíam diretamente no corpo do acusado, não havia direito ao contraditório e a sua execução era



pública sob a forma de suplícios, cujo objetivo principal era, além de punir o condenado, dar o exemplo para todas as pessoas. Dava-se a essa forma de punição um caráter de espetáculo, uma cena cotidiana na vida das pessoas. A prisão não era uma pena definitiva, mas sim o local onde o condenado aguardava até o dia do suplício.

Com o tempo, a punição vai se tornando a parte mais velada do processo penal, deixando o campo da percepção quase diária e entrando no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Adota-se, então, a publicidade dos debates e da sentença, enquanto a execução se resguarda no sigilo, é tida como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado.⁴ A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”. Deve-se dizer que, apesar de ter alcançado importante transmutação por volta de 1840, embora os mecanismos punitivos tenham adotado novo tipo de funcionamento, o processo ainda assim estava longe de chegar ao fim. Como ainda está.

A pena de prisão, da maneira como hoje é concebida, não ressocializa, mas estigmatiza; não limpa, mas macula como tantas vezes serem lembrados aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência.⁵ O ambiente hostil dificulta uma possível reintegração à sociedade.⁶ A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida. Não readapta o delinqüente. Nos dizeres de Evandro Lins e Silva “ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável”.⁷

Resultados da CPI do Sistema Prisional realizada em 2007/2008, mostram a situação em que se encontram os presídios do país, nos quais os

⁴ Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, p. 13.

⁵ Antônio Garcia Pablos de Molina

⁶ <http://www.unodc.org/newsletter/pt/perspectives/no02/page002.html>

⁷ Evandro Lins e Silva *apud* Damásio E. de Jesus, *Penas alternativas*, p. 12.



presidiários não recebem tratamento médico e odontológico, são torturados, recebem a refeição em sacos e têm que comer com a mão, vivem juntos com porcos, fazem suas necessidades fisiológicas em sanitários onde só se pode jogar água uma vez por dia e muitos outros absurdos. Temos hoje no Brasil uma população de aproximadamente 437.000 presos, quando só existem 262.000 vagas. Cada preso custa em média R\$ 1.600,00 em uma prisão pública comum, numa prisão de segurança máxima tida como modelo, o custo é de R\$ 4.000. Gastos enormes e ineficientes, provavelmente mal empregados já que, mesmo com esse elevado custo, as prisões ainda são uma vergonha nacional. Isso é reflexo da preocupação pouca com a qual as autoridades tratam a questão dos presos.

Discordamos de Foucault quando ele afirma que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

O estudo da sociologia e da criminologia tem avançado e nos mostrando outras soluções à punição que não a prisão, são as penas alternativas, as quais têm mostrado bastante eficiência, apesar de encontrar ainda uma forte barreira na sociedade. Sobre elas falaremos a seguir.

5 PENAS ALTERNATIVAS

Além de um julgamento apropriado, o apenado tem direito a uma execução adequada tanto no que diz respeito a sua quantidade como a sua qualidade. Para isso, cada pena deve atender exatamente as expectativas para com o condenado, deve estar direcionada para o seu caso em especial, por este motivo, o juiz deverá avaliar todas as peculiaridades de cada situação para que se evitem injustiças e se possa chegar ao fim esperado. É o que chamamos de individualização da pena.

O segundo aspecto acima identificado, que diz respeito à qualidade da aplicação da pena, atualmente, se encontra mais que deficitário, especialmente quando levamos em consideração a degradante situação das penitenciárias brasileiras, como já dito anteriormente. A deterioração é tamanha que um lugar que, em tese, deveria ter a função de reeducar o preso para o retorno ao convívio social, na maioria das vezes, acaba contribuindo para piorar ainda mais a situação do condenado, funcionando quase que como uma “escola do crime”. Mas, existem outras formas de superar este grave problema do sistema



carcerário ou de pelo menos amenizá-lo, e neste sentido é que se encontra o importante papel das penas alternativas.

As penas alternativas são sanções e medidas que não envolvem a perda da liberdade, são meios dos quais se utilizam o legislador visando impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade. Podem ocorrer antes do julgamento (ex.: fiança, liberdade provisória, suspensão condicional do processo), na sentença condenatória (ex.: *sursis*, multa, prestação de serviços comunitários) ou ainda na fase de execução (ex.: indulto, conversão da pena prisão em restritiva de direitos).

Além de tentar preencher as faltas que o encarceramento possui, este tipo de punição resulta em diminuição da população carcerária, constituindo uma solução ao problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais. Busca-se através desse tipo de medida fazer com que a punição “corrija” o agente, faça com que ele se ressocialize.

De acordo com uma pesquisa do Jornal Folha de S. Paulo, realizada em São Paulo (1997), 89% da população defende a aplicação de penas alternativas nos casos de delitos leves. A defesa dessas medidas não privativas de liberdade é maior entre os que têm curso superior (93%) do que entre os que fizeram até o primeiro grau (85%). As mulheres são as que mais apóiam as penas alternativas (91%), enquanto os homens representam um percentual de 86%.

Apesar desses dados, não é raro que nos deparemos com expressões de indignação e com o sentimento de impunidade nas pessoas quando a um criminoso é aplicado esse tipo de pena. A sociedade ainda não incorporou o real sentido dessa forma de punir, tem a impressão de que a justiça não está sendo feita e a vítima, muitas vezes, sente que não foi dada a devida importância ao seu sofrimento.

Ainda é necessário incutir no pensamento social que o Estado, através do seu Direito Penal, não deve ser um agente vingativo, mas sim humanitário e ainda que isso não seja o que vemos na prática, devemos buscar incessantemente alcançar esta meta.

6 ROUSSEAU E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na sua obra mais conhecida, O Contrato Social, Rousseau citou uma de suas frases mais célebres que em português pode ser traduzida como: “o homem nasce bom, a sociedade é que o corrompe”. Com esta ele tentou expressar seus ideais naturalistas defendendo que as leis naturais seriam sempre



mais perfeitas que as humanas, isto é, as advindas do contrato social. Tese oposta foi defendida por Hobbes, que caminha para a afirmação que o homem é mau por natureza. Neste caso, acreditamos que, de fato, ao contrário do que pregava Rousseau, as leis naturais são insuficientes para manter a harmonia social em uma sociedade desenvolvida como a atual. Todavia, não podemos simplesmente acreditar que os homens maus os são por natureza e que não há nada que possamos fazer para alterar essa situação e que por isso devemos nos conformar com ela. Os homens são diferentes entre si e seu nível de interação com a sociedade pode variar muito de acordo com a vivência, com a história de cada um. Por este motivo é que se mostra tão importante a questão da individualização da pena, pois esta só será de fato, justa, se avaliados todo o histórico, personalidade e características do apenado.

Sendo assim, seguindo o raciocínio anterior, estaria mais propenso a cometer um crime um adolescente de classe humilde, órfão, estudos incompletos, tendo vivido toda a sua vida no ambiente ameaçador que são as favelas brasileiras ou um estudante, classe média alta, viajado, família estável emocionalmente e financeiramente? Claro que seria o primeiro jovem., Mas, em ciências humanas não há dogmas, de maneira que não se pode excluir a possibilidade de se encontrar variados casos em que essas “regras” não se apliquem. No entanto, é inevitável considerar que a vivência de cada um, bem como o meio em que este formou seus conceitos e concepções, acaba influenciando muito nas suas ações futuras.

Assim, chegamos à conclusão que, de fato, a sociedade é o que corrompe o homem, que o desvirtua. Assim sendo, traçaremos algumas perguntas para futura reflexão: Se a culpabilidade do agente não depende exclusivamente do indivíduo, de quem seria a culpa, da sociedade? Mas quem forma a sociedade, não somos nós? Se o que a torna tão cruel é a desigualdade que nela se prolifera quem foi o responsável por ela? Se não foi o condenado será que é justo condená-los a penas cada vez mais humilhantes, devido à degradante situação carcerária, se a sua atual condição e conseqüente maior propensão a cometer o crime não depende somente dele? E finalmente: De quem é a verdadeira culpa? Aonde devem existir as reais mudanças?

O que vemos hoje em dia é um mundo que critica, os jovens discutem política internacional e a velocidade em que correm as informações nesse mundo virtual acelera e amplia nosso conhecimento a cada segundo. Apesar de muito ainda estar oculto em entrelinhas ou fantasiado em uma mídia romântica sabemos muito e sobre muita coisa. E se nos pedem para responder uma pergunta como a anterior somente uma resposta, ao nosso pesar, poderia



ser dada: em nós mesmos. Como já foi dito, muito sabemos não apenas sobre a situação deplorável dos cárceres brasileiros, mas sobre as atrocidades que ocorrem todos os dias no Brasil. Policiais e políticos corruptos, bandidos cada vez mais cruéis, pais e filhos que são os próprios bandidos, mortes de fome, de frio, de sede, crianças que traficam para sustentar o próprio vício...

O que buscamos hoje é um mundo mais justo, mais correto, mais humano. Um mundo para que nossos filhos possam crescer em paz e que seus maiores medos voltem a ser os monstros do armário e não os das ruas. Que crianças possam ser crianças, que encontrar um policial desperte conforto e segurança e não temor e desconfiança, que os políticos sejam heróis e não bandidos.

Um dos princípios do Direito Penal é a “ultima ratio” que coloca que ele deve ser o último recurso, pois representa o maior ato de repressão que o Estado pode desempenhar contra um civil. Não buscamos defender que este deixe de existir, como afirmam alguns, mas ao contrário, que este seja aplicado apenas quando necessário, de maneira coerente para que de fato seja eficaz. Sem dúvida, como já mostramos anteriormente, existem muitas outras formas de reprimenda muitas vezes muito mais eficientes que a pena privativa de liberdade. O Direito Penal deve existir para buscar a harmonia social, mas esta somente será alcançada quando a população abandonar esse limitado “desejo de vingança” e tentar buscar a origem dos problemas. Enquanto a inércia prevalecer, o Direito Penal da repressão e do castigo deverá continuar.

REFERENCIAS

BITTAR, Eduardo Costa Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Altas, 2009

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis, Vozes, 1977

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E., **Penas alternativas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.



SANCTION: THE IDEALIZATION AND REALITY OF ITS APPLICATION

ABSTRACT

Thinking about sanctions we immediately associate it to the prisons. However, analyzing its history, we realize that this reality is changing. In its first manifestations, the sanction's target was the transgressor's body, not his liberty, like it's happening until today nowadays. In fact, today the sanction is turning more and more to the reinstatement of transgressor, what gives to the alternative sanctions more space and more frequent application.

In this article we are going to report the sanction's evolution considering its philosophic and sociologic aspect, emphasizing how important the Judiciary is and the intrinsic principles to its proper application and execution.

Keywords: Sanction. Functions and individualization of the sanction. Prison. Reinstatement. Society.





PRESCRIÇÃO COM BASE NA PENA VIRTUAL: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA

Mateus Queiroz Lopes de Melo Martins

Acadêmica do 9º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

Modalidade de prescrição de criação doutrinária e jurisprudencial, a prescrição com base na pena virtual vem sendo alvo de calorosos debates na seara jurídica. O referido instituto é rechaçado pelos Tribunais Superiores pátrios, especialmente com fundamento na ausência de previsão legal expressa que o autorize. Não obstante tal posicionamento, diversos tribunais ordinários, membros do Ministério Público e operadores do direito defendem a sua utilização, com fulcro, principalmente, na análise sistemática da matéria. O presente estudo irá evidenciar os fundamentos utilizados em seu debate, procurando demonstrar a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, bem como salientar os benefícios desta advindos.

Palavras-chave: Prescrição. Prescrição com base na pena virtual. Análise sistemática.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática da prescrição penal tem obtido importante relevo nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, refletindo uma preocupação maior com a funcionalidade e a eficiência do direito penal.

É papel do Poder Judiciário, muitas vezes responsável pelas delongas que afetam o processo penal, encontrar mecanismos que possibilitem a maior celeridade na prestação da atividade jurisdicional. Ao tempo em que não são promovidas mudanças legislativas com vistas a conferir maior agilidade aos processos criminais, as quais contribuiriam para uma duração mais razoável do processo, o instituto da prescrição com base na pena em perspectiva apresenta-se como um mecanismo a fim de evitar procedimentos inúteis na prestação jurisdicional, em que pese a polêmica que desperta entre os aplicadores do direito.

É sobre esse instituto e a sua possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico pátrio que o presente artigo irá se debruçar.

2 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Ao eliminar a autotutela como forma de composição dos conflitos sociais, o Estado passou a assumir o monopólio da Jurisdição, responsabilizando-se por aplicar o direito ao caso concreto a fim de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesse, almejando a promoção da pacificação social.

No âmbito penal, o ordenamento jurídico tutela os valores elementares da vida comunitária, mediante cominação de sanções para fatos criminosos atribuíveis à conduta culpável do agente. Logo, a punibilidade se apresenta como consequência da prática de um fato definido na lei como crime, viabilizando o exercício do *jus puniendi* pelo Estado.

Entretanto, existem situações em que o Estado, por questões de política criminal, restringe seu poder de punir, mediante a estipulação de causas extintivas de punibilidade. Tais hipóteses, segundo os doutrinadores que se filiam à tese tripartida do conceito analítico do crime, a exemplo do doutrinador Anibal Bruno, citado por Rogério Greco (2007, p. 710), não descharacterizam a infração penal, mas tão somente impossibilitariam o Estado de aplicar a sanção correlata.

O Código Penal apresenta rol exemplificativo das causas extintivas da punibilidade, elencadas em seu art. 107. Dentre elas, o presente artigo abordará mais detalhadamente a prescrição em uma de suas modalidades:



a prescrição pela pena em perspectiva, também denominada de prescrição com base na pena virtual.

3 TEORIAS DA PRESCRIÇÃO

A inércia do Estado em punir o agente causador de determinada infração penal pode resultar na perda do direito de fazê-lo. A prescrição representa, então, a perda do direito de punir do Estado pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo.

Dentre as teorias que sustentam o instituto da prescrição (NUCCI, 2008, p. 538) no âmbito penal, cumpre destacar as de maior relevo. De acordo com a teoria do esquecimento, transcorrido certo período temporal, a lembrança do crime pela sociedade restaria arrefecida, não subsistindo o temor causado pela sua prática, razão pela qual seria desnecessária a sua punição. Segundo a teoria da emenda do delinqüente, o transcurso do tempo modificaria o comportamento do agente, que poderia se regenerar, de forma a não mais justificar sua pena. Por fim, a teoria da expiação moral advoga que a possibilidade do agente ser localizado, processado e punido, a qualquer tempo, causaria nele tamanha aflição que, por si só, tornaria desnecessária a imposição da pena.

Importa realçar que todas as teorias justificam o instituto da prescrição, que se apresenta como benefício ao agente em face da inércia do Estado em promover a investigação e o conseqüente processamento do fato criminoso.

4 PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA OU PELA PENA VIRTUAL

Antes de adentrar às diversas teses argumentativas que envolvem o instituto, cumpre conceituá-lo de forma precisa, para que haja a correta absorção da sua real dimensão por parte do leitor.

As regras atinentes à prescrição, inclusive seus prazos e formas de contagem, estão dispostas no Código Penal. Em regra, a prescrição é calculada com base na pena em abstrato, uma vez que não se tem certeza do *quantum* exato de pena que será aplicado ao caso concreto. O raciocínio terá como base o máximo de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal, com seu respectivo enquadramento em um dos lapsos temporais dispostos no art. 109, do Código Penal.

Paralelamente, era possível analisar o que se chamava de prescrição



retroativa, antes contemplada no art. 110, §2º, do CP.¹ De acordo com o referido instituto, o cálculo da prescrição tomaria por base a pena efetivamente cominada na sentença condenatória. Então, a pena *in concreto* figuraria como parâmetro para analisar os prazos prescricionais insertos no art. 109 do CP, e avaliar se houve prescrição, levando em consideração, especialmente, o decurso do tempo entre dois períodos: a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a sentença condenatória.

Para ilustrar o exposto, imagine-se a situação de um réu acusado de lesões corporais. A teor do que dispõe o art. 129 do Código Penal, levando-se em conta a pena em abstrato, o *quantum* máximo de condenação para esse crime seria de um ano, o qual, segundo os prazos previstos pelo art. 109, prescreveria em quatro anos. No entanto, se, pela dosimetria da pena, o juiz condena este réu em oito meses e o Ministério Público não recorre da decisão, a prescrição, agora com base na pena em concreto, ocorreria em dois anos. Verificado que já houve o decurso desse prazo entre o cometimento do crime e o recebimento da denúncia, ou entre esta e o julgamento do crime, estar-se-ia diante do que se denominava prescrição retroativa.

E foi diante da análise de tal instituto, que doutrina e jurisprudência debruçaram-se sobre interessante questão: se, observadas as peculiaridades do caso e dos agentes envolvidos no crime, vislumbra-se antecipadamente que a pena a ser efetivamente cominada quando da prolação da sentença encontraria óbice para ser efetivada porque, ao tempo do seu julgamento, já estaria fatalmente prescrita a pretensão estatal? Dever-se-ia dar prosseguimento à ação penal para, somente com a pena estipulada, confirmar sua prescrição ou poder-se-ia, desde logo, vislumbrada a patente prescrição a incidir no caso, abdicar da ação por evidente ausência de interesse processual?

Esses questionamentos traduzem a problemática envolvendo a prescrição pela pena em perspectiva ou pela pena virtual, ainda não sedimentada no cenário jurídico. Tal instituto considera a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível por ocasião da futura sentença. Segundo essa criação tipicamente doutrinária e jurisprudencial, dever-se-ia, previamente, vislumbrar a pena a ser aplicada para aquele caso concreto, a

¹ A Lei 12.234, de maio de 2010, promoveu algumas alterações nos artigos 109 e 110 do Código Penal. A lei revogou o parágrafo segundo do art. 110, conferindo nova redação ao parágrafo primeiro, para não permitir em nenhuma hipótese que se tome por termo inicial, para fins de contagem do lapso prescricional, data anterior à da denúncia ou queixa.



partir de todo o raciocínio sobre a dosimetria do *quantum* a ser determinado. Feito isto, verificar-se-ia se a pretensão já não estaria fulminada pela prescrição, para, se for o caso, nem propor a ação penal respectiva, em virtude da patente ausência de interesse processual, ou, se já em andamento, decretar extinta a punibilidade do agente, face à prescrição evidente a incidir no caso.

4.1 Argumentos contrários à aplicação do instituto

Aqueles que são contrários à aplicação do instituto em epígrafe argumentam, inicialmente, que a utilização da prescrição com base na pena em perspectiva violaria o princípio da presunção da inocência do réu, pois ao se fazer o raciocínio do *quantum* de pena a ser provavelmente aplicado ao caso concreto, a análise tomaria por base uma provável condenação, o que seria inadmissível antes da prolação da sentença.

O segundo argumento para rechaçar a prescrição com base na pena em perspectiva informa que haveria um desrespeito ao princípio da individualização da pena, uma vez que, por mais favoráveis que sejam as circunstâncias judiciais, não há como se precisar que a pena mínima será aplicada. Tal atribuição é da alçada do juiz competente, o qual, confirmada a condenação, determinará a sanção a ser aplicada a partir do critério trifásico de aplicação da pena.

Há que se somar aos argumentos expostos, tanto a ausência de amparo legal quanto o alto grau de subjetivismo incidente sobre o cálculo da pena realizado anteriormente à prolação da sentença.

Esse entendimento pode ser vislumbrado no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no curso do HC nº 82.155, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 29/10/2002:

(...) a prescrição é pronunciada a partir de fatores objetivos, e aí não cabe a inversão da ordem natural das coisas – imaginar-se a sentença que poderá ser proferida no processo para concluir-se pela incidência da prescrição, tendo em conta ‘a pena concretizada na imaginação’, não no papel. A tese, a meu ver, não prospera, porque geraria um subjetivismo maior.

Ainda com vistas a subsidiar a tese contrária ao instituto, alega-se que a pena possivelmente aplicada no caso concreto poderia ser modificada



no curso da instrução processual, em virtude, por exemplo, de uma *mutatio libelli*, no caso de restar comprovada a ocorrência de crime mais grave, o que demandaria uma instrução exauriente incompatível com a essência da modalidade em análise.

Comungando das teses ora expostas, o entendimento dos Tribunais Superiores pátrios é no sentido da não aplicabilidade do instituto em tela.²

4.2 Fundamentos em prol da aplicação da modalidade prescricional em tela

Sem embargo de todas as razões aventadas para afastar a aplicabilidade da prescrição virtual, o instituto vem sendo encampado por diversos juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, bem como por membros do Ministério Público e diversos operadores do direito, os quais defendem sua utilização com base em uma abordagem sistemática da matéria, conforme restará demonstrado nas linhas que seguem.

Inicialmente, não deve prosperar a justificativa de ausência de previsão legal como óbice à aplicação do instituto. O fato da legislação processual não haver previsto expressamente a prescrição com base na pena virtual não figura como óbice para sua utilização, porque há que se realizar uma interpretação sistemática dessa legislação.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2003, p. 201):

² AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA “EM PERSPECTIVA, PROJETADA, OU ANTECIPADA”. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. (Supremo Tribunal Federal, RE 602527/RS, R. Min. Cezar Peluso, J. em 19/11/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.

2. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Agravo de Instrumento nº 764.670 – RS, R. Min. Maria Thereza de Assis Moura, J. em 18/11/2008)



O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da lei, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito –, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever.

A referida análise do sistema processual pátrio brasileiro indicará, inegavelmente, para a possibilidade da aplicação do instituto em tela, tendo como fundamento, especialmente, o interesse de agir como condição da ação penal, a instrumentalidade do processo penal, a duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana.

No que tange ao interesse de agir, uma das condições da ação penal, interessante o ensinamento da professora Ada Pellegrini (2007, p. 274), que considera desnecessária para o Estado a movimentação do seu aparato judiciário, se daquele provimento não se puder obter um resultado útil.

É cediço que a prática de uma conduta criminosa deve ter como conseqüência uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, a depender do caso concreto. A possibilidade efetiva de aplicação de uma dessas sanções deve estar presente antes da propositura da ação penal, bem como durante o seu transcurso. Se, diante do caso concreto, desde logo vislumbra-se que, em função das peculiaridades do caso, a pretensão restará maculada pela pecha da prescrição, não há como se negar a inutilidade da persecução criminal deflagrada.

Sendo assim, para que reste caracterizada a real necessidade do processo instaurado, o operador do direito deverá verificar se a pena que seria aplicada, na hipótese de condenação, poderia ser de fato executada, ou se a pretensão punitiva já não estaria prescrita.

Acostando-se a esse posicionamento, Celso Delmanto (2002, p. 218):

Não há sentido em admitir-se a persecução penal quando ela é natimorta, já que o 'poder de punir', se houver condenação, fatalmente encontrar-se-á extinto. Perder-se-ia todo o trabalho desempenhado, até



mesmo para efeitos civis, já que, ao final, estaria extinta a própria pretensão punitiva ('ação penal'). De outra parte, submeter alguém aos dissabores de um processo penal, tendo a certeza de que este será inútil, constitui constrangimento ilegal.

A necessidade de aferir a utilidade do provimento jurisdicional pode ser atribuída, dentre outros fatores, ao caráter instrumental do processo. Sendo o processo um instrumento por excelência, não deve ser encarado como um fim em si mesmo, mas como um mecanismo para solução de conflitos, o que desaconselha apegos excessivos às formalidades. Deve ser entendido como instrumento apto a obter os resultados práticos pretendidos pelo direito material, gozando de efetividade, que deverá ter como aspecto final a utilidade das decisões.

O excesso de rigor formalístico não deve subsidiar o início de uma ação penal quando esta, de antemão, já se vislumbrar inútil. Não se justifica submeter o acusado a *Via Crucis* que é o enfrentamento de uma ação penal, com os dissabores dela resultante, para, ao final, não se obter nenhum resultado prático, em razão da incidência da causa extintiva prescricional.

Importa mencionar que a sentença que reconhece a prescrição retroativa não gera quaisquer conseqüências para o acusado, pois impede que haja responsabilização penal que configure maus antecedentes, que sirva de critério para aferição de possível reincidência, em suma, afasta os efeitos principais e secundários, penais ou extrapenais da condenação. Logo, implica em movimentar o aparato judicial para a "celebração" do nada.

Na esteira desse raciocínio, cabe rechaçar o argumento de que haveria mácula ao princípio da presunção de inocência, pois, embora os cálculos para aferição da prescrição virtual sejam feitos com base numa possível condenação, esta só é virtualmente considerada. Não haverá sentença condenatória com subsequente decretação de prescrição, havendo, em verdade, um óbice à propositura da ação, ou à sua continuidade, por ausência de interesse processual. Tendo em vista que os efeitos da sentença que acolhe a prescrição virtual a favor do réu em nada o prejudica, conforme demonstrado alhures, tal fato, na prática, desnatura a necessidade da prolação de uma sentença de mérito absolutória.

Ora, a *ratio essendi* do processo penal consiste no caráter instrumental da aplicação do direito material penal. Há uma finalidade pública e não privada, pois tal instrumento existe para que o Estado possa aplicar o seu direito de



punir e não para que o particular demonstre suas virtudes. Destarte, se não houver utilidade no seu desenvolvimento para o Estado, não há razão que justifique sua existência.

Destacável, nesse pórtico, o entendimento de Luiz Antônio Guimarães Marrey, citado por Nucci (2008, p. 549):

Com apoio na doutrina, sempre entendi viável o reconhecimento da inexistência do interesse de agir, em face daquilo que se convencionou chamar “prescrição antecipada” ou “prescrição virtual”, ou seja, quando se verifica que em face da pena a ser concretamente aplicada ocorrerá a “prescrição retroativa” (CP, art. 110, §§ 1º e 2º). Isto porque, tendo embora o acusado direito a uma sentença de mérito, nosso sistema processual penal, inspirado no princípio da economia processual, determina, como regra, o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento do mérito, sempre que ocorrer uma causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique o exame do mérito da ação, como, *verbi gratia*, na hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional.

Quanto ao argumento de que a aplicação do instituto malferiria o princípio da individualização da pena, melhor sorte não assiste aos opositores dessa tese. O sistema brasileiro de aplicação da pena não se caracteriza pelo subjetivismo e livre convencimento arbitrário do juiz. A discricionariedade na fixação da pena, conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 381), é juridicamente vinculada, uma vez que o magistrado deve estreita observância aos parâmetros legais impostos. Embora goze de certa margem de discricionariedade, a ser devidamente fundamentada por ocasião do critério trifásico da pena, essa sistemática não impede que seja feito cálculo prévio da provável pena a ser aplicada no caso concreto, considerando-se as circunstâncias fáticas para o cômputo da possível prescrição.

Além de todos os argumentos que indicam para a possibilidade de aplicação da prescrição com base na pena em perspectiva, cumpre sobrelevar que a mobilização de todo o aparato judiciário sem qualquer utilidade somente contribui para aumentar a morosidade da prestação jurisdicional, em razão dos inúmeros conflitos deduzidos em juízo, bem como desgastar o prestígio do Poder Judiciário na medida em que os esforços despendidos durante todo



o “iter” processual em nada resultarão.

Ademais da doutrina, alguns tribunais brasileiros também acolhem o entendimento favorável à aplicabilidade da prescrição com base na pena em perspectiva, consagrando os argumentos ora esposados.³

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as considerações feitas acerca da prescrição com base na pena virtual, percebe-se que o instituto de criação doutrinária e jurisprudencial ainda gera intensos debates entre defensores e opositores. Os Tribunais Superiores, especialmente, ainda demonstram resistência quanto à sua aplicação, especialmente com base na ausência de previsão legal expressa que o autorize.

No entanto, há que se ressaltar que sua aplicação vem ganhando

³ PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil. Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Assim, só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social. E a custas de desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. Desta forma, demonstrado que a pena projetada, na hipótese de uma condenação estará prescrita, deve-se declarar a prescrição, pois a submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não intimidá-lo, numa forma de aditamento da pena. DECISÃO: Apelo ministerial desprovido. (TJRS, Apelação Crime nº 70006996870, R. Sylvio Baptista Neto, J. 07/12/04).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - RECONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA DA TEMÁTICA. A prescrição antecipada, conectada à idéia do fim da pena, revela-se possível, considerando a necessidade de compreensão da justa causa na ação penal relacionada com a efetivação da finalidade de prevenção geral positiva do direito de punir. Aponta-se a total ausência de utilidade social de um processo criminal inócuo (sob o ângulo da concretização da pretensão punitiva estatal), ou seja, que ensejará, ao final, a declaração de um impedimento à punição de caráter jurídico-material, impondo-se a possibilidade de tal declaração já no início da persecutio criminis. Se a ação penal justifica-se na potencial concretização da pretensão punitiva estatal, com resguardo da isonomia, ampla defesa e contraditório aos seus protagonistas, é evidente a possibilidade de sua extinção, em qualquer momento, constatada que a punição não se efetivará face ao impedimento vindouro que se declara antecipadamente. (TJMG, Recurso em Sentido Estrito nº 1.0040.02.006573-2/001(1), R. Alexandre Victor de Carvalho, J. 20/10/2009)



adeptos, especialmente entre membros do Ministério Público e alguns tribunais pátrios, conforme indicam os julgados retro colacionados, que, com fundamento em uma análise sistemática da matéria, vêm aplicando o instituto com maior frequência no exercício de suas respectivas funções.

E outra não deve ser a interpretação. É preciso que, diante de cada caso concreto, sejam analisadas as diversas circunstâncias do crime praticado e do lapso temporal decorrido, a fim de verificar se aquela pretensão não já estaria maculada pela prescrição. Tal raciocínio deverá anteceder a proposição da ação penal, uma vez que esta só tem fundamento se puder ter algum resultado prático.

A adoção do instituto permite uma série de benefícios. Inicialmente, o operador do direito estará refletindo o entendimento predominante em relação ao processo, visto não mais com caráter autônomo, mas como instrumento de aplicação do direito material. Ademais disso, impossibilitará que ações fadadas à inutilidade continuem abarrotando o sistema judiciário brasileiro, propiciando um prestígio maior à atuação do Poder Judiciário, evitando que este seja mal visto ao dar prosseguimento à persecução criminal que se sabe, desde logo, não resultará em nenhuma punição ao acusado.

Evita-se, ainda, que o acusado seja submetido à carga infamante e aos constrangimentos advindos de um processo penal que em nada resultará. Estando, por fim, em plena sintonia com os conceitos de jurisdição penal útil e com os postulados do ideário funcionalista que inspiram o Direito Penal moderno.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – Parte geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Renee do O. **Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação**. Disponível em: <http://r2direito.uol.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=317>. Acesso em 20 abr. 2010.

STATUTE OF LIMITATION BASED ON VIRTUAL CRIMINAL PENALTY: SYSTEMATIC ANALYSIS

ABSTRACT

Type of statute of limitation originated from a doctrinal and jurisprudential creation, the statute of limitation based on a virtual criminal penalty has been the reason of intensive discussions on the law field. This institute is rejected by the Brazilian Superior Courts, especially due to its lack of legal permission. Despite this argument, many ordinary courts, members of the prosecution department and law operators defend its use, based mainly on a systematic analysis of the subject. The present study will demonstrate the most important theories concerning the subject, aiming to demonstrate that this type of statute of limitation has a legal basis, as well as to reveal the benefits from its use.

Keywords: Statute of limitation. Statute of limitation based on a virtual penalty. Systematic analysis.



PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: A PRESENÇA DE VALORES ÉTICOS NO PROCESSO

Marcos José de Brito Souto

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN. Monitor da disciplina Direito Administrativo I.

Nástia Vassili Nunes

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da UFRN. Monitora da disciplina de Direito Processual Civil I

RESUMO

Através do processo judicial busca-se a pacificação de um litígio. Neste supõe-se que existam partes conflitantes, assim, manter o respeito entre estas se torna uma meta difícil. Para isto é que existe o princípio da boa-fé processual, que exige dos sujeitos processuais um comportamento ético, leal, digno para que se possa chegar à solução justa da lide. Destarte, estabelece-se uma relação processual fundamentada no comportamento ético, de forma a impedir que o processo possa ser desvirtuado pelo emprego de condutas antiéticas. Mediante a análise da Legislação, percebe-se que o dever de proceder com lealdade e boa-fé é atitude indispensável a todos os sujeitos do processo, pois o que se busca é a resolução de um conflito de pretensões, assim, aquele que tem o processo como um jogo em que vale tudo, até mesmo trapacear para ganhar, está agindo contra os interesses do próprio Estado. Além dos danos causados às partes, litigar maliciosamente traz graves conseqüências ao Judiciário, dentre estas: a morosidade, a qual só proporciona descrédito às instituições brasileiras. Portanto, faz-se imprescindível que sanções sejam impostas àqueles que impedem o processo de seguir o seu curso natural para atingir uma efetiva tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Processo Civil. Ética. Princípio da Boa-Fé.

1 INTRODUÇÃO

Todo indivíduo tem o pleno direito de requerer amparo legal quando sente que teve seu direito lesado. É através da relação processual regida pelos princípios jurídicos contemplados pela nossa Carta Magna, que partes litigantes pleiteiam seus direitos.

O objetivo do devido processo legal, este atuando como um supra princípio envolvendo todos os demais de modo a servir como um instrumento eficaz para um apropriado acesso à justiça, fundamentados nos princípios da boa-fé e da lealdade processual, os quais garantem às partes resultados justos e idôneos de acordo com o que é lícito dentro do Estado Democrático de Direito ao qual vivemos.

Destarte, a proposta do presente artigo é de explicitar quais os princípios que norteiam a efetiva tutela judiciária dentro de uma relação processual fundamentada no comportamento ético, de forma a impedir que o processo possa ser desvirtuado pelo emprego de condutas antiéticas como a procrastinação maliciosa, a infidelidade à verdade, o dolo, a fraude, as manifestações de má-fé ou temeridade praticadas, bem como as conseqüências e os efeitos da litigância de má-fé e do desrespeito ao princípio da lealdade causados ao Poder Judiciário e às partes, e por fim, as responsabilidades punitivas que serão atreladas aos que ferem os valores da boa-fé processual, da equidade e da justiça procedimental com a inserção de ações ou omissões as quais desrespeitam normas contempladas pela nossa Legislação.

Portanto, verifica-se claro que o Código de Processo Civil e a Constituição Federal garantem aos litigantes em processo judicial a defesa de seus interesses, sendo essencial que o seu exercício respeite e contemple valores éticos e morais.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A partir do século XX todo o ordenamento jurídico, tanto no campo do direito público quanto no privado, foi invadido por valores éticos, com a implantação de categorias novas, como o abuso ou desvio do poder, o abuso de direito e a submissão dos negócios jurídicos aos padrões da boa-fé (THEODORO JÚNIOR, 2005).

O positivismo do século XIX buscou romper os liames entre o direito



e a ética, reconhecendo apenas a norma jurídica como o começo e o fim do direito (THEODORO JÚNIOR, 2005). No entanto, com o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, principalmente a partir da década de 70 do século passado, introduziu-se no ordenamento jurídico positivo as idéias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios, iniciando-se nesta era o encontro da norma com a ética.

Essa relação entre os valores morais e o direito não se deu exclusivamente em um ou outro campo do ordenamento jurídico, mas sim a todo o direito contemporâneo, a partir da sua matriz constitucional, como integradora do ordenamento.

Nossa Ordem Constitucional está repleta de valores éticos como justiça, solidariedade e dignidade da pessoa humana, entre muitos outros. Nesse sentido, também se pode citar como exemplo o artigo 37, *caput*, de nossa atual Carta Magna estabelecendo o princípio da moralidade como um dos pilares da administração pública.

O que se quer demonstrar é que a Constituição Federal de 1988 está fortemente vinculada com princípios éticos e com o aspecto moral em todos os atos, sejam dos particulares ou do poder público, sejam da ordem econômica ou social, sejam da ordem política. Dessa forma, o ordenamento infraconstitucional deve seguir essa mesma orientação, sob pena de afronta à Carta Magna (THEODORO JÚNIOR, 2005).

Portanto, a existência desses valores faz com que as normas processuais também estejam pautadas na ética. Prova disso é que o direito processual atualmente preocupa-se com a forma mais apta a proporcionar a real e efetiva solução de conflitos, pois a ausência de uma tutela jurisdicional efetiva implica na transformação dos direitos garantidos pela Constituição em meras declarações políticas (MARINONI, 2008).

Com esses objetivos, não se pode tolerar qualquer forma de abuso de direito processual, conseqüentemente, torna-se inadmissível qualquer forma de má-fé por parte dos sujeitos do processo.

Lastreado por esses valores, existe no direito processual o princípio da boa-fé ou lealdade processual, exigindo dos sujeitos do processo uma conduta ética adequada, de acordo com os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento (PORTANOVA, 2008).

O processo é meio pelo qual se busca a pacificação de um conflito, ou seja, supõe-se que existam partes conflitantes, portanto, manter o respeito entre estas se torna uma meta difícil. Nesse intuito é que existe o princípio da boa-fé, exigindo dos sujeitos do processo um comportamento ético, honesto,



leal, digno para que se possa chegar à solução justa do conflito. O que não se pode permitir é que qualquer uma das partes se utilize de malícias, fraudes, dolo, improbidade ou desonestidades para garantir a sua vitória.

Através das palavras de Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 110) pode-se perceber a importância de vedar os comportamentos maliciosos para conseguir atingir os escopos do processo:

A procrastinação maliciosa, a infidelidade à verdade, o dolo, a fraude, e toda e qualquer manifestação de má-fé ou temeridade, praticados em juízo, conspurcam o objetivo do processo moderno no seu compromisso institucional de buscar e realizar resultados coerentes com os valores de 'equidade substancial e de justiça procedimental, consagrados pelas normas constitucionais'.

Visando a preservação da ética nas relações processuais, o Código de Processo Civil reprime a má-fé tanto de forma geral como em situações particulares, buscando obstar improbidades de todos os sujeitos que atuam no processo. Algumas disposições do CPC chegam a ser amplíssimas, levando-se a certos exageros.

Devido à abrangência do princípio, assevera Rui Portanova (2008, p. 160):

Apesar das disposições gerais e particulares dos sistema brasileiro de repressão à malícia processual, o princípio tem tal abrangência que, mesmo sem lei, ele estaria presente no processo. Assim, os sujeitos processuais e principalmente o juiz, devem manter-se atentos às ocorrências que violem a boa-fé processual. O caso concreto poderá revelar sempre novas condutas a serem reprimidas em nome da busca da verdade. A malícia tem tantas novas formas de aparecer que seria difícil ao legislador prever todas. Por isso, vale acrescentar, a má-fé se prova por indícios e circunstâncias.

Se desrespeitado o dever de lealdade comete-se um ilícito processual, ao qual correspondem sanções processuais, que será visto mais adiante.



3 O DEVER DAS PARTES E DOS PROCURADORES A AGIREM DE MODO ÉTICO

Fazendo uma análise do princípio da boa-fé percebe-se que ele impõe deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo, portanto, é necessário que sejam impostas as partes alguns deveres que impeçam a falta de ética nas relações processuais. Isso porque quando se forma uma relação processual, as partes em conflito encontram-se em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia, o que poderia acarretar no uso do processo para um abuso de direito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008), e que, conseqüentemente, poderia levar a uma decisão injusta.

Preocupado com o uso irregular do processo, e com uma possível falta de ética das partes, o legislador positivou no Código de Processo Civil uma série de deveres que as partes e todos aqueles que participam do processo são obrigados a cumprir. Assim dispõe o artigo 14 do CPC:

Art. 14 – São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único – Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Segundo o processualista Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 157),



esses deveres poderiam ser resumidos em uma frase: “cabe às partes o dever de auxiliar o juízo no descobrimento da verdade e na efetivação das decisões judiciais, sem utilizar expedientes antiéticos”. Novamente é bom ressaltar que essas normas não se limitam as partes, elas são aplicadas a todos os envolvidos no processo, inclusive aos seus procuradores. Apesar disso, serão tecidos mais alguns comentários sobre o mencionado artigo.

O inciso I do art. 14 do CPC ao dispor que as partes devem “expor os fatos em juízo conforme a verdade” está querendo coibir interpretações de um fato incontroverso (MONTENEGRO FILHO, 2008). Assim, as partes que apresentam as interpretações dos fatos crendo nelas não estão litigando de má-fé, mas aquela que sabe realmente que sua interpretação é descabida querendo apenas distorcer a verdade dos fatos, esta sim está faltando com seu dever ético devendo ser punida por isto.

O dever de proceder com lealdade e boa-fé, conforme estabelece o inciso II, é atitude indispensável a todos os sujeitos do processo, pois o que se busca neste é a pacificação de um conflito de pretensões, portanto, aquele que tem o processo como um jogo em que vale tudo, até mesmo trapacear para ganhar, está agindo contra os interesses do próprio Estado, que busca atingir a solução justa para o conflito, conseqüentemente a ação vil deste indivíduo deve ser punida. Destaque-se que para aplicar a punição é necessário constatar o dolo na conduta maliciosa do agente.

Também é obrigação das partes apresentarem pretensões ou defesas devidamente fundamentadas. Dessa forma, aquele que interpõe defesa sem fundamentá-la ou a fundamenta da forma mais absurda, com fins meramente procrastinatórios, está se utilizando de um uso irregular de direito para interromper a marcha processual, sendo assim, deverá a lei processual puni-lo por esse ato inútil ao processo.

As partes também devem abster-se de produzir provas, atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, assim dispõe o inciso IV do art. 14 do CPC. Com isso não se quer impedir o contraditório e a ampla defesa, mas sim evitar a má-fé processual de uma parte que invoca alguma prova ou ato que sabe ser totalmente desnecessário ao desfecho do processo.

E, por último, também é dever das partes cumprir os mandamentos e não criar embaraços para a efetivação das decisões judiciais (art. 14, V, do CPC). O que se quer evitar com isso é que o destinatário da decisão judicial descumpra o pronunciamento judicial. Nessa hipótese há aplicação de multa pela má-fé processual e outras penalidades como o crime de desobediência (art. 330 do CP) e aplicação de astreintes pelo descumprimento de obrigação



de fazer, de não fazer e de dar. Neste último dever, o parágrafo único do art. 14 exclui a sanção para os advogados, que ficarão sujeito ao Estatuto da OAB.

O processualista Misael Montenegro Filho (2008) ressalta que há uma restrição jurisprudencial no sentido de indicar a atipicidade do crime do art. 330 do CP (crime de desobediência) se a conduta já foi punida no âmbito cível, em respeito ao princípio da intervenção mínima do direito penal.

Com a imposição de todos esses deveres, torna-se clara a preocupação em resguardar a ética nas relações processuais, a qual se torna indispensável para impedir que alguma parte ou até mesmo o Estado seja prejudicado e também fica evidente que ela é necessária para a consecução de uma solução justa e uma efetiva tutela jurisdicional.

Ao agirem com lealdade e boa-fé, as partes e todos os envolvidos no processo evitam que este se alongue por demais, como é comum acontecer, diminuindo as insatisfações e proporcionando a proteção jurisdicional a quem realmente precisa.

Contudo, se qualquer pessoa ainda insiste em faltar com seus deveres no processo, ela será punida conforme estabelece o CPC, pois analisando o art. 14 pode-se chegar a um resultado lógico: a existência de uma responsabilidade processual civil (CÂMARA, 2005) e o seu descumprimento gera as hipóteses de litigância de má-fé.

4 A RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL

O processo judicial deve ser conduzido de modo a não frustrar o direito material das partes, entretanto para tal realização se faz necessário um combate efetivo contra todas as condutas que atentam contra a boa-fé objetiva. O descumprimento de tais disposições imperativas expressas no art. 17 do Código de Processo Civil afronta o princípio da lealdade processual ou princípio da boa-fé, devendo-se determinar conseqüências aos seus autores. Deste modo, a repressão à má índole nas ações ou omissões das partes processuais em um litígio, isto é a coibição da litigância de má-fé visando à redução dos efeitos e conseqüências da não obediência aos princípios e valores éticos que regem os procedimentos do processo contencioso, assim como nos de jurisdição voluntária, é que assegura através de dispositivos e sanções processuais o Código de Processo Civil:

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que



pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Do exposto no art. 16, este dispositivo estabelece diante da má fé do litigante podendo ser o autor, o réu ou interveniente, a responsabilidade, isto é o dever legal de indenizar as perdas e danos causados à parte prejudicada.

E ainda:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

A mesma legislação ao juiz ainda confere poderes para:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Averigua-se então, que o Código de Processo Civil não aceita hipótese alguma de sustentação da litigância de má-fé, não acolhe também nenhuma forma de passividade e verdadeira conivência com esta, ferindo aos princípios da boa-fé ou lealdade processual, se constituindo um sistema ilícito em um litígio.

Desta forma, é que o legislador acolheu tal preocupação regulamentando os deveres das partes e da sanção pelo descumprimento. Não se absteve também de reger as ações do juiz, este devendo se conscientizar da importância dos dispositivos do Código de Processo Civil, conferindo-lhes



efetividade às ações dos arts. 18 e 125, ou seja, quando do estudo do art. 18, o juiz ou o tribunal, de acordo com o *caput* deste artigo poderá condenar de ofício ou a requerimento, o litigante a pagar uma multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, somando-se os honorários advocatícios e todas as despesas que a parte prejudicada realizou.

O valor da indenização pode ser especificado de duas formas. Diretamente e desde logo pelo magistrado, em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa, ou relegado para liquidação por arbitramento, quando o juiz não dispuser de elementos pra fixá-la de imediato. Ressalta-se ainda, que na presença de litisconsórcio, isto é na pluralidade de litigantes de má-fé, o juiz condenará a cada um dos litisconsortes na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

A destarte, o objetivo da probidade dentro de uma relação processual, visa proteger a busca da verdade não tão somente das partes, como também dos advogados, dos juízes, dos agentes do Ministério Público e dos serventuários da justiça. Portanto frente à tamanha abrangência quanto dos sujeitos abarcados pelo reflexo dos dispositivos da Legislação, conclui Rui Portanova (2008, p. 157) "A boa-fé, em resumo, deve nortear o comportamento de todos, inclusive de participantes eventuais, como aqueles que fazem lances em hasta pública."

5 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DESCRITA NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 17 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Frente ao exposto a respeito do princípio da boa-fé no qual os sujeitos de um processo devem tecer conduta amoldada aos seus deveres, de cumprir com a verdade, com a moralidade e a probidade em todas as fases processuais, ressalta-se a existência de procedimento contrário, ou seja, a litigância de má-fé. Esta se observa quando da malícia de algumas das partes processuais no que tange a atividade processual como forma de pleiteio de um direito que parte não faz jus, bem como com a fraude processual, utilizando-se também de condutas antiéticas e procrastinatórias.

Com efeito, a partir do conjunto normativo disposto no art. 14 do Código de Processo Civil anteriormente exaurido; baseado em conceitos e elementos, os quais tratam dos deveres das partes e dos procuradores, leciona



o Código de Processo Civil a respeito da qualificação do litigante de má-fé:
Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

O disposto no art. 17 do Código de Processo Civil não contempla tais ações com a intenção de que uma das partes se conduza de forma a disponibilizar a outra parte do litígio todos os argumentos e condições para que este exulte na relação processual. O Código intenciona que a parte vencedora, o faça de modo ético e de boa-fé, sem o uso da má índole, das fraudes, do dolo, da improbidade processual, de mentiras, artifícios antiéticos bem como de desonestidades.

As hipóteses objetivas caracterizadoras da litigância de má-fé estão descritas acima no rol taxativo do art. 17 do Código de Processo Civil. No inciso I do referido artigo, litigante de má-fé considerar-se-á aquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso”, isto é pretensões e, ou defesas as quais não correspondam com o “dispositivo expresso em lei” ou ainda aqueles considerados “fato incontroverso” irão repercutir na análise da pretensão e da defesa para se enquadrar na litigância de má-fé, compondo a existência de hipótese de dispositivo de lei afrontado, podendo contrariar fundamento jurídico articulado, ou pela alegação de que determinado fato pela parte exposta seja considerado como inviável para sustentar a pretensão ou defesa.

No inciso II dispõe o Código de Processo Civil que “alterar a verdade dos fatos” caracteriza-se como a segunda hipótese de litigância de má-fé. Aquele que afirmar fato inexistente, que nega o existente, ou ainda coloca como verdadeiro fato distorcido da realidade ou da verdade fática, sabendo como verdadeiramente se passou, considerar-se-á também um litigante de má-fé.



No terceiro inciso do mesmo dispositivo legal, tem-se a hipótese de “uso do processo para obtenção de fim ilegal”, ou seja, fica vedado o uso do processo para conseguir objetivo ilegal, prejudicando a parte adversa do litígio.

A oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, como a quarta hipótese de litigância de má-fé se identifica com a compreensão do inciso V do art. 14, no qual este declara como dever das partes “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.” Conclui-se que todos os atos de resistência injustificados praticados que possam atrasar o curso processual, como a demora no cumprimento de diligências e disposições processuais, fazendo-o durar mais tempo que o devido, será considerado litigante de má-fé.

“Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” trata-se de hipótese em que uma das partes da relação processual age de forma irresponsável, insensata, manifestando alegações desconstituídas de veracidade e de fundamento reais.

No curso processual de um litígio pode ocorrer a manifestação dos denominados incidentes processuais. Dentro destes encontra-se o disposto no art. 304 do Código de Processo Civil: “É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência, o impedimento ou a suspeição”. Deste modo, com base no art. 306: “Recebida a exceção, o processo ficará suspenso, até que seja definitivamente julgada”; o processo fica suspenso evitando-se a perda de prazo para a contestação. Neste diapasão, também provocar incidentes manifestamente infundados, com fins diretamente protelatórios configura-se como hipótese de litigância de má-fé.

Por fim, a última hipótese de litigância de má-fé, isto é a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório, é caracterizada quando o litigante de má-fé o interpõe, contrariando jurisprudência ou súmula já vigente, de modo servirem tais recursos apenas para avolumarem os serviços nos Tribunais e promoverem uma maior morosidade no sistema jurídico brasileiro.

Em visão doutrinária Pontes de Miranda (1995), sucinta em comentário ao art. 17 do Código de Processo Civil, que o litigante de má-fé considerado nesse dispositivo seria aquele que pede ou que tenha de responder: o autor; o reconvinte; o terceiro embargante; aquele a quem a lei dá direito de recurso; aquele que se apresentou como se tivesse tal direito; qualquer autor nos processos acessórios; o que pede homologação de sentença estrangeira; o que suscita conflito de jurisdição; o que interpõe recurso extraordinário; o que executa sentença, não tendo sido o autor da ação, como o sucessor, se o



abuso do direito processual é seu.

Diante ao exposto finaliza o brilhante raciocínio de Humberto Teodoro Júnior (2005, p. 118)

A delimitação dessas condutas ilícitas, em relação a todos os sujeitos vinculados ao processo (órgão judicial, auxiliares do juízo, partes e advogados, intervenientes eventuais, etc.), se encontra submetida ao princípio sintetizador da boa-fé e lealdade, que pressupõe o respeito a um determinado standard de moralidade que se identifica com a dignidade da justiça. Este último conceito representa o valor último a que se devem adequar as condutas dentro do processo.

6 A MOROSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Ao analisar a questão das causas que promovem a morosidade no Poder Judiciário destaca-se como um dos motivos principais que enseja uma justiça lenta e tardia quanto da efetiva tutela judiciária como solução de litígios; a morosidade como consequência da litigância de má-fé em uma relação processual, ou seja, quando uma das partes age com o que se convencionou qualificar de má-fé, não somente a parte contrária no litígio é prejudicada. Um dos maiores prejudicados com procedimento ilegal e desleal do litigante ímprobo é o nosso assoberbado e moroso Poder Judiciário, em que tais ações acabam por demandar sérios transtornos à administração da Justiça.

Diante ao aludido, expõe-se que se faz necessária uma justa composição de litígios baseados na boa-fé processual, na probidade e lealdade das partes litigantes, haja vista a necessidade da prestação da tutela jurisdicional que se encontra em expectativa de ambas as partes de modo efetivo e justo. Desta forma, averigua-se que tanto o autor concorre em obter êxito em sua pretensão no menor tempo possível, como por outro lado o réu encontra-se ansioso por livrar-se da situação de sujeito passivo, devendo ocorrer de modo honesto e eficaz frente à tutela judiciária do Estado Democrático de Direito.

Torna-se conclusivo ressaltar que a ética e a moral devem caminhar juntas dentro da esfera de uma relação processual, à medida que o respeito aos princípios e valores basilares no presente artigo já contemplados, deve nortear a consciência de todos os sujeitos processuais com o intuito de tentar



desafogar e de desburocratizar o sistema judiciário já tão estafado, para torná-lo mais justo e probo.

Cabe aqui o magnífico posicionamento de Francisco Fernandes de Araújo (2004, p. 392):

A morosidade da justiça causa enormes prejuízos materiais e morais, tanto ao autor que deseja uma resposta rápida do Judiciário e êxito do seu direito, como ao réu que quer livrar-se do incômodo da demanda. Por outro lado, e como regra, também beneficia o réu que não tem razão. A morosidade causa desilusão e descrença na Justiça, o descrédito e o desgaste do Poder Judiciário, cuja imagem fica desprestigiada.

7 CONCLUSÕES

A falta de ética nas relações processuais acarreta danos tanto para o Estado quanto para as partes do litígio por isso é necessário que o Código de Processo Civil estabeleça punições para aqueles sujeitos que descumpram as normas processuais.

Nesse sentido é que existe o princípio da boa-fé, exigindo de todos aqueles que atuam no processo uma conduta leal e proba, vedando atitudes mentirosas e desonestas. Assim, estabelece o CPC, em seu art. 14, uma série de deveres das partes e de seus procuradores, serventuários e até mesmo dos juízes para que se comportem de maneira ética objetivando com isso alcançar uma solução justa para o litígio.

Mas mesmo assim se ainda perdurarem aqueles que insistem em descumprir as normas processuais, o CPC impõe sanções para os litigantes de má-fé. No intuito de descrever aquelas condutas maliciosas, o CPC dispõe em seu art. 17 as condutas nocivas ao andamento do processo.

Com isso não se quer impedir o direito a ampla defesa, o que se busca é impedir que os litigantes façam do processo um jogo no qual vale tudo para ganhar, até mesmo se utilizar de medidas absurdas. Portanto se faz necessário que haja a intervenção do CPC impedindo medidas temerárias das partes em conflito, evitando a procrastinação processual.

Além de acarretar danos para uma solução justa da lide, litigar maliciosamente traz conseqüências graves para o judiciário, principalmente: a morosidade. Muitos se utilizam dos recursos disponíveis no direito processual



no intuito de impedir que a parte merecedora tenha o seu interesse satisfeito, protelando cada vez mais a decisão final. Isso só faz com que os tribunais fiquem repletos de ações despropositadas, levando a lentidão já tão conhecida pelos jurisdicionados.

Essa morosidade só proporciona descrédito às instituições brasileiras, portanto, faz-se imperioso que sanções sejam impostas àqueles que impedem que o processo siga o seu curso natural para atingir a efetiva tutela jurisdicional. Nesse sentido, é que mais uma vez percebe-se a relevância da presença de valores éticos norteadores das relações processuais como forma de impedir a falta de lealdade nas lides.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Tomo I

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.



PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2005. Cap. 6, p. 103-120.

_____. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PRINCIPLE OF GOOD-FAITH: THE PRESENCE OF ETHICAL VALUES IN THE PROCESS

ABSTRACT

Through the lawsuit, it is seeking the pacify of a dispute. It assumes that, in fact, are conflicting parties; so, maintain respect between them becomes a very difficult goal. That's why there's a principle of good faith procedure, which requires from the procedural subjects ethical behavior, fair, worthy enough in order to achieve the fair settlement of the dispute. That way, a procedural relationships based on ethical behavior takes place, preventing the distortion of the process by the use of unethical conduct. Through the analysis of legislation, it realizes that the duty of acting with loyalty and good faith attitude is essential to all subjects of the process, because what is sought is the resolution of conflicting claims, so that one which has the process as a game where anything goes, even cheat to win, is acting against the interests of the State. Besides the damage caused to the parties, litigating maliciously brings serious consequences to the



judiciary, for example: length, which only delivers discredit to Brazilian institutions. Therefore, it is essential the imposition of sanctions on those who do not allow the process follow its natural course to achieve an effective judicial protection.

Keywords: Civil Procedure. Ethics. Principle of Good Faith.



RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS MENORES

Moacir Silva do Nascimento Júnior

Graduado em Direito pela UFRN.
Especialista em Ciências Penais pela UNISUL.
Aluno da Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito do Estado oferecida pela
Universidade Anhuera-UNIDERP

RESUMO

O presente trabalho aborda parcela da problemática relativa à responsabilidade civil decorrente de atos praticados por incapazes. Quando os danos são causados por crianças e adolescentes, a legislação civil prevê a responsabilização indireta dos pais. Para investigar a evolução do tratamento jurídico dessa matéria, realizou-se pesquisa bibliográfica, com a consulta a livros e periódicos nacionais, além de levantamento da posição adotada pela jurisprudência, enfatizando a do Superior Tribunal de Justiça. Foi possível verificar uma notável melhoria no sistema normativo, que culminou com a fixação da responsabilidade objetiva pelo Código Civil de 2002, mais adequada porque tutela o interesse das partes lesadas e proporciona uma maior estabilidade social.

Palavras-chave: Responsabilidade civil indireta. Culpa. Responsabilidade objetiva.

1 INTRODUÇÃO

Os temas ligados à responsabilidade civil ganham cada vez mais importância no debate jurídico nacional. Isso decorre, em grande medida, da litigiosidade intensa nas diversas áreas ligadas ao mercado de consumo, tendo em vista que os usuários de serviços e adquirentes de bens passaram a não aceitar os abusos praticados pelos fornecedores, submetendo grande número de demandas ao Poder Judiciário, que vem dando uma resposta satisfatória em termos de reparação pelos danos sofridos. Com o desenvolvimento dessa cultura, as pessoas atentaram para a viabilidade de utilizar mecanismos jurídicos nas mais diversas situações de suas vidas e não somente nas relações consumeristas.

Buscando enfrentar a problemática ligada ao ressarcimento dos danos causados por incapazes, aos quais o Ordenamento Jurídico, em regra, veda a imputação de responsabilidade, o presente estudo analisa a evolução das teorias que fundamentam a imposição da obrigação jurídica de indenizar aos chamados responsáveis indiretos. No caso específico, aos pais. Para isso, foi realizada pesquisa em livros e periódicos nacionais, com a finalidade de investigar o posicionamento da doutrina, especialmente no que concerne aos atos praticados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (CC/2002).

Também foi analisada a questão da emancipação voluntária, haja vista que a partir desse momento os menores se tornam capazes para os atos da vida civil e, desse modo, passíveis de imputação da responsabilidade civil por suas condutas, seja no âmbito contratual ou extracontratual. Normalmente, tais pessoas detém limitada capacidade econômica para fazer frente ao ressarcimento dos danos que venham a causar, o que poderia comprometer o direito das pessoas lesadas.

Para uma melhor compreensão dos temas estudados, foi dada especial atenção ao entendimento da jurisprudência, notadamente aos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que possui a missão de unificar o entendimento jurídico nacional quanto à aplicabilidade das normas infraconstitucionais.

2 DA PRESUNÇÃO DE CULPA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O sistema clássico de responsabilidade civil extracontratual, consagrado nos artigos 159, 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553 do Código Civil de 1916



(CC/1916), elenca como requisitos ao surgimento da obrigação de indenizar a ocorrência de um dano que tenha sido causado por conduta – ou condutas – praticada de forma dolosa ou culposa¹.

É possível afirmar que o ato é doloso quando o agente atua com vontade de produzir determinado resultado. Se um homem desfere forte soco no estômago de outrem pelo simples fato de ser ele torcedor de um time adversário, a conduta tanto se enquadra no tipo penal que descreve o crime de lesão corporal como representa um ato ilícito, ante a violação do dever jurídico que impõe o respeito à integridade física e psíquica de outras pessoas, sendo passível, portanto, de culminar com a imposição de uma obrigação pecuniária relativa aos danos morais sofridos pela vítima da agressão.

O ato será culposo, por sua vez, quando o agente atuar de modo impudente, negligente ou com imperícia. Há negligência em caso de omissão, quando se deixa de praticar um ato que era exigido em determinada circunstância, como na hipótese de sair de casa e não fechar o portão, permitindo que um feroz animal fuja e mate a dentadas um bebê que esteja passeando na calçada. A imprudência se caracteriza pelo atuar sem que as cautelas necessárias sejam observadas, como dirigir um caminhão em alta velocidade dentro de um condomínio residencial. É imperito o profissional que desempenha função para a qual não foi treinado ou não se preparou adequadamente, a exemplo do médico ortopedista que decide realizar cirurgia neurológica.

Informa a doutrina especializada que

a obrigação de indenizar (reparar o dano) é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito, conforme se infere também dos arts. 1.518 a 1.532 do Código Civil de 1916, constantes de seu Título VII (“Das obrigações

¹Diferentemente do que ocorre no Direito Penal, não existe repercussão, para fins de definir a responsabilidade civil, no enquadramento da conduta como dolosa ou culposa, haja vista que em ambos os casos estará caracteriza a culpa em sentido amplo. Nesse sentido, explica Venosa (2007, p. 23) que “a culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (*delito*, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (*quase-delito*). Essa distinção entre dolo e culpa ficou conhecida no Direito Romano, e assim foi mantida no Código francês e em muitos outros diplomas, como delitos e quase-delitos. Essa distinção, modernamente, já não possui maior importância no campo da responsabilidade. Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização [...]”.



por atos ilícitos”).

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 13 e 14)

Mesmo nessa sistemática, já estava prevista no art. 1.521 e seguintes do CC/1916 o que se convencionou chamar de responsabilidade civil indireta, que atingia, além dos pais, pelos atos praticados por seus filhos menores que estivessem em seu poder e em sua companhia, as seguintes pessoas: a) tutor ou curador, pelos atos dos pupilos e curatelados; b) patrão, amo ou comitente, por conduta praticada por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele; c) donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos atos dos hóspedes, moradores e educandos; d) aquelas pessoas que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a correspondente quantia.

Acerca do tema, disserta Regina Beatriz Tavares da Silva (2008, p. 896):

O ato ilícito pode ser praticado pelo próprio imputado ou a ação ofensiva pode ser praticada por terceiro que esteja sob a sua esfera jurídica. Se o ato é praticado pelo próprio imputado, a responsabilidade civil classifica-se como direta. Se o ato é praticado por terceiro, ligado ao imputado, sendo que essa ligação deve constar da lei, a responsabilidade é indireta. Tal responsabilidade existe porque a antijuridicidade da conduta, por si só, ou seja, a responsabilidade direta, não satisfaz o anseio de justiça – dar a cada um o que é seu. Há vezes em que para haver justiça faz-se necessário ir além da pessoa causadora do dano e alcançar outra pessoa, a quem o próprio agente esteja vinculado por uma relação jurídica. Assim, há responsabilidade indireta quando alguém é chamado pela lei para responder pelas consequências de fato de terceiro, expressão que também se utiliza na responsabilidade pelo fato provocado por animal ou coisa, com o qual o responsável está ligado juridicamente.



É importante observar, no entanto, que havia regra expressa no art. 1.523 do CC/1916 impondo àquele que pretendesse pleitear indenização a prova de que os supostos responsáveis indiretos tinham concorrido para o dano por culpa, ou que teria havido negligência de sua parte. Sendo assim, o vínculo obrigacional se formava não de forma indireta, mas por meio da demonstração do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido pela vítima e a conduta culposa do terceiro.

A conduta negligente do patrão, ao atribuir função de manobrista a funcionário sem habilitação para dirigir carros, indubitavelmente é causa de eventual prejuízo a veículo de cliente do estacionamento. Nessas hipóteses, existe concorrência de causas, na medida em que o dano tanto resultou da conduta imperita do funcionário como da negligência do patrão, e não propriamente uma responsabilidade indireta deste.

Arnaldo Rizzardo (2006, p. 106) informa:

De acordo com o Código Civil francês, prevalecia a presunção *juris tantum* de culpa das pessoas arroladas como representantes. Aceitava-se a escusa desde que provada a impossibilidade de evitar o evento danoso. [...]

Nota-se a diferença quanto ao sistema brasileiro original, fundado no art. 1.523, que impõe ao lesado a prova da culpa dos responsáveis pelos causadores do dano. No entanto, por fruto da doutrina e da jurisprudência, veio a dominar a *ratio* do afastamento da responsabilidade se vier a prova do emprego de todos os cuidados reclamados pelas circunstâncias. Assim, quanto ao lesado, na conclusão de Orlando Gomes, era suficiente que provasse "a relação de subordinação entre o agente direto e a pessoa incumbida legalmente de exercer sobre ele vigilância, e que prove ter ele agido de modo culposos, para que fique estabelecida a presunção *juris tantum* de culpa *in vigilando*".

Em suma, passou a vigorar a inversão do ônus da prova que vinha no art. 1.523: àqueles que exerciam a guarda ou a vigilância incumbia a prova de que não agiram com culpa ou negligência. Cabiam-lhe evidenciar que haviam cumprido o dever de vigiar e de fiscalizar, ou de que, independentemente de sua atenção, de sua presença, da mesma forma aconteceria o fato.



Como fruto da evolução do pensamento jurídico sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF), quando ainda possuía competência para consolidar a jurisprudência nacional em matéria infraconstitucional, editou a Súmula nº 341 para estabelecer a presunção da culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo de seu empregado ou preposto. O verbete foi aprovado na Sessão Plenária do dia 13 de dezembro de 1963 e contém a seguinte redação: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Esse grande avanço jurisprudencial pode ser creditado à dificuldade que havia para o ressarcimento dos prejuízos causados pelas pessoas elencadas no art. 1.521 do CC/1916, na medida em que a lei impunha à parte lesada um pesadíssimo ônus. Pela técnica da inversão do ônus da prova, começou a ganhar corpo uma autêntica responsabilidade indireta. Ao alegar em juízo a responsabilidade tanto do manobrista imperito como do proprietário do estacionamento negligente, a parte deveria unicamente demonstrar a culpa do primeiro, pois a do segundo era presumida. Mas ainda seria possível ao patrão provar que havia pautado o processo de seleção de seu pessoal por todos os padrões de qualidade exigíveis, que mantinha constante programa de treinamento e orientação além de contratar supervisores que verificavam de forma ininterrupta o trabalho dos funcionários, o que afastaria a sua responsabilidade e o conseqüente dever de indenizar.

O mesmo raciocínio também poderia ser aplicado nas demandas em que figuravam na parte passiva os genitores, notadamente porque o art. 1.521, I, do CC/1916, condicionava a responsabilidade civil dos pais a que os filhos menores estivessem “sob seu poder e em sua companhia”. Mesmo com a inversão do ônus da prova em favor da parte lesada, os pais detinham a faculdade de provar em juízo que haviam exercido suas funções da melhor forma possível, o que descaracterizaria a sua culpabilidade e, por conseqüente, impediria que a obrigação indenizatória fosse imposta pelo Poder Judiciário. Embora a tarefa dos pais fosse de difícilíssima concretização, deve ser reconhecida a existência dessa via de defesa, o que muitas vezes poderia gerar situações de extrema injustiça, impedindo o ressarcimento de danos extremamente graves causados por menores.

Com a entrada em vigor do CC/2002, a matéria passou a ser disciplinada nos artigos 932 e seguintes, com previsão da responsabilidade indireta para pais, tutores, curadores, empregadores, comitentes, donos de hotéis, de hospedarias, de casas ou de estabelecimentos onde se albergue por dinheiro,



mesmo para fins de educação, e também daqueles que gratuitamente participem do produto de crime, e a ressalva expressa de que eles devem responder pelos atos praticados pelos filhos, pupilos e curatelados, empregados, serviçais e prepostos, hóspedes, moradores e educandos, ou dos criminosos, mesmo que não haja culpa de sua parte.

Para a doutrina, todas essas pessoas “passaram a ter presunção absoluta de sua culpa e a responder objetivamente pelos danos causados, ou seja, independentemente de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*” (SILVA, 2008, p. 900). A construção teórica que viabilizava a presunção de culpa para caracterizar a responsabilidade indireta foi afastada, por ultrapassada que já era, para dar lugar à responsabilidade objetiva, que se fundamenta no risco, para a qual é “irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar” (DINIZ, 2007, p. 128).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 149 e 155) destacam:

O Código de 2002, por sua vez, alterando significativamente esse cenário, valendo-se visivelmente da teoria do risco, cuidou de acabar, de uma vez por todas, com as melindrosas “presunções de culpa”, e, em uma atitude mais séria e precisa, estabeleceu, nos termos dos seus arts. 932 e 933, que as situações ali mencionadas de responsabilidade civil por ato de terceiro dispensariam a prova de culpa.

[...]

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, a mudança de tratamento legal da matéria foi significativa. Primeiramente, pela alteração da dicção do próprio inciso I do art. 932 que substituiu as expressões “poder” por “autoridade” [...]. Melhor assim.

A expressão “poder” no Código anterior era anacrônica, na medida em que o pai que não tivesse o menor em sua companhia não deixava de ter o “pátrio poder” sobre ele. Mais técnico, portanto, o Código de 2002, ao chamar a atenção de que somente aquele dos pais que exerce, de fato, a autoridade sobre o menor, fruto da convivência com ele, poderia ser responsabilizado pelo dano causado.

Ademais, vale lembrar que não mais se analisa culpa para efeito de responsabilidade, ainda que sob a forma de presunção, na medida em que o art. 933 ressaltou



que todas as modalidades de responsabilidade indireta são objetivas.

[...]

Pouco importando, pois, que se trate de menor absoluta ou relativamente incapaz, se o seu representante não tiver a obrigação de indenizar (imagine que o pai esteja em coma, e o seu filho, órfão de mãe, haja ficado em companhia da avó idosa, ocasião em que cometeu um dano), ou for pobre, poderá a vítima demandar o próprio menor, objetivando o devido ressarcimento, caso haja patrimônio disponível.

No caso específico do dano causado por menores que estejam sob a autoridade e na companhia de seus pais, estes serão obrigados a indenizar eventuais prejuízos sempre que a parte lesada comprovar que o dano foi resultado de uma conduta praticada por aqueles, afastando a surreal discussão acerca da existência de culpa, que poderia levar a desgastes psicológicos extremamente traumáticos às partes envolvidas. Atualmente, de nada adianta argumentar que depois da “evolução dos costumes, da sociedade liberalizada, do precoce amadurecimento, da aceleração na propagação dos vícios, das influências negativas, os pais perdem completamente o poder de vigilância ou guarda” (RIZZARDO, 2003, p. 113). O dever de indenizar está previsto em lei e o insustentável requisito da culpa *in vigilando* não mais subsiste.

O que se busca tutelar é o interesse da parte lesada e, sobretudo, a estabilidade do corpo social. Caso ocorra um prejuízo patrimonial causado por um menor, cabe ao sistema jurídico apresentar uma resposta no sentido de remediar o dano e, a partir do momento em que o Direito não consegue tutelar os interesses das pessoas que sofrem prejuízos, sejam eles de ordem moral ou patrimonial, há um sério risco de insurgência da parte lesada, que pode optar por satisfazer o anseio de Justiça por meios alternativos e, pior, ilícitos. O pai que tenta, a qualquer custo, eximir-se do pagamento de indenização relativa a dano causado por seu filho, ao argumento de que não teve qualquer participação no incidente, não só compromete o patrimônio da pessoa lesada como pode estar colocando em risco a integridade física do seu ente querido.

Ter o menor em sua companhia não corresponde a residir com ele no mesmo imóvel. Após a dissolução do vínculo conjugal, permanecem para ambos os genitores os deveres inerentes ao poder familiar e, por conseguinte, a responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos filhos. Cabe desta-



car que a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, incluiu regras expressas² no CC/2002 (arts. 1.583 e 1.584) relativas ao instituto da guarda compartilhada, definida como a responsabilidade conjunta de ambos os genitores, bem como o exercício dos direitos e deveres do pai e da mãe que não residam no mesmo lugar, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Ela consiste “basicamente na possibilidade dos pais e mães dividirem a responsabilidade legal sobre os filhos e, ao mesmo tempo, compartilharem com as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança” (PEREIRA, 2008, p. 19).

A doutrina especializada assim abordou a matéria:

A Lei nº 11.698 preferiu tratar da supervisão dos interesses dos filhos como dever ou obrigação do que de direito de quem não detenha a guarda; pode sofrer, pois, consequências jurídicas por sua omissão no cumprimento desse dever, que é verdadeiro *múnus público* determinado por lei.

[...]

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. (LÔBO, 2008, p. 30 e 33)

Como a sistemática eleita pelo legislador civilista foi a da responsabilidade solidária e objetiva – sendo irrelevante a discussão acerca da culpa – do pai e da mãe pelos atos praticados pelos seus filhos menores, é possível

² Entende-se que a atribuição da guarda a ambos os genitores após o rompimento do vínculo afetivo/familiar deveria ser consequência automática do complexo de deveres jurídicos inerentes ao poder familiar e que, portanto, já estaria previsto, embora de modo implícito, aquilo que se convencionou chamar de guarda compartilhada. Esse mesmo entendimento é sustentado por Clovis Brasil Pereira (2008, p. 20): “Temos Convicção que a legislação infraconstitucional estabelecia em consonância com os princípios constitucionais da Carta de 1988, ao dar nova disciplina ao exercício do poder familiar pelo pai e pela mãe, tendo como primado básico o interesse do menor, já possibilitava a adoção da guarda compartilhada, embora não existisse um texto legal específico que regulamentasse o instituto. Muitos juízes, inclusive, já a adotavam, levando em conta a pretensão dos pais e o interesse dos filhos”.



concluir que a imposição legal da guarda compartilhada atesta uma postura coerente do sistema positivo, colocando em evidência o direito de crianças e adolescentes efetivamente conviverem com ambos os seus genitores, mesmo que eles não formem um casal.

3 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS ATOS PRATICADOS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO CC/2002

Interessante é a discussão relativa aos danos causados por menores antes da entrada em vigor do CC/2002, ou seja, até o dia 11 de janeiro de 2003. Como já mencionado, a regulamentação prevista no CC/1916 estava baseada no sistema clássico de responsabilidade civil, no qual a aferição da culpa era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar, mesmo nos casos de responsabilidade indireta.

No entanto, especificamente quanto à responsabilidade dos pais, foi editado o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, consolidando as leis de assistência e proteção a menores, contendo dispositivos que revogaram tacitamente as normas do CC/1916, na medida em que regularam integralmente a matéria, dispondo que a responsabilidade civil dita indireta dos pais pelos atos lesivos praticados por seus filhos deveria passar a ser regida pela sistemática da presunção de culpa, conforme disposto nos seguintes dispositivos:

Art. 68

[...]

§ 4º São responsáveis, pela reparação civil do dano causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.623.)

[...]

Art. 74. São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor, os paes ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.523.)

Posteriormente, foi instituído o Código de Menores por meio da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, cujo art. 123 revogou expressamente o decreto consolidador de 1927. Com isso, entende-se que, diante da revogação



das normas do CC/1916 que exigiam a caracterização da culpa dos genitores para a imposição da obrigação indenizatória e do decreto que fixava a regra da presunção de culpa, foi implantado no Brasil, desde 1979, a autêntica sistemática da responsabilidade indireta dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores, de índole eminentemente objetiva, sendo a posição adotada também por Silvio Rodrigues (1983 *apud* DINIZ, 2007, p. 515):

De fato, a Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que instituiu um novo Código de Menores, em seu derradeiro artigo, revogou, expressamente, e em seu todo, o Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que dera vigência ao Código Anterior. Portanto, o art. 68, § 4º, que revogara o art. 1.523 do Código Civil de 1916, se encontra também revogado. Ora, foi aquele dispositivo, cuja vigência agora se extinguiu que aliviou a vítima do ato danoso praticado pelo menor do encargo de provar a culpa do pai deste, para vê-lo envolvido na obrigação de indenizar. Entretanto, o fato de ter o Código de Menores de 1927 perdido a vigência não faz com que o art. 1.523 do Código Civil de 1916, por ele revogado, volte a vigorar, pois a lei revogada não se restabelece por ter a lei revogadora perdido vigência (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º). Portanto, como estamos agora? Na realidade, com a revogação do art. 1.523 do Código Civil de 1916 e a posterior revogação do Código de Menores, o único texto a reger a responsabilidade dos pais por atos dos seus filhos era a regra do art. 1.521 daquele Código... Examinando-se o dispositivo, que vive sem a restrição que era sua gêmea (prova de culpa do pai a se produzida pela vítima), nota-se que a revogação do Código de Menores de 1927 ampliou consideravelmente a responsabilidade dos pais, pois tirou-lhes a válvula de escape, representada pela possibilidade de ilidir sua responsabilidade, provando que não houve culpa ou negligência de sua parte. Sua responsabilidade, dadas certas circunstâncias, é objetiva, pois não mais existe a presunção de culpa, consignada no Código de Menores de 1927.

Embora exista posição doutrinária em sentido diverso³, sustentando

³Entre aqueles que buscam, de modo equivocado, a aplicação pura e simples das regras do



inclusive que o art. 1.523 do CC/1916, mesmo revogado, deve ser aplicado em conjunto com o art. 1.521, I, mas com os temperamentos da Súmula nº 341 do STF, a aplicação prática do modelo consagrado desde 1927 pelo Código de Menores terminou por representar, em verdade, a vigência de um sistema similar ao da responsabilidade objetiva, segundo a qual a obrigação de indenizar só pode ser afastada quando ocorre rompimento do nexo causal (caso fortuito, força maior, fato de terceiro, etc) ou estando ausente o liame entre terceiro responsável e o causador do dano, haja vista que a prova a ser elaborada pelos pais para conseguir afastar a presunção de culpa *in vigilando* era praticamente inatingível, tanto que a jurisprudência chegou ao “ponto de responsabilizar os pais mesmo que o filho, causador de um acidente de trânsito, já tivesse recebido a habilitação para dirigir pelo Poder Público e fosse, assim, considerado apto para tal exercício de direito” (RIZZARDO, 2006, p. 109).

Entende-se, portanto, serem inteiramente aplicáveis – ante a ausência de norma específica, posto que o art. 1.523 do CC/1916 foi revogado pelo Código de Menores de 1927, também revogado em 1979 – as regras dos artigos 932 e 933 do CC/2002 aos eventos danosos ocorridos antes de sua entrada em vigor. Não que isso represente atribuir aos respectivos dispositivos legais uma eficácia retroativa que, evidentemente, não têm. Cabe, isso

CC/1916, destaca-se Venosa (2007, p. 72), ao afirmar que “será negligente o pai que permitir que o filho menor dirija veículo sem a devida habilitação. Assim também o pai que não exerça sobre ela a vigilância, permitindo que venha furtar ou roubar. Somente estará isento do dever de indenizar se provar rigorosamente que não agiu com culpa, ou melhor, a nosso ver, provando que não há nexo algum de causalidade. A jurisprudência é rigorosa na inculpação dos pais. Segundo ficou totalmente assente nos tribunais, há inversão de prova: incumbia ao pai, ao ser demandado, provar que não agiu com culpa no sistema de 1916. O sistema persistirá. No entanto, a liberalização dos costumes e o fato social de os filhos cada vez mais se distanciarem dos olhos e da guarda dos pais nas últimas décadas devem permitir um abrandamento da jurisprudência”. As observações de Maria Helena Diniz (2007, p. 513-514), nesse mesmo sentido, foram sintetizadas na seguinte passagem: “Sem embargo, em face da omissão legal, pois o Código de Menores (hoje revogado pela Lei n. 8.069/90) nada dispunha sobre a matéria, era de bom alvitre, para evitar injustiça em certos casos, seguir, em relação à responsabilidade dos pais pelo fato do filho, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Súmula 341), que ao interpretar o art. 1.523 do Código Civil de 1916 decidiu que a lei presume a culpa do patrão ao comitente pelo ato ilícito de seu empregado ou preposto. Com a presunção de culpa, haveria possibilidade de o pai, e não a vítima, provar que não violou seus deveres. Assim sendo, tornou-se conveniente que nossos juízes e tribunais examinassem cuidadosamente cada caso e admitissem a exoneração do genitor, se for evidente que o prejuízo causado pelo menor se deu, embora seu pai tenha sido diligente, cumprindo de modo exemplar a obrigação de vigilância”.



sim, pare reconhecer que a teoria da responsabilidade civil objetiva, mesmo indireta, incide sobre as situações jurídicas que ocorreram anteriormente, inclusive com a observância do art. 1.518, parágrafo único, do CC/1916, que impõe a responsabilidade solidária entre os autores do dano e as pessoas mencionadas no art. 1.521.

4 SOLIDARIEDADE, SUBSIDIARIEDADE E EMANCIPAÇÃO

O CC/2002, em seu art. 265, dispõe expressamente acerca da impossibilidade de se presumir a solidariedade, que deve resultar da lei ou da vontade das partes. Entre as pessoas listadas no seu art. 932, tanto responsáveis diretos como indiretos, existe expressa previsão legal de solidariedade, considerando a dicção do *caput* do referido dispositivo, segundo o qual “São também responsáveis pela reparação civil”, e o seu art. 942, parágrafo único: “São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

No caso específico dos menores, há regra específica que limita a sua responsabilidade às hipóteses em que os seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tal, conforme previsto no art. 928, *caput*, do CC/2002. O parágrafo único assegura ao incapaz o mínimo necessário à sua sobrevivência e das pessoas que dele dependem, ao dispor que a indenização a ser paga deverá ser equitativa. Regina Beatriz Tavares da Silva aponta conflito entre essas regras e a previsão constante do art. 942, que estabelece responsabilidade patrimonial solidária, acentuando: “já que deve, antes, responder o patrimônio do responsável, não há propriamente obrigação solidária do incapaz” (2008, p. 891).

Cumpra reconhecer que, em regra, inexistente vínculo de solidariedade entre os menores causadores de danos a terceiros e os seus pais. Se for hipótese de responsabilidade indireta dos pais fundada no art. 932 do CC/2002, devem eles responder com o seu patrimônio e, somente quando tiverem sido esgotadas as suas possibilidades financeiras, a parte lesada poderá se voltar contra a criança ou o adolescente causador do dano, mas com a reserva da parcela do seu patrimônio imprescindível à sua subsistência e das pessoas que dependam dele. Foi editado, pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), o Enunciado nº 39 consignando que os pais também são beneficiados pelo limite



humanitário previsto no art. 928, parágrafo único, do CC/2002⁴. Ou seja, não poderá ocorrer o esgotamento total do seu patrimônio para saldar obrigação indenizatória derivada de dano causado por seus filhos menores.

No que concerne ao art. 116 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que prevê o ressarcimento do dano pelo adolescente que comete ato infracional, entende-se que também inexistente solidariedade entre pais e filhos. Sendo configurada a responsabilidade indireta dos pais (art. 932, I, do CC/2002), a dívida deve ser deles inicialmente cobrada e, por conseguinte, apenas será possível adentrar no patrimônio do menor infrator após esgotadas as possibilidades de cobrança da dívida frente aos genitores. Nesse sentido foi editado o Enunciado nº 40 pelo CJF⁵.

Quanto à emancipação, Arnaldo Rizzardo (2006, p. 114) sustenta que ela “retira a responsabilidade dos pais, malgrado inteligência divergente da maioria dos autores e mesmo da jurisprudência antiga e recente”, argumentando que inexistente coerência no ato de “tonar a pessoa maior para certos atos, e manter, na prática, a incapacidade para outros efeitos”. Segundo ele, uma vez emancipado, apenas o autor da conduta danosa deve ser responsabilizado pelo prejuízo, e não mais os seus genitores.

Maria Helena Diniz (2007, p. 512), por sua vez, explica que

o lesado poderá propor ação contra o menor, desde que emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, I, ou contra seus genitores, ou contra ambos (litisconsórcio passivo), mas a [responsabilidade] do incapaz é subsidiária e mitigada, se seus pais não puderem reparar

⁴A Primeira Jornada de Direito Civil ocorreu nos dias 12 e 13 de setembro de 2002 com a participação de 130 juristas, na qual foram aprovados 137 enunciados, dentre os quais o seguinte: “39 – Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

⁵A redação do enunciado, também aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF, ocorrida nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, é a seguinte: “40 – Art. 928: O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”.



o dano causado (CC, art. 928). [...] A responsabilidade dos pais será subsidiária e solidária, se emancipado por concessão deles nos termos do art. 5º, parágrafo único, I (CC, arts. 928 e 942, parágrafo único; [...]). A responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do poder familiar, não depende de ser ou não imputável o filho, pelo menos em face dos princípios comuns dos arts. 186, 927, 932, I, e 933.

Após destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a emancipação do menor não elide a responsabilidade dos pais, Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 74) leciona que, por ser ela um “ato voluntário em benefício do menor, não tem o condão de obliterar a responsabilidade dos pais”. Nessa linha, foi editado pelo CJF⁶ o Enunciado nº 41: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil”.

Assim, é possível concluir que os incapazes, em regra, não respondem pelos atos que praticarem em prejuízo de alguém. Caberá ao lesado exigir que os pais, esses sim em solidariedade, arquem com o pagamento da respectiva indenização, com fundamento nos artigos 932, I, e 942, parágrafo único, do CC/2002. Ele poderá direcionar a sua pretensão ao patrimônio do menor autor do dano na restrita hipótese do art. 928, parágrafo único, do CC/2002, ou seja, em caráter subsidiário, quando os bens restantes dos genitores se limitarem ao suficiente para a manutenção dos mesmos e de quem deles dependem, mesmo que se trate da cobrança de indenização pela prática de ato infracional, prevista no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷. A única hipótese de responsabilidade solidária entre pais e menores autores de condutas danosas se dá quando tenha ocorrido prévia emancipação destes, amparada no art. 5º, I, da legislação civil.

⁶Também aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil, que ocorreu nos dias 12 e 13 de setembro de 2002.

⁷O dispositivo, que integra o capítulo referente às medidas sócio-educativas, está assim redigido: “Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”.



5 RETROCESSO JURISPRUDENCIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A vigência do art. 1.521, I, do CC/16, sempre foi observada na jurisprudência do STJ, a exemplo do que ocorreu no julgamento de Recurso Especial⁸ realizado pela Terceira Turma em 26 de outubro de 2000, cuja relatoria competiu ao Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que assentou na ementa do acórdão: “Os pais respondem pelos atos dos filhos, na forma do art. 1.521, I, do CC/2002, como assentado em mansa e pacífica jurisprudência da Corte”.

Cabe aqui atentar para a extrema importância da atividade desempenhada por esse tribunal, criado pela Constituição Federal de 1988 para uniformizar a interpretação das normas infraconstitucionais e, sobretudo, para assegurar a sua observância no âmbito jurisdicional. Alerta-se, ademais, para a circunstância, antes exposta, de que o Sistema Jurídico pátrio passou por várias etapas até consolidar, no texto do CC/2002, a denominada responsabilidade objetiva, inclusive na modalidade indireta (art. 932), dispensando a árdua discussão acerca da ocorrência ou não de culpa.

Sobre tal processo evolutivo, assim discorre a doutrina:

Como já comentamos, o fundamento original da responsabilidade era exclusivamente subjetivo, fundado sobre o conceito de culpa. Essa posição foi adotada pela quase unanimidade dos códigos do passado. No entanto, a noção clássica de culpa foi sofrendo, no curso da História, constantes temperamentos em sua aplicação. Nesse sentido, as primeiras atenuações em relação ao sentido clássico de culpa traduziram-se nas “*presunções de culpa*” e em mitigações no rigor da apreciação da culpa em si. Os tribunais foram percebendo que a noção estrita de culpa, se aplicada rigorosamente, deixaria inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento. No decorrer de nossa exposição, são examinadas muitas dessas situações de culpa presumida, criações da jurisprudência. Não se confunde a presunção de culpa, onde culpa deve existir, apenas se invertendo os ônus da prova, com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se dispensa a culpa para o dever de indenizar. De qualquer forma, as presunções de culpa foram importante degrau para se chegar à responsabilidade

⁸SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 246.781. T3. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26/10/2000, DJ 11/12/2000, p. 194.



objetiva. (VENOSA, 2007, p. 13)

Por isso o novo Código Civil vai mais longe, pois no art. 933 determina que os pais, o tutor, o curador, o empregador, ou o comitente, o dono de hotel ou de educandário respondam pelos atos dos filhos, tutelados e curatelados, empregados, serviçais, prepostos, hóspedes e alunos, ainda que não haja culpa de sua parte, afastando tanto a presunção *juris tantum* como a *juris et de jure* de culpa, criando, então, a responsabilidade objetiva, visto que a idéia de risco atende mais aos reclamos do mundo atual, fazendo com que o dano seja reparado pelo pai, representante legal ou empregador não porque tiveram culpa na vigilância ou escolha, mas porque correram o risco de que aquele fato lesivo adiesse. (DINIZ, 2007, p. 510)

Em verdade, o tratamento introduzido de responsabilidade objetiva assenta-se na presunção de culpa, verificada inclusive no passado. Assim, quanto aos pais, pelos erros e desmandos dos filhos, entende-se que, a partir do começo da existência, falharam na educação, na orientação, na disciplina, na imposição de regramentos, na proteção contra convivências perniciosas, no descaso quanto ao ensino, no excesso de liberdade e assim por diante. De maneira semelhante quanto aos tutores e curadores, alterando-se as condutas exigíveis, mas sempre tendo em conta a omissão no cuidado, na atenção, na vigilância. Já em relação aos empregadores, a presunção da culpa está na ausência de orientação e de vigilância; e quanto aos hospedeiros e donos de hotel ou estabelecimentos de albergues ou internação repousa também na omissão em vigiar, em cuidar, em selecionar imprudentemente, em acompanhar. Não interessa a apuração da culpa para chamar a responder. O mero fato do dano e a situação de dependência, ou de submissão, ou de se encontrar em local controlado e dirigido pelo proprietário são suficientes para incutir a responsabilidade. (RIZZARDO, 2006, p. 111)

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, nessa mesma linha de entendimento, ao julgar Apelação Cível⁹, deixou

⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Apelação Cível 2003.002700-4**. CC3. Des.



assentado na ementa do respectivo acórdão a existência de responsabilidade solidária entre pais e filho, haja vista que, sendo o autor do ato danoso menor de 21 anos, “estabelece o artigo 1.521 do Código Civil que são responsáveis pela reparação civil os pais, que os tiverem sob o seu poder e em sua companhia, independentemente de ter atingido a maioria posteriormente”.

Mas em decisão que pode ser qualificada como um lastimável freio a essa evolução dogmática, a mesma Terceira Turma do STJ, em 17 de novembro de 2009, ao apreciar Recurso Especial¹⁰, relativizou de modo perigoso a regra que impõe a solidariedade entre ambos os genitores e atribuiu a obrigação de indenizar unicamente à mãe. Consta do voto do Ministro Massami Uyeda, relator do acórdão, que a responsabilidade dos genitores está assentada na “presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação”.

Cabe refutar essa linha de argumentação, pois, como já exposto, a responsabilidade civil indireta prevista no art. 1.521, I, do CC/16, e no art. 932, I, do CC/2002, é objetiva, por não exigir qualquer discussão acerca da caracterização da culpa dos pais. Por óbvio, não era necessário que o voto presumisse algo absolutamente dispensável. Se o menor tem um pai e uma mãe, e os dois exercer o poder familiar, é irrelevante discutir se o resultado pode ser atribuído mais à mãe ou mais ao pai. Se ele era ausente e ela depressiva. Se ela viajava muito e se encontrava com o filho poucas vezes durante o mês ou ele frequentemente abusava da força física ao corrigir a conduta do filho. Enfim, se ambos exercem o poder familiar, devem eles responder pelos danos causados pelos menores.

A premissa equivocada foi utilizada unicamente para permitir à Corte decidir no sentido da ilegitimidade processual do pai, ou seja, excluindo qualquer possibilidade de responsabilização do mesmo, não por força de norma jurídica, mas em virtude das excepcionais, segundo o ministro relator, circunstâncias fáticas do caso. Constava dos autos que a genitora, que passara a residir com o filho após a separação, havia levado para a sua casa arma de fogo comprada de modo irregular e guardado a mesma sem as devidas

João Rebouças. j. 04/08/2005. Disponível em: <<http://www2.tjrj.jus.br/cjosg/index.jsp>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

¹⁰SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 777327**. T3. Min. Massmi Uyeda, j. 17/11/2009, DJe 01/12/2009.



cauteladas. Tal arma foi utilizada poucos dias depois pelo menor para cometer assassinato por meio de três tiros frontais após disparar pelas costas.

Não caberia discutir a culpa da mãe para a consumação do evento trágico. A conduta do menor foi dolosa e isso bastava para que os seus pais fossem solidariamente obrigados a reparar os danos causados¹¹. Trata-se de situação jurídica disciplinada por normas que fixam responsabilidade objetiva, a qual trabalha unicamente com conduta, que nesse caso é de terceiro, dano e nexos de causalidade. Como ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 512), para que a responsabilidade dos pais se caracterize é preciso que o filho seja menor de 18 anos, esteja sob a sua autoridade e companhia, e que “os pais estejam no exercício do poder familiar, que lhes impõe obrigações especiais, principalmente a de vigilância”.

O STJ, ao proferir decisão em total desarmonia com os novos fundamentos da responsabilidade civil do direito brasileiro, perdeu grande oportunidade de fixar a tese jurídica que permite a tutela dos interesses das partes lesadas por condutas praticadas por pessoas incapazes que, na grande maioria dos casos, não têm condições econômicas de suportar os prejuízos de ordem material e moral derivados de suas condutas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução pela qual passou a sistemática de responsabilidade civil no direito brasileiro não pode ser ignorada. É preciso, antes de tudo, admirar a sua trajetória, que partiu do arcaico sistema consagrado pelo CC/1916, fixado elemento culpa, até mesmo no caso de responsabilidade indireta, passou pela adoção da técnica de inversão do ônus da prova, por meio da qual se criou uma presunção *juris tantum* de culpabilidade da conduta ilícita, para que fosse consagrada no CC/2002 a chamada responsabilidade objetiva, que tornou irrelevante saber se o autor do dano – bem como os responsáveis indiretos –

¹¹Existe parcela da doutrina que, de modo inconsequente, adota entendimento diverso. Sustenta-se que o fim do relacionamento entre os pais atribui somente àquele que detém a guarda a responsabilidade pelos atos dos filhos: “Ocorrida a ruptura da vida conjugal (quer por meio de separação, quer por meio de divórcio), é óbvio que somente aquele que detém a guarda será responsável pelo menor. Isso não ocorre com a separação de fato, pois se esta é alheia ao mundo jurídico, a presunção é que a responsabilidade seja solidária a ambos os pais” (COSTA, 2009). Trata-se de nítida confusão entre os deveres matrimoniais e aqueles inerentes ao poder familiar.



agiu com vontade de produzir o resultado (dolosamente) ou mesmo de uma forma imprudente, negligente ou com imperícia.

Especificamente quanto à responsabilização dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores, constata-se que a evolução ocorreu um pouco antes, mais precisamente com a edição do Decreto nº 17.934-A, de 1927, que revogou as disposições constantes do CC/1916 relativas à matéria para fixar a sistemática da inversão do ônus da prova, posteriormente revogada pelo Código de Menores de 1979. A partir de então, diante da inexistência de regra explícita, passou-se a dispensar a discussão acerca do elemento culpa nesses casos, de modo a atribuir responsabilidade civil objetiva e indireta aos genitores.

É ponto pacífico que a solidariedade em tais situações jurídicas se restringe aos genitores e nunca aos menores incapazes, que só podem responder de forma subsidiária nas restritas hipóteses legais. Em caso de emancipação voluntária, a responsabilidade dos pais persiste, devendo eles responder solidariamente com o menor causador do dano.

Mesmo depois da consolidação desses entendimentos no âmbito doutrinário, o STJ expediu recente decisão ignorando as regras claríssimas que atribuem responsabilidade civil objetiva e solidária aos pais (arts. 1.518, parágrafo único, e 1.523, I, do CC/1916; arts. 932, I, e 942, parágrafo único, do CC/2002), excluindo de relação processual genitor de menor infrator que havia praticado homicídio utilizando a arma da mãe. Para tanto, foi necessário incluir na fundamentação do julgado a ultrapassada teoria da responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa. Tal precedente deve ser encarado como uma decisão isolada, proferida com base em supostas circunstâncias fáticas excepcionais e totalmente afastada da linha evolutiva seguida por essa área do Direito.

REFERÊNCIAS

COSTA, Luiz Jorge Valente Pontes. Guarda conjunta: em busca do maior interesse do menor . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2348, 5 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13965>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade**



civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. III: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. Guarda e Convivência dos Filhos após a Lei nº 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 6, p. 26-35, out./nov. 2008.

PEREIRA, Clovis Brasil. Guarda Compartilhada, o Novo Instrumento Legal para Enriquecer e Estreitar a Relação entre Pais e Filhos. **Revista Bonijuris**, Curitiba, Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, v. 20, n. 540, p. 19-21, nov. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ACTOS COMETIDOS POR SUS HIJOS MENORES DE EDAD

RESUMEN

El presente trabajo tien como enfoque el problema de la responsabilidad por los actos cometidos por incapazes. Cuando los daños son causados por niños y adolescentes, la legislación civil establece



la responsabilidad indirecta de los padres. Para investigar la evolución del tratamiento jurídico de este asunto fuera utilizado literatura legal, previa consulta en libros, revistas nacionales y a través del análisis de la posición adoptada por la jurisprudencia, destacando las decisiones del *Superior Tribunal de Justiça*. Fue posible observar una notable mejora en el sistema regulador, que culminó con el establecimiento de la responsabilidad objetiva prevista en el Código Civil de 2002. Éste tipo de responsabilidad es más adecuado, ya que protege los intereses de los perjudicados y crea una mayor estabilidad social.

Palabras clave: Responsabilidad indirecta. Culpa. La culpa. Responsabilidad objetiva.

Artigos Convidados

A DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ART. 285-A DO CPC

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Professor de Direito Processual Civil na UFRN.
Mestre e doutorando em Direito pela PUC-SP.
Procurador da República.

Resumo: O presente artigo dispõe-se a analisar a dimensão do princípio do contraditório na técnica de julgamento liminar das ações repetitivas previstas no art. 285 do Código de Processo Civil, a fim de saber se essa forma antecipada de julgamento, sem a citação do réu, apresenta alguma mácula de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Ações repetitivas. Contraditório. Art. 285-A do CPC.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma das propostas mais ousadas de adensamento ao princípio constitucional de duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) foi a criação do art. 285-A do Código de Processo Civil - CPC, cujo dispositivo foi incluído pela Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006.

A fase metodológica do instrumentalismo que vivemos atualmente, agregada ao ideário operado pela terceira onda renovatória do acesso à justiça tão propagada por Mauro Cappelletti, exige dos operadores do direito e dos legisladores um método de construção do processo vocacionado à produção de resultados efetivos e disposto a romper toda e qualquer barreira de acesso à justiça, num constante movimento de pensamento efetivo do processo e, quando necessário, por intermédio de um plano de reformas que adequo o processo para o enfretamento das novas realidades.

O grande dilema, quando da busca da maior efetividade do processo, é compatibilizar a celeridade do processo com a segurança jurídica do jurisdicionado.

Isso porque a Constituição da República na mesma medida em que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII), também determinou que se garantisse o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).

De um lado, e como corolário do acesso à justiça e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), o princípio da efetividade reclama que a jurisdição propicie um resultado efetivo, célere e útil, apto a ser concretamente realizado.

Do outro, o princípio da segurança jurídica, tendo no contraditório um de seus consectários, assegura a participação das partes na formação do provimento jurisdicional que, mesmo devendo ser efetivo, não pode ser concretizado a todo custo, em homenagem ao princípio do devido processo legal.

É na tensão desses dois valores constitucionais, o da efetividade e o da segurança jurídica, que surgem as principais questões para uma apreciação dogmática e pragmática dessa nova forma de *juízo liminar do mérito* (CPC, art. 285-A), a qual nos propomos a analisar.



2 DO JULGAMENTO LIMINAR DO MÉRITO

2.1 Ações repetitivas. Causas e efeitos.

Não é fenômeno recente a multiplicação de ações que repetem litígios calcados em fundamentos idênticos, solucionáveis unicamente a partir de interpretação da norma.

Basta uma tomada de posicionamento do Poder Público, quanto ao entendimento administrativo de determinado direito material, para gerar uma infinidade de demandas sobre o mesmo objeto, mudando apenas o pólo ativo das ações (todas repetidas, em sua essência).

Para esse tipo de situação, a *causa* das ações repetitivas (estas são apenas conseqüências do problema) sempre foi facilmente identificada¹, mas nunca houve uma preocupação decisiva para solucionar essa *causa* ou amenizar o impacto de seus efeitos.

Somente após a Reforma do Poder Judiciário, operada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, percebeu-se uma vontade constitucional (e toda vontade constitucional revela, em maior ou menor grau, uma vontade política) de trazer solução à causa e/ou contornar os seus efeitos.

Quanto à causa, a criação da súmula vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A) dá mostra de que se quer combater a origem do problema, vinculando, no âmbito judicial e administrativo, a eficácia, validade ou interpretação do direito ou mesmo de uma postura administrativa que havia dado origem a todos os conflitos, que se proliferaram a partir da mesma nascente. O foco aqui é combater a origem do problema.

Convém registrar que problemas relacionados à constitucionalidade das leis já contavam com solução adequada no sistema, que contempla um controle concentrado de constitucionalidade com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Aqui também se combate a origem do problema, mas sendo o controle de constitucionalidade limitado a resolver conflitos normativos no plano abstrato, a súmula vinculante surgiu como um avanço, pois passou a indicar soluções vinculantes para problemas constitucionais surgidos no

¹ A *causa* do problema, geralmente, já vem identificada no processo como o motivo que deu origem ao conflito e a inevitável instauração do processo. Quando essa causa tem uma potencialidade de atingir diversas pessoas, será inevitável o efeito das ações repetitivas.



mundo da concretude².

Mesmo assim, tendo a súmula vinculante um ambiente de atuação restrito à matéria constitucional, escapará de sua incidência diversos problemas que também desembocarão no ajuizamento de ações repetidas, cuja causa não será solucionada na origem e com eficácia *erga omnes*, restando, apenas, combater os seus efeitos. O foco aqui estará em amenizar o impacto das conseqüências/efeitos do problema.

Foi neste contexto, e preocupado com esta temática, que surgiu o art. 285-A do CPC, que tem a seguinte redação:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, produzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Percebe-se que a *ratio* do dispositivo é permitir ao juiz o julgamento improcedente *in limine* de ações repetitivas (que já haviam sido julgadas totalmente improcedentes no mesmo juízo).

Essa norma é medida de celeridade e de economia processual, evitando a tramitação de um processo em que já se sabe, de antemão, o seu resultado, inspirado em ações repetidas objeto de pronunciamento negativo do mesmo juízo.

Como salienta Nelson Nery Junior: “seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor”.³

² Registre-se que há anteprojeto de lei criando o Código Brasileiro de Processos Coletivos, no qual se contempla norma determinado ao juiz que comunique ao Ministério Público a existência de processos repetitivos, a fim de que promova ação coletiva para resolver a *causa* do problema no plano coletivo.

³ NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado*. 10.



De fato, como nunca houve uma preocupação adequada quanto a esses efeitos, o tratamento processual anterior que se dava às ações repetitivas era completamente irracional. Não só no sentido de bom senso (uso completo da máquina jurisdicional, fazendo tramitar o processo em todas as suas fases), mas de falta de racionalidade mesmo, já que a atividade do julgador era meramente mecânica, reproduzida em escala industrial, com o auxílio do computador, em que a única descarga intelectual era voltada apenas para alterar o número do processo e o nome das partes. O restante era tudo igual, dependente apenas de esforço motor.

Daí a necessidade de munir o juiz de técnica processual que acelere o julgamento de mérito de processos sobre os quais já se firmou posição em processo anterior, encerrando um processo cujo resultado de improcedência é previsível para todos. Essa técnica, a um só tempo, propicia o respeito ao precedente judicial no plano horizontal e confere o máximo de efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, na linha do art. 285-A do CPC, o julgamento super antecipado do mérito tem cabimento quando: a) a ação seja repetida; b) o pedido anterior tenha sido julgado totalmente improcedente; c) o julgamento anterior tenha sido proferido no mesmo juízo; d) a matéria seja unicamente de direito⁴.

Essa técnica processual de julgamento acelerado gerou polêmica porque conferiu poder ao magistrado de julgar o mérito da causa no momento inicial da fase postulatória do processo, dispensando-se, inclusive, a citação do réu.

Sendo a citação um pressuposto processual de existência do processo e o ato por excelência de abertura do princípio do contraditório e da ampla defesa, setores da doutrina vêm apontando inconstitucionalidade no dispositivo por ofensa a garantias constitucionais e de regularidade no processo.

Cabe, portanto, proceder a uma análise da dimensão do princípio do contraditório do art. 285-A do CPC, a fim de verificar a procedência ou improcedência da alegada inconstitucionalidade.

ed., São Paulo: RT, 2007, p. 555.

⁴ O enunciado normativo operou em atecnia ao falar sobre matéria *controvertida* unicamente de direito. Isso porque somente com a citação válida (CPC, art. 219) a coisa se torna litigiosa, cuja matéria se controverte no momento em que o réu, em sua resposta, opõe resistência à pretensão do autor. O sentido a se extrair da norma, então, não é se a matéria é controvertida (pois tecnicamente não dá, ainda, para afirmar isso), mas se a demanda contempla análise unicamente de direito, cuja interpretação da norma não dependa de dilação probatória.



3 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3.1 Considerações gerais.

O princípio do contraditório, como garantia no processo civil, somente foi consagrado de forma *expressa* em texto constitucional com a atual Constituição de 1988 (art. 5º, LV)⁵. É claro que, nada obstante a ausência de preceito específico, o princípio sempre foi prestigiado neste ramo do processo. Para isso a doutrina buscou, em dispositivos constitucionais, a consagração dessa garantia fundamentalmente democrática para o processo. Assim, o contraditório chegou a ser identificado como um corolário do *princípio da igualdade*, que se projeta em qualquer processo, sendo certo que também o vislumbraram como decorrente do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, de onde brotava a cláusula do *due process of law*⁶.

Inclusive, para além de princípios de feição processual ou material, o princípio do contraditório está bastante agregado a um princípio político, que é o do Estado Democrático de Direito. É nesta atmosfera que se concebe que só pode haver imposição de uma decisão a determinada pessoa se lhe forem asseguradas a ciência do que contra ela se pretende, bem como a possibilidade de defesa. Além disso, permite-se às partes a efetiva participação

⁵ Abordando a evolução do contraditório e da ampla defesa, que ao longo das Constituições anteriores eram previstos somente para o processo penal, Ada Pellegrini Grinover comenta que: "O direito de defesa vem inscrito nas Constituições brasileiras desde o império: Constituição de 1824, art. 179, 8º; Constituição de 1891, art. 72, § 16, Constituição de 1934, art. 113, n. 24; Constituição de 1937, art. 122, n. 11, segunda parte; Constituição de 1946, art. 141, § 25; Constituição de 1967, art. 150, § 15 (atual 153, § 15). O princípio do contraditório foi introduzido pela Constituição de 1937 (art. 122, n. 11, segunda parte) ao lado do direito de defesa, assim mantido pela Constituição de 1946, no § 25 do art. 41 e destacado pelo § 16 da Constituição de 1967, em seu art. 150 (remunerado pela Emenda de 1969, como art. 153). Agora, o contraditório e ampla defesa vêm assegurado, em qualquer processo, aos litigantes em geral pelo art. 5º, LV, da CF". (In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 14.)

⁶ Inclusive, conjugando as duas fontes principiológicas que davam sustentação ao princípio do contraditório e da ampla defesa para o processo civil, José Frederico Marques asseverou que: "Se o Estado brasileiro, plasmado sob a forma da legalidade democrática, dá a quem afirma ter sofrido lesão individual o direito ao processo, ou direito de agir, para que os órgãos jurisdicionais apliquem à pretensão deduzida em juízo a norma legal adequada; e se 'todos são iguais perante a lei', parece-nos evidente que o direito de defesa é corolário impostergável da norma contida no art. 141, § 4º". (In: *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 2., p. 110.)



na formação do provimento jurisdicional, que representa um exercício de democracia participativa na construção de uma manifestação de poder estatal.

Com o advento da Constituição da República de 1988, que trouxe a mencionada garantia para todo e qualquer processo judicial ou administrativo, o trabalho da doutrina foi facilitado na parte em que cuida da sua origem constitucional, sobrando mais espaço e energia para enfocar a essência, conceito, conteúdo e características do princípio do contraditório.

A essência do contraditório decorre da própria bilateralidade da relação processual, tendo em vista que a ação tem natureza bilateral. Válida é a lição de Piero Calamandrei quando explica que:

Esta característica da bilateralidade do processo não é, em substância, mais do que uma consequência da bilateralidade da ação, a qual tenta sempre obter do Estado uma providência que ponha em obra uma sujeição, e pressupõe, por conseguinte, em todo o caso, que frente a quem pede a sujeição de outro (autor no processo civil, acusador no processo penal), encontra-se alguém que deve ser sujeitado (demandado no processo civil, imputado no processo penal).⁷

Com efeito, a *ação*, em linhas gerais, consiste na soma de posições jurídicas ativas do demandante no processo, cuja finalidade é a obtenção de um provimento jurisdicional procedente. Isso ocorre sob a perspectiva do autor. Mas, como visto, a ação tem um *caráter bilateral*, que se manifesta quando o demandado é admitido a participar do processo, o qual também terá posições jurídicas que visarão à um provimento negativo.

Diante disso, a relação jurídica processual pode ser visualizada a partir dos *poderes-sínteses*⁸ compostos pelo exercício da *jurisdição* pelo Estado-juiz, da *ação* pelo demandante e da *defesa* pelo demandado, que são desempenhados ao longo do procedimento instituído em lei.

Como assinala Cândido Rangel Dinamarco:

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 192.

⁸ Expressão de Cândido Rangel Dinamarco, ao analisar os institutos fundamentais da teoria geral do processo nas lides contenciosas (*In: Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110).



Se mediante o procedimento se prepara um provimento a ser proferido a final; se nos processos jurisdicionais esse provimento irá necessariamente atingir as esferas jurídicas de pelo menos duas pessoas (uma, favoravelmente; outra, desfavoravelmente); se existe uma garantia constitucional de isonomia a ser preservada, a qual se resolve na igualdade das partes no processo (Const., art. 5º) – a natural conseqüência de todos esses fatores somados consiste na outorga, a um dos litigantes, do mesmo grau de participação que ao outro se permite. Tal é o fundamento político do chamado direito de defesa (*jus exceptionis*), o qual se apresenta como contraposto negativo da ação. Ele se oferece ao demandado ao longo de todo o arco do procedimento também (tanto quanto a ação) e se especifica, juridicamente, nas situações jurídicas ativas de que é possível fazer uso mediante atos de resistência à pretensão do demandante.⁹

Tornou-se clássica a conceituação de Joaquim Canuto Mendes Almeida¹⁰ no sentido de constituir-se o contraditório expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los.

O professor Nelson Nery Junior assevera que: “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.¹¹

Nessa mesma linha, e com isso constatando-se que o enunciado do contraditório é bem uniforme, Sergio La China informa que: “il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventual ela seconda (ma necessario che sai resa possibile!)”¹².

Pode-se resumir, portanto, o conceito do princípio do contraditório

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 107-108.

¹⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 109.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 172.

¹² LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*, Milano, 1970, p. 394.



como informação necessária e reação possível. É esse binômio que traz o sentido *clássico* do princípio, pelo menos no aspecto técnico-processual.

Acontece que atualmente a doutrina¹³ não vem se conformando em visualizar o princípio do contraditório somente a partir desse binômio, tendo em conta outras feições assumidas no panorama democrático, na qual desponta a idéia de *participação*, que compreende o dever de colaboração dos litigantes e a cooperação do juiz num verdadeiro diálogo processual.

Assim, o conteúdo do princípio do contraditório apresenta uma tríplice dimensão – *informação-reação-participação* –, que pode ser visualizada a partir de dois núcleos.

Além de sua técnica processual preparatória para o exercício da ampla defesa, fornecendo informação e possibilidade de reação (*núcleo técnico-processual*), confere um equilíbrio entre as partes no processo com a garantia de efetiva participação durante todo o desenrolar procedimental, contribuindo e influenciando para a obtenção de uma decisão justa e legítima (*núcleo legitimador*).

3.2. Art. 285-A: Momento de ausência de contraditório.

De fato, no momento em que o art. 285-A dispensa a citação do réu e autoriza a prolação imediata de sentença, houve uma disposição do princípio do contraditório. Ausência mesmo, já que o primeiro movimento do contraditório opera-se com o direito à informação.

O direito de informação constitui o núcleo *absoluto* do contraditório, porquanto é *sempre necessário*, sendo um pressuposto lógico para que o litigante possa fazer uso da outra face do núcleo técnico-processual do princípio,

¹³ Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover (*In: Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990); Cândido Rangel Dinamarco (*In: Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001); Willis Santiago Guerra Filho (*In: A dimensão processual dos direitos fundamentais. Revista de Processo*. São Paulo. a. 22, n. 87, p. 166-174, jul./set. 1997); Rui Portanova (*In: Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995); também na doutrina italiana: Eduardo Grasso (*In: La collaborazione nel processo civile. Revista do Diritto Processuale*. Padova. a. XXI, n. 4, p. 580-609, out./dez., 1966); Vittorio Denti (*In: Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. Rivista di Diritto Processuale*. Padova. a. XXIII, p. 217-231, 1968); Nicolò Trocker (*In: Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974); Giuseppe Tarzia (*In: Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989).



que é a faculdade de reagir contra os atos que lhe causem gravame potencial ou efetivo. Até porque sem a informação, sem o conhecimento dos atos processuais prejudiciais, não há como objetá-los.

A informação é materializada no processo por meio de uma atividade levada a efeito pelo juiz e seus auxiliares, que consiste na *comunicação processual*, a qual se destina a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo.

A *comunicação processual*, no processo civil, é veiculada pela citação e pela intimação. O primeiro e mais importante ato de comunicação, sem dúvida, é a *citação*, no qual o demandado toma ciência da demanda proposta, em todos os seus termos (CPC, art. 213), tornando-se parte no processo. Com a *informação*, trazida pela citação, de que existe uma ação contra o réu, a primeira *possibilidade de reação* é a apresentação de contestação, alegando razões que atacam o processo e o próprio mérito.

Acontece que o contraditório existe para evitar uma atuação do Estado na esfera jurídica de alguém, sem que antes lhe seja informado o teor da pretensão e lhe seja conferido possibilidade de reação e poder de influência. Tudo isso para evitar que uma pessoa seja privada de um bem jurídico sem o devido processo legal.

Ocorre que, pela técnica processual do art. 285-A do CPC, o juiz só pode julgar *in limine* o pedido do autor se for para considerá-lo *totalmente improcedente*. É dizer, esse dispositivo só tem incidência se for favorável ao demandado. Nunca contra.

Não há que se falar aqui em dano ao réu pela ausência de contraditório, pois o seu *poder-síntese*, de defesa, de pretensão a um provimento jurisdicional negativo, foi contemplado com a rejeição meritória da ação. Não há nenhum prejuízo a ser alegado por sua parte. Muito pelo contrário.

O juiz, nesse caso, não foi influenciado pela participação das partes no contraditório, mas sim pelo respeito horizontal aos seus próprios precedentes, sendo certo que alguém, em semelhante posição jurídica do atual demandado, influenciara o juiz com o seu direito de reação e participação, tanto que formou um precedente de improcedência que valerá (e, no caso, valeu) para os futuros casos repetidos.

Além disso, sem a citação válida, não há que se falar em existência de processo contra o réu, de modo que, sem processo, tampouco há que se invocar as suas garantias (contraditório, ampla defesa, etc.). O demandado sairá ileso de um processo que sequer se formou contra ele.

Aqui cabe o cuidado de dizer que não houve o processo em sua



formação completa, triangularizada entre autor, juiz e réu. Isso porque, na sua dimensão angular, entre autor e juiz, houve processo sim, tanto que o julgamento de improcedência será com resolução de mérito, podendo formar, até, coisa julgada material.

Inclusive, essa técnica de julgamento liminar de mérito não é novidade das ações repetitivas, pois o Código de Processo Civil autoriza o juiz indeferir liminarmente a inicial, com resolução de mérito e, portanto, com possibilidade de formação de coisa julgada material, quando verificar a presença de decadência ou prescrição (CPC, art. 219).

3.3. Art. 285-A: Momento de abertura de contraditório.

3.3.1 – Risco de prejuízo.

Ao menor risco de surgimento de prejuízo para o réu, é imperativo constitucional que lhe seja aberto o contraditório e a ampla defesa.

Para garantir a constitucionalidade do dispositivo, houve previsão de abertura do contraditório para as hipóteses de retratação da sentença (§ 1º) e apelação do autor (§ 2º).

3.3.2. Momento da retratação da sentença.

No momento em que, inconformado com a sentença, o autor interpõe recurso de apelação, é dado ao juiz, no prazo de cinco dias, exercer o juízo de retratação quando, por exemplo, o autor o convence de que o seu caso concreto não se enquadra no precedente paradigma.

Nesse caso, fica prejudicado o recurso e o processo terá seguimento regular na primeira instância, retomando o seu curso com a citação do réu, através do qual se instaura a garantia do contraditório, como normalmente aconteceria não fosse o julgamento de mérito liminar.

3.3.3. Momento da apelação.

Não havendo retratação, ou seja, mantida a sentença de improcedên-



cia, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. Essa citação tem o efeito de constituir o processo contra o réu (até então existente apenas entre autor e juiz), assim como instaurar o contraditório e a ampla defesa, que já começa com o oferecimento de contra-razões.

Quanto a este segundo momento de abertura do contraditório – fase recursal –, cabe enfatizar que a utilização dessa garantia, na dimensão do direito de reação, deve ser plena.

O direito de reação compõe o núcleo *relativo* do contraditório, já que, de posse das informações, o litigante tem apenas a faculdade de pronunciamento a respeito. Isso porque, enquanto a informação é sempre necessária, a reação é apenas possível, haja vista que o sistema processual respeita a liberdade da parte no processo, que pode optar entre atuar ou omitir-se.

Com efeito, se o litígio for composto de direito substancial objetivamente disponível, sendo as partes capazes, é suficiente que se confira ao réu a *oportunidade* de defesa (*contraditório formal*). Como a reação é apenas possível, a omissão da parte que foi informada não representa nenhum vício para o processo, pois não houve falta de contraditório, podendo acarretar, no máximo, uma sanção processual para a parte inerte (v.g., aplicação dos efeitos processuais da revelia – CPC, art. 319). O contraditório somente estaria violado se, *querendo reagir*, a parte não conseguisse por decorrência de algum injustificado obstáculo imposto pelo juiz.

Cumpra destacar que, em dadas circunstâncias objetivas ou subjetivas, o contraditório deve ser *material*, oportunidade em que a reação não pode ser apenas possível, mas sim efetiva, concreta, devidamente realizada. É assim que ocorre no processo penal que, pela indisponibilidade do *status libertatis*, a defesa técnica do réu tem que ser apresentada, independentemente de sua vontade. Isto é um imperativo do *contraditório material*.

No processo civil, quando tenha por objeto um direito objetivamente indisponível, o contraditório tem uma maior intensidade, embora não possa ser chamado de *material*, ao menos na mesma proporção de sua incidência no processo penal. É que mesmo num processo de direito indisponível, o réu tampouco é obrigado a apresentar defesa técnica – então a reação continua sendo apenas *possível*. O que o sistema faz para dar uma maior proteção ao direito, pela sua relevância, é impedir que surtam os efeitos da revelia (CPC, art. 320) – presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Há casos, contudo, que mesmo a *reação* impõe-se como absolutamente necessária (*contraditório material puro*), como ocorre nas situações determinadas pelo art. 9º do CPC. Assim, por exemplo, quando a citação for realizada de forma



precária (ex., edital) e o demandado permanecer revel, a lei impõe ao juiz que nomeie curador especial ao réu (CPC, art. 9º, II), o qual deverá obrigatoriamente oferecer defesa, mesmo genérica (CPC, art. 302, parágrafo único), sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes.

Diante desse quadro, percebe-se que, em regra, o réu, ora apelado, tem apenas a faculdade de apresentar contra-razões ao recurso do autor. Acaso não as apresente, assumirá o ônus processual de sua omissão.

Diferente é a situação quando não for encontrado para ser citado pessoalmente, hipótese em que o juiz deverá nomear curador especial para, vencido o prazo de citação por edital, apresentar contra-razões, ainda que genéricas. Além disso, acaso o réu queira exercer o seu direito de reação, poderá fazê-lo em sua plenitude, já que a paridade de armas é uma das principais características do contraditório.

A *paridade de armas* pode ser definida como *simetria e simultaneidade de oportunidades no processo*. *Simetria* no sentido de que essas oportunidades devem ter a mesma dimensão e a mesma intensidade; e *simultaneidade* porque essas oportunidades, em regra, não podem ser oferecidas em momentos processuais diversos. Se a oportunidade não for simétrica e simultânea, pode haver, em tese, prejuízo para a parte. Contudo, em determinadas situações, em casos excepcionais, ao menos a simultaneidade deve ceder espaço para homenagear valores maiores ou situações de perigo. É o caso, por exemplo, da concessão de tutela antecipada sem a oitiva da parte contrária. Aqui, o contraditório é diferido, mas nem por isso deixa de ser *simétrico* no tocante à *dimensão* e *intensidade* da manifestação, apenas houve uma mitigação da característica da *simultaneidade*.

No art. 285-A do CPC também se verifica uma certa mitigação a essa característica, uma vez que o réu somente é chamado a reagir na fase recursal, mas, mesmo assim, esse é o primeiro momento em que o processo pode lhe acarretar algum prejuízo.

Assim, quando se pensa em contraditório como *informação necessária e reação possível*, deve-se investigar se essa informação veio em tempo oportuno – simultâneo, ou, em determinados casos, logo depois da prática do ato –, e se a possibilidade de reação foi conferida com a *mesma dimensão e intensidade*. É a partir dessa visualização que podemos constatar se houve a correta aplicação do princípio do contraditório.

A igualdade processual impõe que ambas as partes possam desfrutar, na relação processual, de iguais oportunidades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres. Sendo assim, o contraditório atua como um fator, uma técnica,



para conferir tratamento igualitário às partes no decorrer de todo o processo.

Falando sobre o necessário equilíbrio entre a ação e a defesa, Ada Pellegrini Grinover destaca:

(...) em primeiro lugar, que a tese e a antítese, no diálogo processual, são representadas exatamente pela ação e pela defesa – entendidas em sentido amplo –, sendo esta correlata àquela, ou antes justaposta, como força contrastante. Em segundo lugar, que as partes hão de gozar de igualdade e dispor de situações subjetivas análogas, de forma que a função que exercem tenha a mesma eficácia dinâmica no plano dialético. E, finalmente, que o processo jurisdicional moderno – repetindo, como se notou, uma fórmula antiga – não pode abrir mão daquele tipo particular de participação que se realiza por intermédio do contraditório, exatamente entendido como método de busca da verdade baseado na contraposição dialética.¹⁴

O direito processual, portanto, não mais se conforma com a igualdade formal, estática, entre as partes. Preocupa-se, isto sim, em garantir uma igualdade real, dinâmica, buscando um equilíbrio de situações entre as partes que garanta uma efetiva contraposição dialética¹⁵.

Assim, deve ser conferida a mesma *dimensão* e *intensidade* na reação do réu, agora apelado, igual a que teria se o processo fosse aberto na primeira instância.

Com isso queremos dizer que o réu pode, nas contra-razões, utilizar todo o arsenal de resposta previsto no Capítulo II do CPC (contestação, exceção ou reconvenção), levantando toda a matéria de defesa (de mérito ou processual) que teria direito na sua resposta inicial no procedimento comum ordinário (partindo da premissa que a sua causa se submete a esse rito, lógico), inclusive invocando alguma situação de intervenção de terceiro (chamamento

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: *O processo em evolução*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 313.

¹⁵ É para assegurar a igualdade material no processo, por exemplo, que o ordenamento jurídico prevê a inversão do ônus da prova em determinadas situações legais (CDC, art. 6º, VIII).



ao processo, denunciação da lide).

É certo que, a teor do § 3º do art. 515, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

É o que naturalmente ocorrerá nas hipóteses do art. 285-A, pois um dos requisitos do julgamento liminar é que a matéria seja exclusivamente de direito.

Contudo, e como dito, a reação do demandado (apelado) pode ser muito mais abrangente que a mera defesa em torno da questão unicamente de direito, já que tem um direito de resposta amplo.

A depender da resposta do apelado (que pode ser, ao lado das contra-razões, uma reconvenção ou denunciação da lide), pode ser que a causa não se encontre madura para ser julgada de imediato no tribunal. Como advertem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O art. 515, § 3º, do CPC, autoriza que o tribunal julgue desde logo a causa – ainda que a partir de matéria não apreciada em primeiro grau – desde que as partes não tenham nada mais a alegar ou provar.”¹⁶

Independentemente de onde esse processo tramitará, retornando à primeira instância ou abrindo-se fase instrutória no tribunal (essa discussão não é objeto do presente trabalho), o certo é que não poderá ser reduzida a intensidade de reação do réu, ainda que esteja na condição de apelado, uma vez que a primeira oportunidade de reagir só surgiu na fase recursal, por imposição do sistema e não por culpa sua.

Pensar e dizer o contrário seriam, aí sim, ofensas ao contraditório e à ampla defesa, pois a regra do art. 285-A, numa interpretação restritiva quanto ao direito de reação do demandado, seria flagrantemente inconstitucional.

4 CONCLUSÕES

Diante de tudo que foi analisado pode-se concluir que o art. 285-A do Código de Processo Civil não apresenta inconstitucionalidade sob a perspectiva de imolação ao princípio do contraditório, pois:

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2009, p. 527.



1. A norma é medida de celeridade e de economia processual, evitando a tramitação de um processo em que já se sabe, de antemão, o seu resultado, inspirado em ações repetidas objeto de pronunciamento negativo do mesmo juízo.
2. O contraditório é uma garantia constitucional que confere à parte o direito de informação, reação e participação no processo.
3. Sob a perspectiva do réu, o contraditório existe para evitar uma atuação do Estado na sua esfera jurídica, sem que antes lhe seja informado o teor da pretensão e lhe seja conferido possibilidade de reação e poder de influência. Tudo isso para evitar que uma pessoa seja privada de um bem jurídico sem o devido processo legal.
4. Pela técnica processual do art. 285-A do CPC, o juiz só pode julgar *in limine* o pedido do autor se for para considerá-lo *totalmente improcedente*. É dizer, esse dispositivo só tem incidência se for para beneficiar o demandado e nunca para prejudicá-lo.
5. Sem a citação válida, não há que se falar em existência de processo contra o réu, de modo que, sem processo, tampouco há que se invocar as suas garantias constitucionais processuais.
6. Ao menor risco de surgimento de prejuízo para o réu, é imperativo constitucional que lhe seja aberto o contraditório e a ampla defesa. Para garantir a constitucionalidade do art. 285-A, houve previsão de abertura do contraditório para as hipóteses de retratação da sentença (§ 1º) e apelação do autor (§ 2º).
7. Exercido, pelo juiz, o juízo de retratação da sentença, fica prejudicado o recurso e o processo terá seguimento regular na primeira instância, retomando o seu curso com a citação do réu, através do qual se instaura a garantia do contraditório, como normalmente aconteceria não fosse o julgamento de mérito liminar.
8. Mantida a sentença de improcedência, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. Essa citação tem o efeito de constituir o processo contra o réu, assim como instaurar o contraditório e a ampla defesa, que já começa com o oferecimento de contra-razões.



9. Quanto a este segundo momento de abertura do contraditório – fase recursal –, cabe enfatizar que a utilização dessa garantia, na dimensão do direito de reação, deve ser plena, cabendo ao réu, por ocasião das contra-razões, utilizar todo o arsenal de resposta previsto no Capítulo II do CPC (contestação, exceção ou reconvenção).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

DENTI, Vittorio Denti. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova. a. XXIII, p. 217-231, 1968.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 107-108.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Revista do Diritto Processuale**. Padova. a. XXI, n. 4, p. 580-609, out./dez., 1966.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar**. In: *O processo em evolução*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**. São Paulo. a. 22, n. 87, p. 166-174, jul./set. 1997.



LA CHINA, Sergio. **L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile**, Milano, 1970, p. 394.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, José Frederico Marques. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson, **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 10. ed., São Paulo: RT, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milão: Giuffrè, 1974); Giuseppe Tarzia (*In: Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989.

THE DIMENSION OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE IN THE ART. 285-A OF THE CPC

Abstract: This paper aims to analyse the dimension of contradictory principle in the process decision of similar cases, according to article 285-A of Brazilian Civil Procedure Code, in order to establish if this kind of judgement, without the participation of the defendant, shall be considered unconstitutional.

Keywords: Similar cases. Contradictory principle. Article 285-A of Brazilian Civil Procedure Code



COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL?

Paulo Renato Guedes Bezerra

Mestre em “Constituição e Garantias de Direitos” pela UFRN
Professor do Departamento de Direito Público da UFRN
Professor do Curso de Direito da FARN.

RESUMO

O Poder Judiciário tem perdido, dia após dia, prestígio junto à sociedade. Apesar de ser admissível, no Brasil, a convivência de casos análogos que recebam respostas diferentes do Judiciário, essa discrepância não é almejada, em especial, por causa da opção óbvia pela segurança jurídica. O processo contempla mecanismos voltados à prevenção das contradições dos julgados, mas que não respondem a todas as demandas. Como se já não bastasse esse problema, há um outro que tem assolado o Judiciário brasileiro: a morosidade processual. Vivemos a era da velocidade do processo (ou pelo menos da sua busca) e, por conseguinte, a do pragmatismo. Nesse contexto, é de extrema importância o papel que desempenha o Supremo Tribunal Federal (STF), como órgão de cúpula, tendo em vista que o efeito vinculante de suas decisões pode se apresentar como uma arma forte para combater esse mal, auxiliando não apenas a concretizar a razoável duração do processo, mas também privilegiando a segurança jurídica. Nesse contexto, a coisa julgada existe por uma questão de conveniência, já que é desejável que seja conferida segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença. Até que ponto se deve manter uma decisão acobertada pela coisa julgada, quando seu teor é inconstitucional, é o que se pretende responder ao longo do texto.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Coisa julgada. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 procurou acentuar o papel de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF)¹, papel este, aliás, que vem sendo alentado pelas recentes reformas constitucionais, em especial pela Emenda Constitucional nº. 45, de dezembro de 2004, a qual incutiu no Texto Maior, *v. g.*, o instituto da súmula vinculante², a ser editada pelo STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Não se pode olvidar, nesse contexto, a função exercida pelo STF no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois é exatamente no desempenho de tais atividades que o órgão maior do Poder Judiciário brasileiro se aproxima ainda mais desse papel de corte constitucional, afirmando a supremacia da Constituição na prática judicial.

O desempenho da jurisdição constitucional, ao longo desses vinte anos de vigência da Constituição, foi marcado por altos e baixos e, atualmente, têm tomado corpo as discussões em torno do controle incidental de constitucionalidade³, exercido pelo STF, através da apreciação do recurso extraordinário. Para que questões somenos importantes não chegassem ao Supremo, como briga de vizinhos, a mencionada Emenda trouxe um novo requisito para conhecimento do recurso extraordinário, qual seja, a repercussão geral da matéria nele tratada. Isso tudo, diga-se, motivado pelo fato de nossa Constituição de

¹ Ao criar o Superior Tribunal de Justiça, ao qual se transferiu, em meio a outras atribuições, a competência de uniformização da interpretação do direito infraconstitucional federal, mediante apreciação do recurso denominado especial, a Constituição Federal de 1988 pretendeu que o Supremo Tribunal Federal desempenhasse, “precipualemente, a guarda da Constituição”, na dicção expressa do *caput* do art. 102.

² A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o instituto, apresentando o rol de legitimados para propor a edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante, bem como aspectos de natureza procedimental para tanto, enaltecendo a natureza de corte constitucional do Supremo, haja vista que o objeto de tais súmulas são eminentemente constitucionais e o efeito vinculante que delas emanam, atingindo os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, nos termos preconizados pela própria Constituição Federal.

³ O controle incidental de constitucionalidade é atribuído difusamente aos órgãos do Poder Judiciário, que podem deixar de aplicar, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, normas que considerem inconstitucional.



1988 ser analítica⁴, o que torna fácil a busca no Texto Maior por argumentos constitucionais que justifiquem a interposição de recurso extraordinário. Sobre a inevitabilidade do texto analítico, explica Luís Roberto Barroso que muitas são as causas que conduzem ao texto espichado:

Em primeiro lugar, (...) a ânsia de participação de uma sociedade longamente marginalizada do processo político. Em segundo lugar, pela razão constatada pelo grande jurista Seabra Fagundes, que ainda estava vivo e atuante quando do nascimento da Carta: “no Brasil é preciso dizer tudo tintim por tintim, senão não se cumpre”⁵

Ainda, em contrapartida ao que se espera dos julgamentos em controle abstrato de constitucionalidade⁶, os quais têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, os julgamentos proferidos em sede de recurso extraordinário têm eficácia apenas *inter partes*, afastando um pouco a idéia de corte constitucional que se espera do STF, haja vista que não se concebe a declaração de inconstitucionalidade de uma norma apenas para as partes figuradas em determinada relação processual. Ora, se a norma é inconstitucional e tal inconstitucionalidade foi declarada pelo próprio STF, que motivos plausíveis devem ser considerados para que os efeitos de tal decisão não se estendam a todos?

O Ministro Presidente do Supremo, Gilmar Mendes, defendeu a extensão dos referidos efeitos, dando nome à teoria justificadora de sua tese, de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A bem da verdade, essa discussão não é o objeto central de nosso estudo; não pelo menos nesta oportunidade. Mas se faz menção a ela para que fique claro que a busca de transformação do STF em corte constitucional, em que as decisões surtam efeitos da abrangência que se espera de uma casa constitucional, tem sido não apenas dos constituintes derivados, quando reformam o Texto Maior, mas também dos próprios Ministros que compõem o STF.

⁴ Para se ter idéia da enorme quantidade de assunto tratado por ela, a título de exemplo, pode-se mencionar o art. 242, §2º, que assevera que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”, referência que não só poderia, como deveria ter sido evitada no corpo da Constituição.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tomo I, p. 42.

⁶ Trata-se do controle de constitucionalidade por via principal, ou por ação direta, exercido de forma concentrada pelo STF.



Importante ressaltar que comprometeu, em grande medida, o trabalho do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional o elenco incrivelmente vasto de atribuições que não dizem diretamente com a interpretação da Constituição. Em tal variedade, incluem-se competências em temas como extradição e uma diversificada gama de hipóteses de *habeas corpus* e mandados de segurança.

Bem, nesse ínterim, através do presente ensaio, ter-se-á o escopo de, partindo da idéia da força vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – assunto que este autor tem se dedicado com mais afinco – analisar até que ponto deve ser dado privilégio à coisa julgada, quando ela protege decisão claramente inconstitucional; ainda, quando determinada lei que serviu de parâmetro para julgamento de determinada causa é declarada inconstitucional pelo Supremo, se a referida causa deve ser novamente julgada ou se deve obedecer ao princípio da coisa julgada; finalmente, a coisa julgada é um instituto absoluto ou pode ser afastada, além das hipóteses previstas no ordenamento jurídico para ajuizamento da ação rescisória e da ação anulatória?

Para que possamos encontrar respostas razoáveis para tais questionamentos, imprescindível, antes, uma visão panorâmica sobre o instituto da segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Sim, pois é essa fase que estamos vivendo no Brasil, em que a busca pela razoável duração do processo⁷ tornou-se preponderante. A introdução da garantia da razoável duração do processo na Carta Magna brasileira, através da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, possibilitou à Ciência Processual deflagrar a efetiva necessidade de repensar a prestação jurisdicional, não apenas como tarefa do Estado, mas como um direito de todo indivíduo. Em seguida, faremos uma abordagem sobre o instituto da coisa julgada para, somente após, discutir com afinco a

⁷ O direito à prestação jurisdicional justa e oferecida dentro de um período de tempo razoável está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica – ao qual o Estado brasileiro aderiu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 –, na Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, entre outros. Apesar de em alguns países europeus a preocupação com a efetividade do processo já ser coisa do passado, o fato é que, em outros, ainda se trata de um obstáculo a ser vencido. É relevante lembrar também que o § 1º do artigo 52 da Constituição de Portugal atribui a todo cidadão o direito de petição e de acesso a órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades, assegurando, ainda, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação. O direito interno francês igualmente contempla a questão do tempo na entrega da jurisdição, com norma expressa no artigo L. 781-1 do Código de Organização Judiciária, que apresenta fortes reflexos na jurisprudência parisiense.



coisa julgada inconstitucional, trazendo, por óbvio, excertos jurisprudenciais, para que possamos vislumbrar como o Supremo Tribunal Federal tem encarado o assunto.

2 A ERA DA VELOCIDADE E DO PRAGMATISMO

Não se pode olvidar o relevo do estudo sobre Direito Constitucional nos dias de hoje, em que se vê, quase que diariamente, a imprensa, os políticos, os traficantes de drogas e, algumas vezes, até o próprio Poder Judiciário, envolvidos em esquemas de corrupção, e, estes últimos, muitas vezes, escancarado pela venda de sentenças e tráfico de influência. Como o regime político desejado pelo Constituinte de 1988 para o Brasil foi de um Estado Democrático de Direito, não se pode concebê-lo sem a tutela efetiva de direitos fundamentais, e, para tanto, deve ser buscada, a todo o momento, a concretização do princípio da razoável duração do processo, oportunizando o acesso à justiça material, efetiva e concreta, garantindo-se os direitos dos governados.

O Poder Judiciário tem perdido, dia após dia, prestígio junto à sociedade, muitas vezes em virtude exatamente da morosidade para o julgamento das causas que lhe são direcionadas. A preocupação tem se tornado objeto principal de discussão entre os constitucionalistas e processualistas, que buscam, através de reformas na legislação, acabar com muitos dos requiffes ainda tão marcantes na teoria geral do processo brasileiro.

Vivemos a era da velocidade do processo (ou pelo menos da sua busca) e, por conseguinte, a do pragmatismo, pois é muito difícil se conceber velocidade a um meio de transporte carregado de coisas; sejamos velozes e práticos, então. Ninguém atualmente se impressiona com a advertência do eminente jurista uruguaio Eduardo Couture, inscrita no sétimo mandamento do advogado: “O tempo vinga-se das coisas que se fazem sem a sua colaboração”⁸. Mas tudo sem pôr de lado qualquer princípio constitucional. E aqui se iniciam as alterações sobre a segurança jurídica no mundo contemporâneo.

A segurança jurídica, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social, é um dos fundamentos do Estado e do Direito. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como

⁸ COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Tradução de Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1979.



um direito natural e imprescritível, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, na dicção expressa do *caput* do art. 5º, ao lado dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Segundo Barroso, a expressão segurança jurídica passou a designar, ao longo do tempo, um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas e próximas⁹.

Um conjunto de conceitos, princípios e regras decorrentes do Estado Democrático de Direito procura promover a segurança jurídica, a qual tem vocação de permanência e é dotada de rigidez.

A fim de que se possa ganhar uma visão sistemática sobre o tema em discussão, convém tecer comentários preliminares sobre o instituto da coisa julgada como manifestação da segurança jurídica.

3 A COISA JULGADA COMO MANIFESTAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em que pese, antigamente, a identificação do fenômeno da coisa julgada material com a descoberta da verdade, a coisa julgada não se liga ontologicamente, a tal noção. Trata-se, antes, de uma opção do legislador, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais e, por conseguinte, das decisões judiciais. É evidente que o legislador,

⁹ Barroso, *op. cit.* p. 50-51.



ao conceber o sistema jurisdicional, pode optar pela certeza jurídica ou pela estabilidade, como ensinam Marinoni e Arenhart:

Pode privilegiar a certeza, buscando incessantemente descobrir como as coisas aconteceram, autorizando sempre e a qualquer tempo a revisão da decisão prolatada, e fazendo infinita a solução da controvérsia. Ou pode fazer prevalecer a estabilidade, colocando, em determinado momento, um fim à prestação jurisdicional, e estabelecendo que a resposta dada nessa ocasião representa a vontade do Estado relativamente ao conflito posto à sua solução. É comum observar que o processo penal tende para a primeira opção, enquanto o processo civil dirige-se, com maior frequência, para a segunda.¹⁰

Nenhuma das hipóteses, contudo, deve ser adotada radicalmente. Nos termos explanados pelos eminentes processualistas, parece razoável colocar, em determinado momento, um fim ao litígio submetido à apreciação jurisdicional, recrudescendo a decisão judicial adotada. A eternização do conflito, com intuito de se buscar uma verdade que, em sua essência, jamais será atingida, é inaceitável, principalmente quando se leva em conta o perfil das relações sociais e econômicas da sociedade moderna. No momento em que se torna irrecorrível a decisão judicial ocorre o seu trânsito em julgado. Surge, assim, a coisa julgada.

Como ponto de partida, pode-se conceituar a coisa julgada como o faz a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, §3º, em que se lê que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Tal definição, como ensina José Carlos Barbosa Moreira, embora colabore para determinar o momento em que se opera a coisa julgada, “é incapaz de apreender a real essência do instituto”¹¹.

O art. 467 do Código de Processo Civil (CPC) define coisa julgada como a eficácia “que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, o que pode ser concebido como um avanço na conceituação, já que trata da preclusão incidente sobre o debate em

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 6. ed. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 635.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 135-136.



torno dessa sentença. Contudo, para a grande maioria da doutrina, a definição do CPC peca ao estabelecer a coisa julgada como um efeito da sentença.

Enrico Tullio Liebman explica que:

(...) esta expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. O mesmo se pode dizer das diversas palavras por que se procura explicar a fórmula legislativa tradicional: imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, termos que exprimem todos eles uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem, porque são, por si sós, expressões vazias, privadas de conteúdo e de sentido¹².

Para Liebman,

(...) a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças¹³.

E, sendo uma qualidade da sentença, nos termos preconizados por Liebman, a coisa julgada a torna imutável. Esse é o posicionamento majoritário da doutrina brasileira, como expõem José Frederico Marques, Alexandre Freitas Câmara, Cândido Rangel Dinamarco, Moacyr Amaral Santos, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁴.

¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 15-16.

¹³ Idem, p. 16.

¹⁴ Cf. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, v. III, p. 324; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I, p. 484-485; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, p. 304; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. III, p. 52; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 6. ed. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 636.



Apesar de reconhecermos como fortes os argumentos esposados, temos por correta a posição de Giuseppe Chiovenda, para quem a coisa julgada, ao tornar imutável o dispositivo sentencial, é considerada um efeito da sentença¹⁵.

3.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material

Como já se viu, a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença ocorrem a partir do momento em que contra ela não cabe mais qualquer recurso. Tenha ela resolvido ou não o mérito da causa, tornar-se-á indiscutível e imutável: a isso se dá o nome de coisa julgada formal, haja vista que a proibição de modificação da sentença é no âmbito do próprio processo; a mera existência da coisa julgada formal é incapaz de impedir que tal discussão ressurgir em um outro processo.

Assim, as sentenças definitivas, que resolvem o mérito do processo, nos termos exemplificativos do art. 269 do CPC, devem alcançar também a coisa julgada material para que se privilegie o princípio da segurança jurídica.

A coisa julgada material consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença de mérito, que produz efeitos para fora do processo, impedindo, destarte, que o conteúdo da sentença seja modificado em qualquer outro processo. A coisa julgada material funciona, inclusive, como impedimento processual, como ensina Câmara:

(...) o que significa dizer que sua existência impede que o juiz exerça cognição sobre o objeto do processo. Trata-se, como e vê, de questão preliminar, que deve ser sempre apreciada (ou seja, deve o juiz, em qualquer processo, de ofício ou mediante provocação, verificar se existe coisa julgada material que impeça a apreciação do mérito da causa e, em existindo tal impedimento processual, proferir sentença terminativa)¹⁶.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. I, p. 449.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I, p. 489.



Desse modo, caso surja um processo em que haja uma questão prejudicial que já tenha sido objeto de resolução por sentença transitada em julgado, tal questão não poderá ser discutida no novo processo, cabendo ao juiz, tão-somente, tomar o conteúdo da sentença transitada em julgado como verdade.

Pautada no princípio da segurança das relações jurídicas, durante muitos anos no Brasil, conferiu-se à coisa julgada caráter dogmático, praticamente absoluto e sem exceções¹⁷. Chegava-se a dizer que a coisa julgada era capaz de “transformar o quadrado em redondo e o preto em branco”¹⁸ ou, no clássico brocardo latino, *res judicata facit de albo nigrum* (a coisa julgada faz preto do branco).

Contudo, nota-se nos dias de hoje uma clara repulsa à idéia de uma coisa julgada absolutamente imutável e intangível. Partindo-se do óbvio de que nem mesmo na física prevalece o absoluto, a doutrina e a jurisprudência estão perfilhando que o dogma da coisa julgada deve ceder diante do absurdo, em casos especiais. A bem da verdade, diante da multiplicidade de hipóteses e situações litigiosas passíveis de serem levadas à apreciação do Poder Judiciário e do crescente cipoal de processos em tramitação em todos os graus de jurisdição é possível que sejam proferidas decisões injustas e infringentes dos ditames constitucionais. Passemos, portanto, ao foco do presente trabalho.

4 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL?

4.1 O que diz a doutrina

O fundamento da coisa julgada é puramente pragmático, qual seja, evitar a perpetuação dos conflitos. A coisa julgada existe por uma questão de conveniência, já que é desejável que seja conferida segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.

¹⁷ A bem da verdade, em nosso ordenamento jurídico, o instituto de que ora se trata não é tão intangível quanto se costuma preconizar, notadamente em virtude da previsão constitucional da ação rescisória, ação, esta, que permite que a coisa julgada material seja desconstituída, através de um provimento judicial rescindente. Conferir o art. 485 do CPC que trata das hipóteses de ajuizamento da ação rescisória.

¹⁸ Frase relembada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in "Relativizar a Coisa Julgada Material" - Revista da AGU, do Centro de Estudos Víctor Nunes Leal, Brasília: 2001.



Inicialmente, optamos por analisar a posição de alguns dos mais estudiosos doutrinadores sobre a coisa julgada inconstitucional, a começar pelo português Paulo Otero, para quem, no Estado Constitucional, todos os atos do poder público – inclusive os jurisdicionais – devem se conformar à Constituição¹⁹.

Paulo Otero defende que em situações excepcionais é possível a modificação da coisa julgada; como excepcional, exemplifica o recurso de revisão, em Portugal, instituto muito semelhante à ação rescisória brasileira, sendo que esta tem prazo menor para seu ajuizamento, qual seja, de dois anos, em face dos cinco previsto para o recurso de revisão português²⁰. O autor defende que as decisões judiciais ilegais formam coisa julgada, encontrando tais decisões fundamento nos valores da segurança e estabilidade do Direito. Contudo, quando o assunto diz respeito a decisões judiciais inconstitucionais, tem posicionamento diverso, uma vez que está em jogo o princípio da constitucionalidade, conforme explica:

Na realidade, a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição. (...) A segurança e a certeza jurídicas apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de atos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional o admite²¹.

Paulo Otero menciona que a decisão judicial que violar diretamente um preceito constitucional, a que aplicar uma norma inconstitucional e a que deixar de aplicar uma norma sob o pretexto de sê-la inconstitucional sem que verdadeiramente seja são situações de inconstitucionalidade da coisa julgada²². Ensinando que no direito português não há qualquer espécie de controle quanto à coisa julgada inconstitucional por afronta direta a norma ou princípio constitucional, o autor defende a utilização de um recurso extraordinário atípico que, à falta de um procedimento específico, poderia

¹⁹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 28.

²⁰ *Idem*, p. 45-48.

²¹ *Idem*, p. 61.

²² OTERO, *op. cit.* p. 65.



observar a sistemática do recurso de revisão português²³.

Podemos concluir que a opinião de Paulo Otero é no sentido de possibilidade da modificação da sentença transitada em julgado mas eivada de inconstitucionalidade no trato da matéria nela abordada. Nesse contexto, Otero defende que, sendo proposta uma nova causa que anteriormente transitou em julgado, apesar de a decisão ter violado diretamente a Constituição, o juiz não poderia acolher a preliminar de coisa julgada e, sendo proposta execução, o juiz só deve dar seguimento à mesma se, verificando o título judicial, não concluir por sua inconstitucionalidade²⁴.

Aliás, essa proposta de Paulo Otero se coaduna muito com o que vemos no art. 475-L, §1º do CPC, criado pela Lei nº. 11.232/2005, o qual considera “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Parece que o legislador ordinário quis que o reconhecimento da nulidade da sentença inconstitucional não dependesse de rescisória e pudesse ser verificado a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na via incidental da impugnação ao pedido de cumprimento da sentença.

Sobre o mencionado dispositivo, já se manifestou Rogério Mello:

A norma (...) revela de forma granítica o fortalecimento, no seio do direito processual, da tendência à superação de óbices tradicionalmente arraigados no processo (como a coisa julgada) em caso de conflito da decisão exequenda com o texto constitucional, ainda que tal conflito venha à tona posteriormente ao passamento em julgado da decisão. A mitigação dos efeitos da coisa julgada, neste sentir, mostra-se compatibilizada com a própria retroatividade que em regra deriva das decisões de procedência das ações diretas de inconstitucionalidade²⁵.

²³ Idem, p. 121.

²⁴ Idem, p. 128-130.

²⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. A defesa da nova execução de título judicial. In: Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. *Processo de execução civil. Modificações da Lei nº. 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 302.



O autor brasileiro Paulo Roberto de Oliveira Lima foi um dos pioneiros no Brasil a defender a criação de uma ação própria de revisão da coisa julgada, diferentemente da ação rescisória, a fim de possibilitar a discussão sobre a sentença transitada em julgado que não rendeu observância ao princípio da legalidade ou isonomia; mais que isso, Lima sugere uma mudança de postura do Judiciário brasileiro, o qual deveria aceitar o ajuizamento de nova ação acerca do litígio já decidido e transitado em julgado, ainda que a lei não previsse nenhum instrumento para tanto, haja vista que os referidos princípios têm matriz constitucional²⁶.

O potiguar e Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, José Delgado, discorrendo especificamente sobre sentença e coisa julgada, defendeu que:

Estas entidades processuais só se afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos, quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade. Além desses limites, elas inexistem porque recebem configurações que ultrapassam as perspectivas democráticas perseguidas pela Constituição Federal²⁷.

Delgado, amparado no estudo de Paulo Roberto de Oliveira Lima, assevera que o alcance do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, é menor do que muitos pensam, pois assegura apenas que a lei não prejudique a coisa julgada; em momento algum protege uma decisão jurisdicional²⁸. Dessa forma, o Ministro Delgado acredita que a sentença que reflete grave injustiça, ou que tenha afrontado os princípios mais relevantes do ordenamento jurídico, jamais poderá ficar imune a uma revisão, por estar submetida à Constituição²⁹.

Nos dias de hoje, percebe-se uma mudança na maneira como se encara o processo civil brasileiro, que não pode se contentar apenas com a verdade formal, com o intuito de se proteger e privilegiar a segurança e certeza

²⁶ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 108.

²⁷ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 32-33.

²⁸ Idem, p. 35.

²⁹ Idem, p. 45-46.



jurídicas, pois a justiça é também um valor perseguido (Preâmbulo da Constituição Federal) pelo Estado brasileiro. O que se busca, hodiernamente, é que se aproxime ao máximo do Direito justo³⁰. Aliás, nessa era em que vivemos, como defende o Professor Luís Roberto Barroso, vê-se a reaproximação do direito com a ética e a justiça. O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988, tendo como ambiente filosófico o pós-positivismo, no qual se reconhece a força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Segundo Barroso:

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais³¹.

Voltando para o que diz a doutrina sobre a coisa julgada inconstitucional, importante trazer a lume o pensamento do processualista Cândido Rangel Dinamarco, para quem a coisa julgada deve conviver harmoniosamente com as demais garantias constitucionais, haja vista que nenhuma delas é absoluta, para que seja possível um equilíbrio jurisdicional entre a segurança e a justiça³².

³⁰ LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de etica jurídica*. Madrid, 1993, p. 138 e sgs.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 14 jun. 2008.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista Forense*, ano 97, n. 358, p. 12-13, nov./dez. 2001.



Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, partindo da idéia de supremacia da Constituição e do princípio da constitucionalidade, entendem que deve ser admitido o controle constitucional das decisões judiciais³³, contudo, para o bem da segurança jurídica, defendem que a decisão que reconhecer a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado, através de ação rescisória, declaratória de nulidade ou embargos à execução, terá eficácia *ex nunc*, ficando protegidos os efeitos que até então tiverem sido produzidos³⁴.

Araken de Assis sustenta que a Constituição procura imunizar a coisa julgada – que é encarada pelo autor como uma eficácia da sentença, que surge após o trânsito em julgado desta – das investidas do legislador, a protegendo contra a hipotética retroação da lei³⁵. Sobre a eficácia do título executivo eivado de inconstitucionalidade, assim se pronunciou Araken de Assis: "(...) tão intensa e profunda se revela a inconstitucionalidade, pronunciada pelo STF, que desaparece a indiscutibilidade do título, decorrente da coisa julgada, e, conseqüentemente, sua exeqüibilidade"³⁶.

Como o título não é mais exeqüível, entende o mencionado autor que a constitucionalidade da sentença que criou o referido título pode ser impugnada não só via embargos³⁷, mas também por ação rescisória ou declaratória.

A menção anterior aos pensamentos de José Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco foi proposital. O processualista gaúcho Ovídio Baptista refuta os argumentos levantados por esses autores. Primeiro, ele assevera que é da natureza da coisa julgada ser veículo de injustiças, pois, ao impedir que veículos se eternizem, sempre o sucumbente pode ficar com a sensação de que foi prejudicado.

Criticando os posicionamentos de Delgado e de Theodoro Júnior, para quem a sentença deveria ser reformada quando fosse gravemente injusta,

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 75-77.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.* p. 107.

³⁵ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 204-208.

³⁶ *Idem*, p. 221.

³⁷ Ressalte-se que o autor escreveu em 2003, quando ainda não tínhamos a nova sistemática do cumprimento de sentença e a existência da impugnação, nos termos explicitados pela Lei nº. 11.232/2005.



Ovídio Baptista explicou que não há como distinguir uma grave injustiça de uma injustiça comum, pois que o subjetivismo em tal avaliação é elevado, além do próprio conceito de justo ou injusto variar ao sabor dos tempos e, inclusive, de uma mesma época³⁸.

Finalmente, trazemos a doutrina do professor José Carlos Barbosa Moreira, para quem a expressão “relativização da coisa julgada” é incorreta, haja vista que o instituto já é relativo, uma vez que existe em nosso ordenamento jurídico a ação rescisória e a revisão criminal³⁹; ainda, não se pode olvidar que também é incorreta a expressão “coisa julgada inconstitucional”, pois inconstitucional não é a coisa julgada, mas o ato do qual dimana a coisa julgada, ou seja, a sentença ou o acórdão⁴⁰.

O pensamento de Barbosa Moreira é peculiar. Defende o instituto da coisa julgada com palavras simples, asseverando que se foi criado para que se conseguisse a efetiva segurança jurídica, para tanto deve ser utilizado, pois a perpetuação dos litígios judiciais em nada colaboraria com a pacificação social. Para o autor, os que defendem a desconsideração da coisa julgada devem amparar seus argumentos no sentido de que quando a sentença for incompatível com a Constituição, sequer coisa julgada ela faz e, se fizer, que haja permissão no ordenamento jurídico para que o juiz não aplique os artigos 471 e 474 do CPC⁴¹.

Explica que a qualificação da injustiça como grave, abusiva ou coisa do tipo, não atenua o esvaziamento do instituto da coisa julgada, pois não há critério seguro para distinguir as eventuais diferentes injustiças cometidas quando da prolação de sentenças e acórdãos⁴².

Finalmente, tem opinião consistente no sentido de que se a sentença

³⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista dos tribunais*, ano 93, n. 821, mar. 2004, p. 30-33.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista forense*, ano 101, n. 377, jan./fev. 2005, p. 44.

⁴⁰ Idem, p. 45.

⁴¹ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.* p. 52.



transitar em julgado antes da apreciação do controle de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em que o juiz se amparou para fundamentá-la e proferi-la, deve a sentença, pelo privilégio que se deve dar à segurança jurídica no Estado de Direito, manter-se intacta; contudo, propugna que havendo prévia declaração de inconstitucionalidade pelo STF, possa, a qualquer tempo, haver ingresso de ação rescisória, inclusive após o prazo decadencial de 2 (dois) anos, em virtude da gravidade do vício⁴³.

4.2 Coisa julgada e ofensa à Constituição Federal de 1988

Inicia-se este tópico com o seguinte questionamento: é possível a realização de um controle de constitucionalidade sobre um ato jurisdicional?

Antes de qualquer coisa, importante voltarmos ao art. 475-L, §1º do CPC, criado pela Lei nº. 11.232/2005, o qual, conforme já vimos, considera “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. O texto do dispositivo parece restringir o cabimento da impugnação incidental apenas nos casos em que haja prévio pronunciamento do STF, que não precisa ser necessariamente em controle abstrato de constitucionalidade – pode ser em difuso, por que não? – bem como nos casos em que tenha havido declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou seja, quando o Supremo entender que a inconstitucionalidade estiver na exegese e não especificamente no texto literal da lei.

Se a questão não tiver sido, de qualquer forma, apreciada pelo Supremo, não há nenhum vício quanto ao título executivo, podendo ele ser utilizado para eventual cumprimento de sentença.

O tratamento conferido pelo legislador brasileiro difere do exemplo português, que não admite a revisão dos julgados em qualquer hipótese que seja, nos termos preconizados pelo art. 282, nº. 3, 1ª parte, da Constituição de Portugal, conforme ensinamentos de J. J. Canotilho⁴⁴.

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.* p. 61.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1002.



Apesar da Constituição Federal do Brasil de 1988 conferir especial relevo à coisa julgada, no art. 5º, XXXVI, dispondo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, é possível que, para casos futuros sejam criadas exceções pelo legislador ordinário a fim de possibilitar que o ato jurisdicional transitado em julgado venha a ser desconstituído. Tudo, porque a Constituição foi clara ao proteger a coisa julgada da lei, sem fazer qualquer menção às decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Já se falou neste trabalho sobre a vinculação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo e, nesse contexto, defendemos a criação de norma infraconstitucional regulamentando o desfazimento da coisa julgada para casos específicos, além dos já previstos no nosso ordenamento para o ajuizamento da ação rescisória e da revisão criminal. Não se pode simplesmente afirmar que a coisa julgada deve ser desconsiderada quando a sentença que transitou em julgado for gravemente injusta. Tem que ir de encontro aos ditames constitucionais, conforme tenha decidido o próprio Supremo. Deve, também, haver um prazo específico, diferente do previsto para a ação rescisória, pois que muito mais graves são os atos eivados de inconstitucionalidades. Mas a necessidade do prazo, ao nosso ver, é imprescindível, pois não somos contra a coisa julgada, pelo contrário. Consideramos o instituto imprescindível para a concretização dos fins maiores do Estado de Direito, relacionados à pacificação social. Mas entendemos que, por não ser absoluta, é que a coisa julgada deve ser desfeita em casos previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico, devendo figurar entre as hipóteses a de inconstitucionalidade da decisão.

Ao termos esse posicionamento, vamos de encontro ao que defende Marinoni e Arenhart, que consideram o §1º do art. 475-L inconstitucional:

(...) por pretender outorgar ao Supremo Tribunal Federal o poder de impor a sua decisão sobre a coisa julgada, fazendo surgir uma espécie de controle de constitucionalidade das decisões jurisdicionais revestidas pela coisa julgada material⁴⁵.

O dispositivo transcrito tem a mesma redação do parágrafo único

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 6. ed. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 294-296.



do art. 741 – com redação dada também pela Lei nº. 11.232/2005 – o qual trata da matéria que pode ser tratada nos embargos a serem ofertados na execução contra a fazenda pública. Como se trata de exceção ao instituto da coisa julgada, temos hoje como necessário, portanto, que o STF já tenha se pronunciado sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para, através de impugnação ou dos embargos, podermos postular a inexistência do título formado com vício de inconstitucionalidade. Aliás, Araken de Assis lembra que a sistemática brasileira mais uma vez se escorou na alemã⁴⁶.

Nesse alvedrio, não importa se a decisão do Supremo foi dada em controle abstrato, por via de ação, ou em controle difuso, por via incidental. Mas coadunamos com a opinião do Professor Edilson Nobre, para quem é inconstitucional o parágrafo único do art. 741 no que diz respeito às sentenças que tenham transitado em julgado antes dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, quer em ação direta de inconstitucionalidade, quer mediante o controle incidental, via recurso extraordinário⁴⁷.

No que se refere à decisão proferida pelo STF em controle de constitucionalidade, temos o entendimento de que, caso a tal decisão não sejam ofertados efeitos prospectivos, como bem permite o art. 27 da Lei nº. 9.698/99 – de modo que haverá retroação natural da declaração de inconstitucionalidade (*ex tunc*) – não será possível a desconstituição da coisa julgada. Dito de outro modo, entendemos que a decisão proferida pelo Supremo só poderá influenciar a desconstituição da coisa julgada que tal decisão tiver seus efeitos emanados no tempo da prolação da sentença. Assim, supondo que quando o STF tenha declarado determinada lei inconstitucional, já tenha a sentença com base em tal lei transitado em julgado e, ainda, o Supremo tenha ofertado efeitos prospectivos para sua decisão, não vemos, em absoluto, modo como ser afastada a coisa julgada.

5 REFLEXÃO CRÍTICA

Cada vez mais, nos dias hodiernos, vem chamando a atenção dos doutrinadores, a questão da instauração da coisa julgada advinda de sentenças

⁴⁶ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 220.

⁴⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e a emenda constitucional 45/04. *Revista da AJURIS*, ano XXXII, n. 98, jun./2005, p. 64.



ofensivas à moralidade, legalidade e aos princípios constitucionais.

A título de conclusão, temos por oportuno, primeiro, assinalar que a expressão “coisa julgada inconstitucional” não é tecnicamente correta, pois inconstitucional não é a coisa julgada, mas o ato do qual dimana a coisa julgada, ou seja, a sentença ou o acórdão⁴⁸, por ter se pautado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Daí a justificativa do título do presente artigo ser finalizado com uma interrogação.

Também não nos parece correto falar em relativização da coisa julgada, pois a coisa julgada já é instituto relativizado pelo Código de Processo Civil, por exemplo, quando este lança o rol hipotético para ajuizamento da ação rescisória no art. 485.

Temos por correta a interpretação da Constituição no sentido de que esta protege o instituto da coisa julgada apenas contra a retroação de lei; no que se refere à proteção em decorrência de uma decisão do STF quanto à constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não há nada que nos conduza a pensar de forma contrária à formulação de uma lei que possibilite o desfazimento da coisa julgada. Aliás, a Lei nº. 11.232/2005 já prevê como inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Contudo, somos da opinião de que é importante nos atentarmos para os efeitos atribuídos pelo próprio STF à decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade. Se foram atribuídos efeitos prospectivos e a coisa julgada se constitui num momento do passado, há de atribuir privilégio ao princípio da segurança jurídica e manter intacta a sentença transitada. Assim é que a norma prevista no §1º do art. 475-L e a prevista no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil merecem aperfeiçoamentos.

Importante ressaltar que em nenhum momento se defendeu aqui o desfazimento absoluto e corriqueiro das decisões transitadas em julgado. Não. Se for possível o seu desfazimento, porque a decisão do Supremo foi *ex tunc*, então cabe ao Legislativo, esse é o nosso entendimento, editar lei específica criando uma via processual para a desconstituição da coisa julgada ou, até mesmo, ampliando o rol hipotético da ação rescisória, mas sempre estabel-

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista forense*, ano 101, n. 377, jan./fev. 2005, p. 45.



ecendo um prazo para tanto.

Tudo tem limite e o limite presta serviços à segurança jurídica que, nessa era da velocidade e do pragmatismo, sem dúvida funciona como instituto preponderante para a pacificação social. Eis a hora, portanto, de um novo processo, que corresponda aos desafios do novo tempo⁴⁹.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 14 jun. 2008.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tomo I.

BEZERRA, Paulo Renato Guedes. Um novo processo que corresponda aos desafios de um novo tempo. In **Revista Jurídica In Verbis**. Ano 11. n. 19. 177-189.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I.

⁴⁹ Este autor, antes das reformas no Código de Processo Civil realizadas entre 2005 e 2006, já alertava para a necessidade de um novo processo. Cf. BEZERRA, Paulo Renato Guedes. Um novo processo que corresponda aos desafios de um novo tempo. In *Revista Jurídica In Verbis*. Ano 11. n. 19. 177-189.



CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. I.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Tradução de Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1979.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. **Revista Forense**, ano 97, n. 358, nov./dez. 2001.

LARENZ, Karl. **Derecho justo – fundamentos de etica jurídica**. Madrid, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 6. ed. **Curso de processo**



civil: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. 6. ed. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, v. III.

MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. A defesa da nova execução de título judicial. In: Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. **Processo de execução civil. Modificações da Lei nº. 11.232/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista forense**, ano 101, n. 377, jan./fev. 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e a emenda constitucional 45/04. **Revista da AJURIS**, ano XXXII, n. 98, jun./2005.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista dos tribunais**, ano 93, n. 821, mar. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada



inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

UNCONSTITUTIONAL RES JUDICATA?

ABSTRACT

The Judiciary has lost, day after day, prestige in the society. Although it is permissible, in Brazil, the coexistence of similar cases that receive different responses from the judiciary, this discrepancy is not desired, particularly because of the obvious choice for legal rights. The process includes mechanisms aimed at preventing the contradictions of the trial, but that does not meet all the demands. As if this were not enough trouble, there is another that has plagued the Brazilian Judiciary: The processing delays. We live in a time of processing speed (or at least their search) and, therefore, that of pragmatism. In this context, it is critically important role that the Supreme Court (STF) as an umbrella body in order that the binding effect of its decisions can appear as a strong weapon to fight this evil, helping not only the achieve a reasonable length of proceedings, but also favoring legal certainty. In this context, there is res judicata as a matter of convenience, since it is desirable that security be given the legal relationship affected by the effects of the sentence. To what extent should remain a decision cloaked by res judicata when content is unconstitutional, is what we want to reply in the text.

Keywords: Legal certainty. Res judicata. Unconstitutional.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na vigésima nona edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

