

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 814

(Ano IX)

(12/08/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG):** Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT):** Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina):** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ):** Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA (SP):** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá):** Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



11/08/2017 Gisele Leite

» [Crítica à dogmática processual brasileira](#)

### ARTIGOS

11/08/2017 Carlos Henrique Rosa dos Santos

» [Viabilidade da reforma penal no tocante ao aborto: uma afronta à vida ou legítimo Direito reprodutivo e sexual feminino?](#)

11/08/2017 Maurício de Andrade Travassos Neto

» [Análise do julgamento do EREsp 1431091 à luz do princípio da presunção de inocência](#)

11/08/2017 Rodrigo Augusto Pinto Maciel

» [A relação de emprego e o poder do empregador](#)

11/08/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Caracterização da Configuração do Ato de Improbidade por Violação aos Princípios da Administração Pública: O Princípio da Moralidade e o Agir Probo do Agente Público](#)

10/08/2017 Rodrigo Augusto Pinto Maciel

» [Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura material](#)

10/08/2017 Paula Oliveira Pereira

» [A quebra da cadeia de custódia e a ilicitude da prova pericial](#)

10/08/2017 Cristiane Sampaio Diogo

» [Ações indenizatórias e regressivas por parte do Estado e a teoria da dupla garantia](#)

10/08/2017 Bruno Batista da Silva

» [Críticas ao direito penal do inimigo](#)

10/08/2017 Leila Rocha Sponton

» [Da ilegalidade da Internação-sanção nos casos de aplicação de remissão e a afronta ao devido processo legal](#)

09/08/2017 Cristiane Sampaio Diogo

» [Teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado: panorama jurídico brasileiro e responsabilidade objetiva](#)

09/08/2017 Henrique Portela Oliveira

» [O conflito entre coisas julgadas: uma análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça](#)

09/08/2017 Ricardo Simões Xavier dos Santos

» [Princípios da legalidade e anterioridade tributária e a inconstitucionalidade da modificação de alíquota de contribuição social \(pis e cofins\) através de decreto](#)

09/08/2017 Rodrigo Augusto Pinto Maciel

» [O sistema jurídico brasileiro e a influencia do common law](#)

09/08/2017 Ana Luisa Imoleni Miola

» [O meio ambiente do trabalho enquanto direito fundamental diante da atuação do Poder Judiciário](#)

08/08/2017 Cristiane Sampaio Diogo

» [Aspectos jurídicos do Mercosul: contexto da criação e constituição do Bloco](#)

08/08/2017 Adalberto de Oliveira Cordeiro Júnior

» [O Funk e seus bailes: regulamentar ou criminalizar?](#)

08/08/2017 Rodrigo Deamici da Silveira

» [Uma análise da Lei 12.529/2011 e a compreensão do Sistema Econômico de Defesa da Concorrência \(CADE\)](#)

08/08/2017 Ana Luisa Imoleni Miola

» [A Lei n. 9.099/95 sob a perspectiva de acesso à justiça](#)

08/08/2017 Ítalo Silva Dantas

» [A alienação parental e o princípio da afetividade no Direito brasileiro](#)

08/08/2017 Fernando Costa Santos Bezerra

» [Práticas publicitárias e o princípio da proteção integral à criança](#)

07/08/2017 Ítalo Silva Dantas

» [Os princípios constitucionais no Direito de Família: dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e melhor interesse da criança e do adolescente](#)

07/08/2017 Leonardo Silveira Antoun Netto

» [Serviço público e direito comparado - possíveis caminhos para a regulação do setor de telecomunicações no ordenamento jurídico brasileiro](#)

07/08/2017 Vanessa Capistrano Cavalcante

» [Da \(im\)possibilidade de instauração de tomada de contas especial quando a primeira notificação é realizada mais de dez anos da ocorrência dos fatos](#)

07/08/2017 Ana Flavia dos Santos

» [Cidadania: a difusão das noções básicas do texto constitucional para a formação de jovens cidadãos](#)

07/08/2017 Fernando Costa Santos Bezerra

» [Judicialização de políticas públicas no campo da educação à luz da jurisprudência dos tribunais superiores](#)

07/08/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Sistema Nacional de Seguridade Social como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais: Reflexões à luz do Mínimo Existencial Social](#)

#### MONOGRAFIAS/TCC

08/08/2017 Raul Fernando Tosta Bolson

» [Vedação das decisões-surpresa: aplicabilidade plena no âmbito do processo civil brasileiro](#)

## CRÍTICA À DOGMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

**GISELE LEITE:** Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas.

Historicamente se verifica que a dogmática processual nacional tem sido elaborada sobre a premissa da modernidade que tanto exigia a racionalidade e a certeza do conhecimento científico, pretendo resolver todos os conflitos, dilemas e busilis do homem, empenhando-se num paradigma determinista das ciências, e atualmente, sofre a influência pós-moderna.

A principal viga do processo<sup>[1]</sup> civil brasileiro é o procedimento comum ordinário que sempre se vinculou à cognição exauriente como sendo sua principal garantia para obtenção da decisão judicial definitiva eivada de certeza jurídica quanto à correta aplicação da lei, e atualmente com as inovadoras medidas jurídicas que servem para atender imprevisibilidades, mudanças e paradoxos típicos da sociedade humana.

Daí, surgiram outros juízos e instrumentos judiciais, tais como as tutelas provisórias que é gênero que abriga as tutelas de urgência (cautelares e antecipadas) concedidas sobre um juízo sumário, calcado na verossimilhança, e especialmente visando proteger preventivamente o direito. Procurando, pois, dar real efetividade à justiça, diante da complexidade do paradigma científico considerando as incertezas da evolução humana.

A evolução filosófica e conceitual do Direito, percorrendo a trajetória da modernidade até a pós-modernidade, se pode pontuar severas críticas à ciência jurídica calcada sobre um modelo hermético e essencialmente racional, cujos resultados não mais se coadunam com os novos fatos surgidos e com a inconstância peculiar do modus contemporâneo.

A verdade é que o direito pátrio fora erguido sobre patamar determinista, racionalista e iluminista bem peculiar das ciências modernas e, cujo mote principal era a pretensa racionalidade humana capaz de construir todo o conhecimento,

além de dar as explicações e oferecer as soluções para todo e qualquer dilema da humanidade, inclusive, quanto aos fenômenos da natureza.

Mas, a evolução da ciência do Direito fora influenciada pela Revolução Francesa e o jusracionalismo que trouxe a valorização intensa ao indivíduo, seu patrimônio e a supremacia da lei, bem como as especiais garantias da cidadania em face do Estado.

De sorte que toda a sistematização e codificação veio por viés positivista, trazendo um Direito que significava sinônimo de lei, ou seja, o legislador restou incumbido de prever todos os fatos e, ainda, estabelecer as normas a estes aplicáveis. Enquanto que ao juiz, fora dada a tarefa de mero aplicador de norma, sendo esta, racional e abstrata, inerente ao contexto social em que o fato ocorreria.

Até recentemente, o processo civil apartado do direito material, elegeu como crucial instrumento para a resolução dos conflitos judiciais, o procedimento ordinário, dependente de uma investigação e convencimento exauriente por parte do julgador, que, somente poderia decidir definitivamente após a obtenção da plena certeza a respeito dos fatos e do direito.

A alienação promovida pelo caráter determinista o que apartou a aplicação do direito em relação à realidade social, de maneira de o procedimento ordinário era surpreendido por fatos imprevisíveis, que o tornava ineficaz e iníquo, em face da morosidade no fornecimento da tutela poderá representar a negação da Justiça e do Direito.

O paradigma determinista das ciências em geral passou a não mais responder adequadamente a demanda e das expectativas humanas, especialmente diante de algumas descobertas científicas, dentre as quais a teoria da relatividade, a teoria quântica, o princípio da incerteza, a teoria dos sistemas dinâmicos, a topologia e a teoria do caos[2] que tanto colocaram em cheque a pretensão científica quanto a absoluta certeza e à previsibilidade, ilusórias ante a complexidade do universo. Aliás, do multiverso[3].

Os questionamentos pós-modernistas relativos à segurança, racionalidade e outros arranjos humanos antes considerados estáveis, diante da Constituição

Federal Brasileira de 1988 que alterou profundamente as bases do direito privado, privilegiando francamente os valores não propriamente materiais, com a dignidade da pessoa humana em detrimento do patrimônio, e logo em seu primeiro dispositivo vem a arrolar a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, inaugura-se uma ciência jurídica que se desprendeu do paradigma arcaico e simplista, vindo a sofrer os eflúvios da repersonalização e constitucionalização<sup>[4]</sup> de diversos institutos e conceitos doutrinários relevantes.

Resultaram tais mudanças significativa numa dogmática<sup>[5]</sup> processual mais atenta à prestação da tutela jurisdicional, reforçada por alguns dispositivos constitucionais relativos à garantia de acesso à justiça, para a efetiva tutela do direito, inclusive em seu aspecto preventivo, a garantia da razoável duração do processo e também os meios que garantam a celeridade<sup>[6]</sup> de sua tramitação.

Além de fundamentais mudanças no atendimento de uma Justiça efetiva e adequada aos direitos, que merecem reflexão em torno de novo paradigma pós-moderno que passou a ser responsável pela revisão do papel do Direito, da jurisprudência, do juiz e do processo civil.

A evolução do processo civil tem como foco principal as tutelas de urgência, a cautelar e a antecipada que atente melhor ao paradigma de complexidade da ciência jurídica e, se divide em duas partes, para sua compreensão: a primeira parte para disciplinar a relação do direito e do processo com a certeza e o determinismo e, a segunda parte para cogitar da evolução do processo civil no sentido de obter instrumentos adequados aos efeitos da complexidade do multiverso.

No final do pensamento medieval, a ciência caminhou para a libertação, rompendo as amarras de verdades pressupostas, metafísicas e indiscutíveis, em face da descoberta de que o homem pensa, logo existe, que tanto enfatizou Descartes. A verdade se constrói a partir da razão humana, tornando o conhecimento e a ciência independentes da relação com o divino e o preestabelecido.



A razão procura munir nossas ideias e noções do fundamento da verdade, e Descartes aponta que não seria possível que Deus, sendo absolutamente perfeito e verdadeiro, as tivesse posto em nós.

A filosofia cartesiana com apoio do pensamento moderno se pautou em afirmar que todo o fundamento que não se originasse na racionalidade e que passa a determinar as ações humanas e suas motivações. O paradigma determinista, tão comprometido com a ordem e a busca da certeza, começou a transcender as barreiras do conhecimento científico, contaminando as ciências sociais que então também passaram a buscar, com maior ênfase, a mesma certeza, segurança e previsibilidade das ciências naturais. Resultante de um pensamento iluminista que elevou a razão humana ao fator de explicação e compreensão de todos os fenômenos naturais, sociais, religiosos, econômicos e dentre outros.

A busca pela certeza e segurança é sem dúvida uma das características da modernidade. Conhece-se a crise de fundamentos, que são postos em xeque.

Os fundamentos da política, da crença religiosa, conhecimento, da moral e, finalmente, do Direito. A angústia provocada no homem moderno por essa situação leva-o a uma busca desesperada por segurança e certeza.

Assumira a missão nobre de revelar a simplicidade oculta atrás da desordem dos fenômenos, o conhecimento científico. E, o determinismo é o paradigma simplificador que põe ordem em tudo, expulsando a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio.

Assim, o método cartesiano de compreender o mundo, decodificando-o, se expande por ciências diversas, e o homem procura a entender cada vez mais o universo, desvendando-o por partes, descobrindo quais as leis da natureza que comanda essa grande máquina.

Aliás, a ideia de mundo-máquina é tão poderosa que vai se transformar na grande hipótese universal moderna, o mecanicismo.

Pode surpreender e até ser paradoxal que uma forma de conhecimento se baseie numa visão de mundo, e que venha construir a ideia de progresso que

ganha substância no pensamento europeu a partir do século XVIII e, que é representa o sinal intelectual da ascensão da burguesia. Mas, a verdade é que a ordem e a estabilidade do mundo são a pré-condição de transformação tecnológica do real.

Tal como na matemática, na física, na química, na biologia, na astronomia e demais ciências que progrediram na direção da exatidão e da verdade racional, também o Direito sofreu enorme transformação nos séculos XVII e XVIII com o surgimento da Escola<sup>[7]</sup> de Direito Natural tão influenciada pelo Iluminismo e, se difundiu na Europa por uma mentalidade fulcrada na razão, no individualismo, na autonomia, erigindo-se contra a autoridade e a tradição, que até então dominavam o Direito.

O jusracionalismo que surgiu na modernidade com o desejo de renovar a sociedade e o Direito com base na razão humana, ideia herdada pela Revolução Francesa, que trazia um direito muito individualista, o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no direito público.

O jusracionalismo fora o precursor do positivismo jurídico, tão importante para Hans Kelsen, do século XX, corrente que admitia como única fonte para o Direito a lei. O positivismo, portanto, é reflexo do paradigma determinista do conhecimento científico e, definiu o Direito como um sistema fechado, ordenado de maneira racional por um conjunto de normas jurídicas que preveem os problemas decorrentes da vida social e regulam as respectivas soluções.

Na saga científica de Kelsen, de fazer do Direito, uma ciência, nos conduz a abrir outras discussões sobre o sistema normativo com base na lógica jurídica forma. Se essa norma é formal, podemos afirmar que é direito posto (feito pelo homem para o homem). Kelsen tem o desejo de elaborar uma teoria pura do direito para se ter uma base científica jurídica, e é por esse motivo que o Direito de Kelsen deixa de ser uma ciência humana para praticamente passar a ser uma ciência quase exata (Direito Positivo). E a ciência do Direito se transforma em puro normativismo, fundamentada em uma extrema e ortodoxa lógica formal jurídica<sup>[8]</sup>.

O direito positivo essencialmente pautado pela razão, seria então, universal, imutável e dotado de certeza, sendo completo e livre de qualquer interpretação,

uma vez que a aplicação da lei se resumia na subsunção da norma ao caso concreto.

Se o legislador atribuiu um único sentido à norma jurídica, qualquer atividade de interpretação<sup>[9]</sup> tornar-se-ia desnecessária. A atividade do julgador se resume em descobrir a verdade da norma, a vontade da lei, que, em derradeira análise, é o resultado correto.

Para atingir tal finalidade, os juristas tiveram que divorciar a lei do contexto social e também de qualquer interpretação, evitando assim, de forma idêntica, que a aplicação da lei viesse a sofrer qualquer influência externa, evitando a equidade em prol da segurança.

Do iluminismo resultou a convicção de que o governo poderia criar uma sociedade melhor, mais livre e igualitária. E, assim, o direito seria o instrumento adequado à realização dessa ideia, com a sistematização da matéria jurídica em um corpo já unitário e homogêneo que se chama código.

São exemplos disso os códigos jusnaturalistas pois eram baseados em conceitos e preceitos racionais, não contraditórios, manifestação de uma unidade de poder e de razão, vindo ao encontro dos anseios ou necessidades de uma burguesia que lutava pelos valores da liberdade e da igualdade, conquistados na Revolução de 1789 e consagrados no Código Civil Francês.

Desta forma, em razão da mitigação do conceito moderno de ciência, que atribui cientificidade somente aos ramos do conhecimento humano destinados a mensurar, pesar e narrar, o Direito transformou-se em um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-se da História.

Tal conceitualismo transformou o Direito em uma ciência formal e abstrato, portanto, muito distante da realidade social. E, tal mudança, se mostrou necessária, vez que o mundo dos fatos é contingente, dotado de incertezas, característica contraposta à idealizada certeza jurídica que a ciência do Direito tanto almejava conquistar.

Percebe-se que com a ruptura do Direito e da realidade social provou a criação de dois universos distintos e dissociados, mas que caminham em paralelo:

o mundo dos fatos e o mundo do Direito, acarretando, dentre outras consequências, o abismo entre a teoria e a prática jurídica, culminando na criação de dois direitos, o dos sábios que é ensinado nas universidades e o saber dos práticos forenses.

Enfim, a ciência moderna sempre adotou o modelo do sujeito epistêmico[10] e rejeitou o sujeito empírico[11]. O que resultou na separação entre o sujeito e o objeto de conhecimento.

O comprometimento da ciência jurídica, especificamente do direito processual civil com a segurança e a certeza, tão peculiares ao paradigma determinista, com o procedimento comum ordinário.

O que reclama o uso da técnica da cognição judicial exauriente, em que o juiz, para decidir, necessita inevitavelmente do juízo de certeza que seja definitivo, adquirido, com a plena produção de provas, contrariamente à cognição sumária, alicerçada em um juízo de probabilidade.

Assim, o procedimento padrão, o ordinário, que é a regra geral no processo civil pátrio, se compatibilizou com o paradigma determinista, uma vez que ambos ambicionavam a certeza.

E, correlato à essa cognição exauriente é o princípio do contraditório, constitucionalmente garantido a partir do 1988 ao processo civil. E, em nome desse princípio, é necessário que o juiz, previamente, oportunize, igualmente às partes, a possibilidade de deduzir em juízo as suas alegações, bem como de rebater os argumentos e a prova apresentada pela parte adversa. Para depois, encaminhar-se à decisão definitiva. Conclui-se que esta exigência é harmonizável com o paradigma determinista.

Contudo, o procedimento ordinário, simultaneamente, deseja a segurança e a certeza jurídica, enquanto que por outro lado, utiliza um mundo imaginário, aquele que está retratado nos autos do processo, o que se constitui numa contradição.

É cabível questionar-se, então, se é mesmo possível alcançar a verdade de um mundo falso? A falsidade possui alguma verdade? A certeza pressupõe uma

verdade absoluta, que pode ser sempre relativa. Portanto, é custoso aceitar a ideia de embasar a segurança jurídica na certeza das decisões.

Ademais, o requisito da cognição exauriente e segura, adotado como procedimento processual padrão, já não atende ao mandamento constitucional da duração razoável do processo, perecendo suas decisões do caráter de efetividade e adequação à necessidade real do mundo dos fatos, dinâmico e imprevisível.

É cabível ainda afirmar, portanto, que o procedimento ordinário ruma na contramão da pós-modernidade, que, em razão de sua complexidade, está tentando conviver com as incertezas, ainda pretende alcançar uma ilusória ou aparente verdade, ignorando que o Direito é um sistema complexo não-linear.

A revolução científica do século XX veio a substituir o paradigma determinista e a sua busca pela segurança e certeza por um novo paradigma, ainda mais desafiador: o da complexidade.

A incerteza invadiu definitivamente as ciências o que também atingiu o Direito, que deixou de desejar tanto a certeza a fim de garantir a segurança e passou então a aceitar a probabilidade. A segurança, que até então se acreditava em decorrer da certeza, enfim cedeu espaço à probabilidade, que, por sua vez, não é mais compatível com a segurança.

Assim, aceitar as decisões judiciais que sejam fulcradas em probabilidades não significava abandonar totalmente a segurança jurídica. E, *ipso facto* deu-se a inclusão da tutela de urgência no ordenamento jurídico. Apesar que não tenha nascido com o Código Buzaid, mas, veio se definitivamente consagrado com o CPC de 2015.

Todavia, essas medidas de socorro mais efetivo ao direito lesado ou ameaçado tomaram nova roupagem, a partir na inclusão na Constituição Federal Brasileira de 1988 das garantias de acesso à justiça, correspondendo ao processo efeito, adequado e justo.

Relacionado também a razoável duração do processo que já era prevista na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades

Fundamentais de 1950 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

A percepção de que o antigo modelo de cognição ordinária já não mais atendida a entrega justa da tutela jurisdicional e deixava de fora as situações inesperadas e não contidas no conceito de certeza jurídica, instigou os juristas do processo a buscar novos instrumentos que permitissem ao Direito a abertura e a permeabilidade necessárias.

Era necessário tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo, eis que significava um grande desafio colocado para o processualista. E, a este cabe formular os mecanismos destinados a possibilitar que o processo alcance seus escopos institucionais e não se transforme em fonte de insatisfações. A duração do processo cognitivo ou executivo, muitas vezes, exagerada e inexplicável, representa obstáculo sério à plena satisfação do direito.

O desenvolvimento das tutelas de urgência no direito nacional se deve, particularmente, à opção ideológica do processualista e legislador, que, em razão da revolução científica abandonou o paradigma determinista e, à constitucionalização do processo civil

Preocupa-se com a maior efetividade jurisdicional. Um paradigma que se opõe à tutela jurisdicional repressiva, à tutela jurisdicional preventiva. Lembrando que a tutela repressiva em seu sentido tradicional de criar condições para que a lesão ao direito seja devidamente reparada, repondo as coisas no status quo ante na medida das possibilidades concretas (ou, ao menos, criando condições para tanto) e a tutela preventiva no sentido de evitar a lesão; de ser imunizada a ameaça, evitando que esta, a ameaça venha se transformar em fatal lesão.

Enfim, o paradigma da tutela repressiva, que até então era único, passava a ser acompanhado da tutela preventiva, ganhando *status* de direito fundamental, cabendo ao legislador instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva e ao juiz interpretar as normas processuais de modo a retirar destas os instrumentos processuais capazes de realmente viabilizar a concessão de tutela de prevenção.

Sendo a referida tutela hábil em evitar a lesão do direito ocorra, constitui-se em tutela de urgência, ou sob o manto da medida cautelar, ou sob a figura da tutela antecipada.

As chamadas tutela cautelar e a tutela antecipada é que em ambas existe o elemento constante que legitima a pronta e imediata e até mesmo enérgica atuação do Estado-juiz, é a urgência, isto é, a necessidade de atuação jurisdicional antes da consumação fatal do dano.

A tutela jurisdicional em casos como estes, justifica-se para evitar que o tempo necessário para concretização dos princípios constitucionais, seja, ele próprio, fator de prejuízo, quicá de total inutilidade, da própria atividade a ser desenvolvida jurisdicionalmente.

Diante da urgência a proteger uma situação antes não prevista no ordenamento jurídico, o Estado tinha duas possibilidades; a primeira era ignorar a imediatidade da tutela e observar somente o procedimento previsto em lei; a segunda, priorizar a proteção do direito ameaçado. Optando pela primeira alternativa, a proteção que o Estado vier a conceder, será tardia e muitas vezes inútil, pois o direito, então exposta ao dano iminente, ao tempo da resposta jurisdicional já não mais poderá realizar-se em razão da perda do seu objeto.

Mas, se o ordenamento jurídico fizer a escolha pela segunda alternativa, preferindo oferecer proteção imediata que seja capaz de preservar a incolumidade do Direito ameaçado de dano iminente, cuja existência, porém, não fora ainda constatada pelo juiz, terá de oferecer proteção, contentando-se com a simples probabilidade de existência do direito protegido, dado que essa tutela, em virtude da urgência circunstancial, impedirá que o magistrado forme seu convencimento com base numa investigação probatória exauriente.

As tutelas de urgência, por seguirem a cognição sumária representam o rompimento com o paradigma determinista, que impôs a cognição exauriente do procedimento ordinário como regra para a prestação jurisdicional.

O processo de conhecimento deveria averiguar a existência do direito afirmado pelo autor - ou descobrir a verdade<sup>[12]</sup> - para que então o juiz pudesse

proferir a sentença, declarando -ou não- a existência do direito. A execução somente poderia ter início depois de efetivamente declarado o direito do autor.

O procedimento ordinário culmina em uma sentença declaratória lato sensu, seja esta constitutiva ou condenatória, que segue o paradigma determinista, pois se limita à declaração do texto da lei, preservando as decisões judiciais do arbítrio do juiz.

Sublinhe-se que a preocupação com o arbítrio do juiz não fez surgir somente a ideia de que a sentença deveria se limitar a declarar a lei, mas também retirou do juiz o poder de exercer o imperium ou de dar força executiva às suas decisões. Aliás, diante da desconfiança do direito liberal em relação ao juiz posterior à Revolução Francesa, era natural a preocupação com a execução das decisões, pois esta poderia gerar maiores riscos do que a sentença declaratória lato sensu.

A incompatibilidade da tutela da urgência, faz o embate entre a verossimilhança com o paradigma determinista que aplaude a segurança e a certeza, ainda é ressaltada pelo autor da demanda.

Se a sentença do juiz deveria conter as palavras da lei, e a decisão ser tomada com base em parcela das provas (verossimilhança) pode, por lógica, ser afirmada em contrário quando todas as provas tiverem sido produzidas, a contradição entre a admissão da tutela antecipatória e a ideia de que o juiz deve pronunciar as letras da lei é evidente.

Isso pela razão de que, se a lei é uma só, não poderiam existir dois juízos em relação à esta... Na verdade, proibiram-se os juízos de verossimilhança para controlar o Judiciário e garantir a liberdade dos cidadãos.

Importa deixar evidente, que o procedimento ordinário clássico (destituído de tutela antecipatória) tem íntima relação com a segurança jurídica, ainda que esse procedimento tenha sempre se baseado na pseudosuposição de que o juiz encontraria a verdade ao final do processo.

Ou, pior, que jamais seriam necessários dois juízos a respeito da tutela pretendida pelo autor, ainda que o primeiro - derivado de uma situação de urgência - fosse fundado em parcela das provas e o segundo na sua integridade.



A inclusão da tutela provisória no direito brasileiro e na ordem jurídica brasileira rompeu com o determinismo, com a cognição exauriente, permitindo ao julgador que decida sumariamente com base na verossimilhança, além de conceder-lhe o poder de execução, de imperium, provocando efetivas alterações no mundo dos fatos e, não, somente, no mundo fictício do Direito. É o abandono da certeza em busca da probabilidade decorrente da verossimilhança.

Deve-se encarar o processo como algo que seja realmente capaz de alterar o mundo, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa. A maior aproximação dos processos ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja colocado a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.

A crise do determinismo moderno anuncia o novo paradigma da pós-modernidade, que ainda precisa ser compreendido. Na antessala do paradoxo, revelava a crise do determinismo, cujo ceticismo extremado era mais confirmação do que contestação. Hoje, emerge, entre o abissal determinismo e a nebulosa estocástica, um novo paradigma cuja inteireza dos contornos ainda está por ser revelada.

As tutelas de urgência fazem com que a efetividade do Direito deixe de ser uma promessa ou ilusão e passe para ser uma realidade palpável. A revolução científica substitui o determinismo e sua busca frenética pela segurança e certeza por um novo paradigma: o da complexidade.

Afinal, a complexidade considera que o pensamento, o conhecimento e a ciência nada têm de simples, herméticos, de lógicos, de formais e racionais, mas que na verdade<sup>[13]</sup> estão cheios de incertezas, dubiedades, contradições, diversidades e eram justamente contrário do que propunha o racionalismo cartesiano.

É precisamente o retalhamento das disciplinas que tornou possível apreender, que o tecido é mesmo justo, isso é, complexo, segundo o sentido original do termo. É o desafio da globalidade é também um desafio de complexidade.

Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, político, sociológico, psicológico, afetivo e o mitológico) são inseparáveis e indissociáveis e existe mesmo um tecido interdependente, interativo e interretroativo entre as partes e o todo; o todo e as partes. Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso século e de nossa era nos confrontam, inevitavelmente e com mais e mais frequência, com os desafios da complexidade.

O homem está aprendendo a conviver com a incerteza, que nunca deixará de existir posto que seja inerente à realidade;

E, a maior contribuição de conhecimento do século XX, foi o conhecimento dos limites do conhecimento. E, a percepção da indestrutibilidade das incertezas, não somente na ação, mas também no conhecimento[14].

Um único ponto quase certo no naufrágio (das antigas certezas absolutas): o ponto de interrogação, diz o poeta Stétié apud Antunes[15]: “Uma das maiores consequências desses dois aparentes defeitos de fato, verdadeiras conquistas do espírito humano é a de nos pôr em condição de enfrentar as incertezas e, mas globalmente, o destino incerto de cada indivíduo e de toda a humanidade”.

Edgar Morin[16] sustenta ainda, que homem convive com duas básicas incertezas, a saber; a incerteza do conhecimento e a incerteza histórica. Com relação à incerteza cognitiva há três princípios: cerebral, físico e epistemológico.

Segundo o princípio cerebral o conhecimento nunca é um reflexo do real, mas sempre tradução e construção, isto é, comporta risco de erro à luz do princípio físico o conhecimento dos fatos é sempre tributário da interpretação.

O princípio epistemológico[17] decorre da crise dos fundamentos da certeza. Quanto à certeza histórica sustenta que esta está atrelada ao caráter intrinsecamente caótico da história humana.

O autor define a complexidade, em um primeiro momento, como um fenômeno quantitativo, a extrema quantidade de interações e interferências entre um número muito grande de unidades. Mas, posteriormente, esclarece que a complexidade vai além de quantidades e interferências.

A complexidade compreende também incertezas, indeterminações e fenômenos aleatórios. A complexidade em certo sentido sempre tem relação com o acaso. Desta forma, coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos. Mas a complexidade não se reduz à incerteza, é a incerteza no seio de sistemas ricamente organizados.

Esta diz respeito aos sistemas semialeatórios[G1], cuja ordem é inseparável dos acasos que os concernem.

A complexidade está, pois, ligada a certa mistura de ordem e de desordem, mistura íntima, ao contrário da ordem e desordem estatística, onde a ordem (pobre e estática) reina no nível de grandes populações e a desordem (pobre porque era pura indeterminação) reina no nível das unidades elementares.

Foi em razão da complexidade, as ciências deixaram de ser estudadas de forma isolada para serem compreendidas atreladas. A complexidade exige do matemático conhecimento em área distinta. Assim como impõe ao sociólogo a necessidade de estudar ciências exatas.

O Direito como ciência e sistema deve ser aberto de forma a permitir a relação e absorção do seu entorno, faz parte do entorno, e alimentar-se desse mesmo entorno, de modo a poder corresponder às novas dificuldades e situações inéditas e impensadas próprias da vida humana. Os contrários e opostos, ao invés de ameaçar o Direito, vão alimentá-lo e construí-lo permanentemente de modo a municiá-lo com instrumentos que possibilitem a real e imediata tutela jurisdicional.

A complexidade faz com que os operadores tenham de conhecer minúcias de áreas inesperadas do conhecimento humana, em função do conteúdo dos processos, não obstante e até mesmo em razão do comparecimento de peritos e assistentes técnicos especializados, em apoio aos mesmos. A palavra final, sobre a sanidade ou paternidade de alguém, pode não vir de um médico e nem de um geneticista.

Pode vir de um juiz. Pode contrariar integralmente a conclusão de um laudo. Poderá a inspeção judicial ser mais considerável que uma perícia técnica? E, seu preço? Um bom fundamento é sempre pautado na razão, racionalidade? Seu

meio? Através do Sistema e discurso. Remédios? Recursos. E, a trajetória? Caótica. Medo? Indeterminação, instabilidade.

E, alguém gostaria que fosse diferente? A História responde que diversas pontes passam a estabelecer dentro das ciências. Diversas possibilidades de investigação passam a existir e novos horizontes, não raro paradoxais, como a vida.

Como o homem e as relações que trava consigo e com o meio. Novas possibilidades e racionalidade inauguram, construindo as matrizes de uma Ciência renovada, revivida e humanizada. Talvez um novo humanismo, cercado de um novo existencialismo, particularizado em ser um novo paradigma em curso.

De fato, as instabilidades que invadiram as ciências, também atingiram o Direito, que deixou de almejar a certeza a fim de garantir a segurança e passou a aceitar a probabilidade, a verossimilhança, o convencimento sumário para dar vez às tutelas de urgência, que modificaram a noção do tempo processual, e cuja razão de ser é possibilitar ao cidadão a proteção do direito de forma real e efetiva, de modo a alterar, com eficiência a realidade.

O juiz não mais se reduz ao mundo da lei para decidir, não mais se limita aos conceitos jurídicos para se convencer, se desprender das amarras da rígida formalidade processual determinista para pensar interdisciplinar e multidimensionalmente.

Com a superação do paradigma determinista em sua busca pela segurança e certeza jurídica, que ao longo da história do Direito estruturou o procedimento ordinário, está, timidamente, sendo expurgado do Direito.

O procedimento ordinário, como regra geral, em razão da cognição exauriente, possui uma tramitação excessivamente lenta e não raro sem sentido. O tempo de duração do processo pode representar um ônus para o cidadão que busca a tutela jurisdicional, posto que para conseguir o bem da vida pretendido, precisa aguardar a sentença.

Considerando que a cognição há de ser exauriente, decorrente da necessidade da sentença seja baseada na certeza, somente assim, alcançada, a

segurança jurídica é conquistada. E, tal postura é reflexo moderno paradigma determinista.

A sociedade reivindica uma tutela jurisdicional efetiva, que, no menor tempo possível, possa satisfazer, da forma mais ampla possível, a pretensão do jurisdicionado. Celeridade na impossibilidade de certeza.

O legislador constitucional, atendendo à reivindicação social, incluiu entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à razoável duração do processo. O que justifica a inclusão das tutelas de urgência como um dos direitos fundamentais, representando a ruptura da ciência jurídica com o determinismo posto que reclamem cognição sumária, que é incompatível com o paradigma determinista, pois a prestação jurisdicional é concedida com base na verossimilhança, de probabilidade.

A certeza e a segurança são exigíveis pelo determinismo e inexistem na cognição sumária. Com a evolução científica, se concluiu que a certeza é uma ilusão do qual o processo não pode ser mero simulacro. Daí a importância de se superar o determinismo.

A incerteza na racionalidade contemporânea, claramente intersubjetiva, não conduz necessariamente à aleatoriedade, pois a segurança do ordenamento jurídico não decorre da certeza, e, sim, propriamente da não-surpresa. Daí a previsão do art. 10º do CPC/2015.

A aplicação do Direito sempre exige interpretação, e requer critérios. A interpretação é norteadada por atratores, que são normas, os princípios, e, principalmente a Constituição Federal Brasileira. Não há surpresas com a eliminação do determinismo.

O Direito existe em razão da sociedade, cujas relações, na pós-modernidade são dinâmicas, interdisciplinares e complexas. O homem é afinal um ser complexo, dinâmico e multifacetado.

E, o Direito é vida. A vida não pode ser engessada por um ordenamento jurídico hermético e com a pretensão de completude. O Direito é bem mais que mero emaranhado de normas, é dinâmico e complexo.

E, diante dessa complexidade, da vida e do Direito que é impossível ao legislador que consiga realmente regulamentar todas as situações que podem ocorrer na vida social. A vida é dinâmica, complexa e, conseqüentemente, imprevisível.

O direito evolui *pari passu* com a sociedade, e tem que ser compreendido como um sistema aberto, dinâmico, complexo e, em constante crescimento. É um sistema complexo aplicado em uma sociedade cada vez mais complexa, densa e dinâmica.

### Referências

ANTUNES, Maria Márcia Teixeira; DA SILVA, Mônica Anselmi Duarte. Aspectos críticos da dogmática processual brasileira: do paradigma determinista à complexidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1de16907c72cefcb> Acesso em 29.07.2017.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. Separata de: O Direito, ano 126, v.I e II, 1994.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil - Processo Cautelar (tutela de urgência) volume 3, 2ª edição. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_ Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. 5ª edição. Rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil Processo de Conhecimento. Volume 2. 7ª ed., São Paulo: RT, 2008.

MORIN, Edgar. Introdução ao Pensamento Complexo. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um Discurso sobre as Ciências. 4ª ed., São Paulo: Cortez, 2006.

SÖNHGEN, Clarice. Epistemologia e Metodologia Científica: uma perspectiva pluralista. In: ARONNE, Ricardo (org.) Direito Civil-Constitucional e a Teoria do Caos: Estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

#### **NOTAS:**

[1] Convém destacar a definição de processo por Fazzalari que é de ser procedimento em contraditório, superando-se a visão de Oskar Von Büllow que o enxergava como mera relação jurídica processual. Ademais, a colocação da duração razoável do processo como direito fundamental, veio a ressuscitar a relevância de se ter celeridade processual e segurança jurídica para a composição do processo justo.

[2] A Teoria do Caos trata de sistemas complexos e dinâmicos rigorosamente deterministas, mas que apresenta um fenômeno fundamental de instabilidade chamado de sensibilidade às condições iniciais que, modulando uma propriedade suplementar de recorrência, torna-os não previsíveis na prática a longo prazo. Tal teoria serviu de edificação para as mais variadas imersões do homem no processo de construção de seu conhecimento durante muitos séculos (mais precisamente, até meados do século XX). Física, Matemática, Geografia, etc. Todas carregavam em suas teorias o cerne do determinismo.

[3] Multiverso é termo utilizado para descrever hipotético grupo de todos os universos possíveis. É muito usado na ficção científica, embora igualmente seja possível vê-lo em algumas teorias científicas, para

descrever grupo de universos que são relacionados, e assim são chamados de universos paralelos. Suas origens vêm da moderna Cosmologia e na Teoria Quântica, e também inclui várias ideias oriundas da Teoria da Relatividade de modo a configurar cenário em que pode ser possível a existência de múltiplos universos, onde, em escala global, todas as probabilidades e combinações dessas ocorram em algum dos universos.

[4] A constitucionalização atribuiu função social à propriedade, à responsabilidade civil, à família e aos contratos. Notáveis institutos do direito privado que passaram ter um *quid plus extra* em homenagem à dignidade da pessoa humana, que voltou a ser protagonista da ordem jurídica do Estado Social de Direito.

[5] A dogmática jurídica tem como dogma prefixado a norma jurídica. Tal dogma constitui-se de determinadas interpretações da realidade que não devem ser questionadas e, caso o sejam, devem ater-se aos parâmetros fixados pelas próprias normas jurídicas (como, por exemplo, no caso de arguição de inconstitucionalidade material de lei ordinária ou incompetência do órgão legiferante), sem prejuízo para a coerência interna do sistema normativo como um todo.

A inquestionabilidade dos pontos de partida, contudo, não significa que os dogmas jurídicos sejam interpretações estáticas da conduta social, uma vez que eles precisam ser constantemente revistos a fim de acompanhar a mutabilidade inerente àquela conduta. A dogmática jurídica consiste exatamente no manejo das regras que garantem que esses processos de revisão e atualização permanecerão dentro dos limites fixados pelas próprias normas jurídicas, estabelecendo modos interpretativos e integradores para adaptação da norma ao fato. (in: ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31).

[6] Na verdade, todas as tendências contemporâneas do processo endereçam-se a conjugar de forma harmoniosa os binômios compostos por celeridade-eficiência, celeridade-segurança.

E, para tanto, revela-se a importância da tutela antecipada, a priorização da execução específica, da busca de maior efetividade da execução da sentença, da mitigação do rigoroso princípio da congruência entre pedido e sentença e a execução, a ampliação da coisa julgada no plano subjetivo e com maior objetivo prático, e que se endosse a finalidade do processo pela justa composição do direito material, pela materialização da cidadania diante do caso concreto. In: LEITE, Gisele. *Tendências do Processo Civil Contemporâneo*. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=6213&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6213&n_link=revista_artigos_leitura) Acesso em 29.07.2017.);



[7] A Escola da Exegese inverteu as relações tradicionais entre o direito natural e o direito positivo, passando este, ter maior valor hierárquico do que o primeiro, que passa a ter que acatar como norma jurídica apenas aquelas que são postas pelo Estado. É o culto reverenciador do texto legal e de onde proveio a identificação do direito com a lei.

[8] No começo do século XIX, emergiu em França um direito sistematizado, codificado e positivado por obra de Bonaparte. E, a partir de 1804, o Código Civil passa a ser aplicado nas cortes judiciais francesas criando nova tradição jurídica. E, assim surgiu o princípio do dogma da onipotência do legislador e a escola da exegese. Tal nova modalidade de direito sistematizado e integrado, além de codificado, oriunda do pensamento iluminista, chocou-se com parte dos juristas alemães, que sustentavam que a codificação do direito já teria ocorrido em grande obra legislativa anterior, o Código de Justiniano, empreendida pelo Imperador bizantino Justiniano (482-565). A rigor, o Código de Justiniano era mais uma compilação de leis de épocas distintas do direito romano. Mas, que trazia conceitos e preceitos relacionados à justiça e ao direito, oriundos do direito romano, mas que durante muitos séculos fizeram parte do direito alemão.

[9] Conforme ensinou Deleuze, em interpretação que acompanhamos, mas que não é um consenso entre os intérpretes, para Nietzsche é na pré-história da humanidade que encontramos a inscrição social da norma no homem. Trata-se do processo denominado por Nietzsche como eticidade dos costumes. Ele localizava a incondicionalidade da norma e uma efetiva transformação do homem, que passa a ser responsável por seus atos, inclusive os futuros. A transformação do animal em homem, não seria possível sem as práticas comerciais e os direitos que emergem destas, incluindo-se as práticas punitivas.

[10] Também denominado de sujeito cognoscente ou do conhecimento, tal conceito se refere às estruturas mentais comuns a todos os seres humanos e que conferem a possibilidade de aprender fazendo relações entre diferentes informações (classificação, comparação e dedução). Segundo Piaget, esse "sujeito" expressa aspectos presentes em todas as pessoas. Suas características conferem a todos nós a possibilidade de construir conhecimento, desde o aprendizado das primeiras letras na alfabetização até a estruturação das mais sofisticadas teorias científicas.

[11] Devemos, pois, considerar o sujeito da vida psicológica. Pois tal sujeito nos é fornecido inicialmente como um eu físico e moral (sujeito empírico) que é constituído objetivamente pelo conjunto de fenômenos orgânicos, fisiológicos e psicológicos que eu apreendo como meus. E, também, subjetivamente, pela consciência de existir como princípio e

sujeito destes fenômenos, pela própria consciência de que eles são meus. Portanto, o "eu-objeto", no homem, se torna um "eu-sujeito".

[12] Verdade formal a que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente. A verdade real é aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados. A distinção entre verdade real e verdade formal surgiu no confronto entre processo penal e processo civil. Ou seja, no processo civil os interesses são, supostamente, menos relevantes do que os interesses no processo penal em vista dos bens tutelados, a vida, a liberdade e o jus puniendi do Estado. Assim, no penal se busca a verdade real e no civil a verdade formal.

[13] A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos).

O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição.

[14] O castigo e a violência para Nietzsche são considerados instrumentos hábeis em tornar o homem confiável.

Utilizaram-se dessa violência para controlar uma população desorganizada e lhe dar forma, oferecendo os benefícios da proteção e segurança em troca da total submissão (o que remonta ao conceito de direito, que será analisado mais adiante). Assim, mediante esses castigos públicos e as obrigações decorrentes das leis impostas, o homem, diante de muita violência, castigo, e sofrimento, foi se tornando mais confiável, mais apto a viver plenamente em sociedade.

[15] Salah Stétié é escritor e poeta libanês que escreve em língua francesa. Também atuou em diversos cargos diplomáticos para o Líbano em países como o Marrocos e França. Na década de 1960, ele atuou como Diplomático Cultural Libanês em Paris e Europa Ocidental, e também como delegado da UNESCO para o Líbano. Em 1982, ele começou um mandato

como um diplomata libanês na Holanda, cargo que ocupou até 1984, quando foi nomeado diplomata em Marrocos. Em 1987, foi nomeado Secretário-Geral do Departamento de Relações Exteriores em seu país de origem, antes de retornar à sua posição diplomática nos Países Baixos em 1991. Em 1992, ele se aposentou em Le Tremblay-sur-Mauldre

[16] Edgar Morin é pseudônimo de Edgar Nahoum é antropólogo, sociólogo e filósofo francês judeu de origem sefardita. Pesquisador emérito do CNRS (*Centre National de La Recherche Scientifique*) formado em Direito, História e Geografia, realizou estudos em Filosofia, Sociologia e Epistemologia. Autor de mais de trinta livros. É considerado um dos principais pensadores contemporâneos e um dos principais teóricos do campo de estudos da complexidade, que inclui perspectivas anglo-saxônicas e latinas. Sua abordagem é conhecida como "pensamento complexo" ou "paradigma da complexidade". Morin não se identifica como "teórico da complexidade" nem pretende limitar seus estudos às chamadas "ciências da complexidade". Ele distingue entre perspectivas restritas, limitadas, e amplas ou generalizadas da complexidade.

[17] A propósito, o direito que Nietzsche conheceu fora exatamente um direito em transição, que caminhava vigoroso para o atual paradigma de direito, ou seja, para o positivismo jurídico radical, onde o direito positivo é sinônimo de direito e a noção de direito natural é morta. E os juristas dessa época foram todos influenciados pelas teorias evolucionistas então emergentes e que trouxeram o repensar sobre a concepção de natureza humana.

## **VIABILIDADE DA REFORMA PENAL NO TOCANTE AO ABORTO: UMA AFRONTA À VIDA OU LEGÍTIMO DIREITO REPRODUTIVO E SEXUAL FEMININO?**

### **CARLOS HENRIQUE ROSA DOS SANTOS:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas- UFAL em 2014; Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar Senador Arnon de Melo em 2008; Especialista em Direitos Humanos pela Polícia Militar do Estado de Alagoas em 2012 e Pós Graduação em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Candido Mendes em 2017.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como desiderato debater sobre a interrupção voluntária da gravidez, apesar de ser tema controverso no Brasil, envolvendo não só questões de direito, mas desavenças de cunho religioso, ético e moral. Há de se tratar de igual modo dos óbices enfrentados no Brasil para a efetivação dos direitos femininos como uma população de maioria esmagadora cristã, oportunismo político e a legislação arcaica, que além de proibir, responsabiliza penalmente mulheres – a maioria sem condições financeiras – condenando-as indiretamente a morte, consequências de um aborto malogrado e de atendimento médico precário ou inexistente. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica de autores como: EMMERICK (2008), NASCIMENTO FILHO (2008), SARLET(2007), entre outros, além da pesquisa documental no Código Penal (1940) e nas legislações sobre o tema. Outrossim, quer-se demonstrar que os debates realizados acerca do tema devem ser debatidos no Brasil, tendo como finalidade precípua a descriminalização da interrupção terapêutica do parto e de uma assistência médica e psicológica à aquelas que tenham interesse em lançar mão de tal instrumento, assegurando desse modo, tratamento social condizente com o papel de grande relevância que ocupa a mulher na sociedade hodierna.

**Palavras-chave:** Interrupção. Gravidez. Direitos. Descriminalização. Mulher.

**ABSTRACT:** This study aims to discuss the voluntary interruption of pregnancy, despite being controversial in Brazil, involving not only issues of law, but religious, ethical and moral disagreements. It is also necessary to

deal with the obstacles faced in Brazil for the realization of women's rights as a population overwhelming Christian, political opportunism and archaic legislation, which in addition to prohibiting, criminally responsible women - most without financial conditions - Indirectly to death, the consequences of a failed abortion and precarious or non-existent medical care. The methodology used was the bibliographic research of authors such as EMMERICK (2008), NASCIMENTO FILHO (2008), SARLET (2007), among others, besides documentary research in the Criminal Code (1940) and in the legislations on the subject. It is also necessary to demonstrate that the debates about this topic should be debated in Brazil, with the main purpose being to decriminalize the therapeutic interruption of childbirth and to provide medical and psychological assistance to those who have an interest in using such an instrument, In this way, social treatment consistent with the very important role that women occupy in today's society.

**Keywords:** Interruption. Pregnancy. Rights. Decriminalization. Woman.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Desenvolvimento. 3. Considerações finais. 4. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento generalizado o fato de que discutir temas relacionados à dignidade da pessoa humana nunca é tarefa das mais confortáveis, falar sobre temas como situação deplorável das penitenciárias do país, que mais parecem faculdades do crime, ou da atual conjuntura do sistema de saúde brasileiro onde no mais das vezes para se conseguir um atendimento deve-se recorrer ao judiciário, sempre acirram os ânimos dos constitucionalistas mais apaixonados. A amplitude das discussões se eleva ainda mais quando se trata da vida humana, ao se defender a possibilidade da interrupção voluntária da gravidez, expressamente vedada em nosso código penal, que trata como crime, o que para muitos, é apenas um problema de saúde pública não enfrentado com a devida seriedade pelo Estado.

Nesse sentido, a questão central do nosso estudo é saber sobre a “viabilidade da reforma penal no tocante ao aborto: uma afronta à vida ou

legítimo direito reprodutivo e sexual feminino?”. Buscando através deste questionamento promover um debate acerca desse tema difícil de ser discutido na sociedade brasileira. Será feita uma breve análise da legislação penal brasileira, desde suas origens, ainda no Brasil Colônia, chegando até os dias de hoje, tomando como sustentáculo a visão do legislador, e do bem jurídico tutelado pela norma e tentar entender o que de fato o legislador de cada época tinha intenção em tutelar, se a vida do feto ou qualquer outro bem jurídico, como por exemplo, a honra da mulher ou o aumento do crescimento populacional. Além disso, após analisar a vedação penal, questionaremos a viabilidade e a sensatez do legislador, demonstrando que o aborto é um problema social e não caso de polícia. Veremos também a ingerência da igreja no estado laico, mostrando que os ensinamentos da igreja durante a história mudavam ao sabor do tempo e de influências políticas.

Compreender-se-á, que o aborto acima de tudo é uma questão de saúde pública, mostrando que milhões de mulheres todos os anos morrem ao realizar tal procedimento em clínicas clandestinas sem as mínimas condições, seja no tocante ao aparato técnico, profissional ou de limpeza. Nosso objetivo é demonstrar que a criminalização do aborto significa violar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, tornando-as escravas de seu próprio corpo, demonstrando que apesar das conquistas conseguidas por grupos feministas já previstos nos instrumentos internacionais e na Constituição Federal de 1988 elas carecem de implementação, e por fim se reitera-se a necessidade de reforma no código penal, que além de não proteger o bem jurídico para o qual se propõe, transforma em criminosas mulheres que na verdade precisam de prestações sociais, atendimento médico e psicológico. Para ratificar tal propósito, utilizaremos a pesquisa bibliográfica e documental citando autores e legislações já existentes no meio acadêmico, tais como: EMMERICK (2008), NASCIMENTO FILHO (2008), SARLET(2007), CONSTITUIÇÃO DE 1988 e CÓDIGO PENAL DE 1940.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

A prática do aborto no Brasil na época colonial não era considerada crime, no entanto contava com o repúdio da Igreja do mesmo modo que se observa atualmente. É de se destacar que a inquietação da igreja com a interrupção do parto não se dava em virtude da vida do feto, mas sim com a domesticação da mulher, além de ver na gestação uma função nobre que repurificava a mulher

após a prática “obcena” na qual consistia o sexo. Outro fator era o expansionista, o Brasil, recém colonizado estava em vias de desenvolvimento, desta feita o aborto seria um entrave ao reduzir a natalidade e frustrava assim as expectativas de crescimento demográfico da coroa portuguesa. Seguindo esta linha EMMERICK (2008, p.05) discorre:

Nesse período histórico todo projeto de construção da “santa-mãe” estava imerso dentro do que se pode denominar maternidade ideal, uma vez que o plano de colonização em vias de expansão necessitava, urgentemente, povoar o território do Brasil colônia. Dentro desse contexto, o aborto tinha conotações completamente distintas das conotações da sociedade contemporânea. À época do período colonial o (des)valor da prática do aborto por parte da igreja e do Estado estava relacionado à moral e aos bons costumes. À vista disto, tal prática não era disciplinada juridicamente, talvez por não ter relevância para o mundo do Direito.

Então ao analisar dos dizeres do supracitado autor, conclui-se que àquela época o aborto não possuía relevância penal, e que a prática do aborto despertava o interesse da igreja exclusivamente pelo projeto expansionista da coroa portuguesa, além de, por tabela manter o controle sobre o corpo feminino, impondo-lhe uma atribuição, tendo esta que concluir a gestação como se esta fosse um carma que deveria ter de carregar, dada a “imundície” que era a prática da relação sexual.

A partir de 1822, com o advento da república a relação do Brasil com o aborto se alterou, independente a partir da data supramencionada, o Brasil cria o código Criminal do império[1], tipificando a interrupção terapêutica do parto como crime. Já em 1890, com o advento da república, uma série de mudanças de ordem político-sociais explodiu, e a legislação penal sobre o aborto fora influenciada de forma a aumentar o campo de atuação da lei, punindo também a mulher que pratica o aborto em si mesma, vejamos como o código penal da república[2] trata da interrupção da gravidez voluntária:

Art. 300. Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso : — pena de prisão celular por dois a seis annos.

No segundo caso : — pena de prisão celular por seis mezes a-um anno.

§ 1. Si em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-o seguirse a morte da mulher: Pena — de prisão celular de seis a 24 annos.

§ 2. Si o aborto for provocado por médico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena — a mesma precedentemente estabelecida, e a privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

Como se observa, o autoaborto passa a ser criminalizado, e o tipo passa a ter contornos muito parecidos aos dos dias atuais. Destarte a “vida” neste parágrafo é posta em um patamar inferior à dignidade e o pundonor da mulher. Portanto o legislador, ainda não se preocupava definitivamente com a vida do feto, tendo outras prioridades como bem jurídico tutelado.

Com o advento do século XX, surge o Código Penal de 1940, que pouco inovou no tocante a interrupção terapêutica do parto. O referido diploma penal vigora até os dias atuais e tipifica três figuras de aborto: aborto provocado (art.124), aborto provocado por terceiro (art.125), e aborto consentido (art.126). Ademais, o supramencionado código apresenta algumas excludentes do crime em tela, nas quais o aborto poderá ser realizado e não será criminalizado, como o aborto necessário (art.128, I) e o aborto humanitário (art.128, II). Vejamos o que o legislador diz no Código Penal<sup>[3]</sup>:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:



Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O primeiro dos artigos mencionados visa punir a mulher quando provoca o autoaborto ou ainda quando consente que outra pessoa o faça, sendo a gestante o sujeito ativo desse tipo penal. Já o artigo 125 tem como sujeito ativo aquele que

pratica a interrupção da gestação sem o consentimento da gestante, situação bem mais gravosa que merece maior atenção do legislador quanto à punição. A norma incriminadora seguinte ainda alcança uma terceira pessoa que não a gestante, a única diferença é que neste ponto se tem a autorização da mulher pejada para proceder à conduta. Entretanto o parágrafo único ressalva que se a gestante possui menos de 14 é alienada ou débil deve-se ter a presunção de que não havia consentimento e punir o sujeito ativo com a pena cominada no artigo anterior. Além disso, o 127, CP prevê causas de aumento de pena se sobrevier lesão corporal ou morte em razão do aborto.

Não menos relevante é o Artigo 128 do Digesto Penal em debate que destaca duas possibilidades de excludente de ilicitude quando se pratica o aborto, quais sejam, aborto terapêutico e humanitário. No primeiro deles, o profissional de medicina, opta pela vida da mãe quando não há possibilidade de salvar ambas as vidas (feto e gestante). No segundo caso, a gravidez é decorrente de outro crime, o estupro, onde sob o manto da dignidade da pessoa humana é concedida a mulher pejada a faculdade de prosseguir ou interromper a gravidez.

O que se pode extrair do estudo sobre a penalização do aborto é que, apesar da aparente boa intenção em salvaguardar a vida do feto, o código penal, neste tipo de delito agrava a situação de milhares de mulheres que recorrem à interrupção do parto, uma vez que estas se utilizam de clínicas clandestinas e sem assistência médica acabam por perder suas vidas de maneira trágica. Assim, ZAFFARONI:

Até hoje o sistema penal não conseguiu resolver o conflito gerado pelo aborto, o aumento da repressão sobre os médicos que o praticam, não faz nada além de aumentar o preço de seus serviços, excluindo cada vez mais as mulheres das faixas economicamente mais carentes, que se veem entregues a mãos despreparadas e desumanas, o que tem feito aumentar o número de mortes devido ao emprego de práticas primitivas, fazendo com que o aborto ocupe o primeiro lugar entre causas de morte materna (ZAFFARONI, 2001, p.35).

Entende-se que, por um lado a criminalização dificulta a coleta de informações exatas e rigorosas que ajudem a formular uma pesquisa que demonstre cabalmente a situação, por outro não obsta que milhões de mulheres recorram a essa prática expondo-as a um risco de morte desnecessário, haja vista que, como cidadãs brasileiras possuem na Constituição Federal<sup>[4]</sup> garantias contra a opressão e leniência do Estado, vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (...)

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

O que se deduz dos artigos da Carta Maior é que, ao passo em que acontecem fatos da natureza da interrupção terapêutica do parto, o Estado, como provedor da Saúde de seus cidadãos deve tomar as medidas necessárias para que sejam sanados os problemas de maneira mais eficaz possível. Então, ao realizar o enquadramento da norma Constitucional a realidade vivida pela sociedade brasileira notamos ser premente a tomada de providências na área da saúde para minimizar os prejuízos sociais causados por esse câncer que é a criminalização da mulher que aborta. Em que pese à decisão do legislador penal vislumbrar a vida do feto, as consequências para a mulher que se submete a um aborto sem

assistência médica e psicológica são catastróficas, tendo como resultado, na maioria das vezes, a morte. Assim, de acordo com Nascimento Filho (2013, p.129):

Impedir que a mulher possa decidir livremente sobre a manutenção ou interrupção de uma gravidez não desejada afronta não só as normas previstas no artigo 5º da constituição federal, mas também todos os documentos internacionais que têm os direitos humanos como objeto central, os quais o Brasil se comprometeu a respeitar e implementar.

Desta forma, em que pese o desenvolvimento de grande monta dos direitos sexuais e reprodutivos, encontrando guarida principalmente na constituição federal, existe um abismo entre as garantias constitucionais e o que materialmente é conferido à cidadã brasileira. Ao idealizar a atual carta política brasileira, o legislador deu primazia aos direitos fundamentais, colocando-os numa situação topográfica privilegiada, sendo o primeiro assunto debatido, vindo logo após o preâmbulo, sendo, de acordo com Sarlet (2010, p.66), “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional”.

Nesse diapasão, temos que o direito à vida intrauterina a partir da concepção entra em colisão direta com o direito à saúde e a reprodução feminina, ambos previstos na carta política de 1988. Dessa forma, dever-se-á realizar uma ponderação entre os princípios, de forma a relativizar a vida do feto uma vez que o Brasil como sujeito de direito internacional ratificou diversos tratados, conferindo a mulher melhores condições no tocante a saúde reprodutiva, além de autonomia quando o tema é direito sexual.

Ademais, a criminalização da interrupção terapêutica do parto, além de ser uma norma inócua, ou seja, passa batida diante de milhões de abortos realizados todos os anos do Brasil, tem como resultado prático, não a proteção da vida do feto, mas a condenação à morte de tantas e tantas mulheres que, no mais das vezes não possuem condições financeiras ou até mesmo psicológicas de prosseguir com uma gestação. Destarte, o Código Penal foi um esforço estéril do legislador na suposta proteção de um bem jurídico, que, além de não salvaguardar o que se propõe, entrega mulheres a sua própria sorte ao se arriscarem a fazer um

procedimento sem as menores condições de perícia técnica e higidez. Coaduna do mesmo pensamento Emmerick (2008, p.92).

Assim, a violação dos direitos humanos das mulheres decorrentes do modelo repressivo da lei penal ao aborto, tem um peso considerável na vulnerabilidade feminina, uma vez que a mulher tem, regra geral, responsabilidade individual pela decisão de interromper uma gravidez indesejada, sofrendo, muitas vezes, a violação do direito à vida, à saúde, à não discriminação de gênero, à liberdade e a autonomia ao direito de viver livre de tratamento desumano e degradante e à segurança pessoal, dentro outros.

Em que pese a brilhante intervenção de Rulian Emmerick, a penalização é fruto de uma democracia pouco desenvolvida, além de forte influência eclesiástica na organização política do país, que pelo menos formalmente é considerado laico. O conservadorismo também tem um viés político, nesse diapasão, discutir tema que engloba valores morais éticos e religiosos no parlamento pode custar caro àquele que almeja revolucionar ou inovar o quadro político nacional.

Para modificar esta realidade, a legislação deve ser revista, passando a tratar o aborto não mais como um caso de polícia, mas como uma questão de saúde pública, sob o foco de que as mulheres devem gozar das mesmas prerrogativas e direitos que possuem os homens, seja no tocante a autonomia reprodutiva, seja no acesso a saúde. Ademais conforme Pimentel (2007, p.180), o direito à liberdade de autonomia a reprodução feminina deve ser respeitado, garantido e exercido junto ao sistema de saúde pública do país, afiançado está pela Constituição de 1988 e pelos compromissos assumidos pelo Brasil em diversos tratados internacionais.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar o quanto é difícil debater sobre o aborto no Brasil, e, para tanto analisamos algumas legislações penais brasileiras sobre a interrupção do parto que não era relevante penal, e que

apenas durante o império é que o aborto passou a ser punido pelo Estado. Ademais vimos que a intenção do legislador não era a proteção da vida do feto, e sim salvaguardar a honra e a integridade física da mulher ou o matrimônio, um dos institutos sagrados para a igreja.

Analisamos também o ponto de vista daqueles que se mostram resolutos na manutenção do aborto como um crime, consideramos os argumentos e os rebatemos de maneira lógica e pontual. Enfim, observou-se a influência eclesiástica no estado laico quando o tema é a interrupção terapêutica do parto, e descobrimos que a igreja mudara seu ponto de vista sobre o tema ao sabor do tempo e, portanto, não manteve desde sempre o entendimento de hoje, onde a vida começaria desde o momento da concepção.

Nosso objetivo foi explicar o aborto como uma questão de saúde pública, mostrando que a penalização dificulta o levantamento e dados estatísticos dado a clandestinidade, muito embora se tenha certeza de que criminalizar a conduta não impede a pratiquem em larga escala, além de empurrar milhões de mulheres para a insegurança ou a morte.

Por fim, chegamos à conclusão de que o aborto nunca deixará de ser um dilema ético e moral, e que nunca se chegará a um denominador comum sobre tema tão apaixonante. No entanto, o que se exprime do trabalho é que para que se efetive o direito à saúde e as garantias reprodutivas e sexuais femininas contidas na constituição federal e nos tratados internacionais respectivamente, deve-se fazer uma relativização do direito à vida do feto, garantindo à mulher a possibilidade de escolha – nas primeiras semanas – no tocante ao prosseguimento da gestação. Tal entendimento parece ser o mais sensato, dado que a liberdade total traria um dilema onde seria difícil a distinção entre o infanticídio e o aborto de uma gestação de nove meses, ou ainda, a total vedação do aborto sem uma justificativa coerente senão socar a mesa e disparar argumentos religiosos num Estado em que, pelo menos na constituição é laico.

#### 4. REFERÊNCIAS

**Código Criminal do Império do Brasil.** 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) Acesso em: 13.jan.2017.

Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

**Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>  
Acesso em: 17.jan.2017.

EMMERICK, Rulian. **Aborto (Des)criminalização, Direitos Humanos, Democracia.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2008.

NASCIMENTO FILHO. João Batista do. **A dignidade da pessoa humana e a condição feminina: um olhar sobre a descriminalização do aborto.** Curitiba. 2013.

PIMENTEL, Silvia. Um pouco de história da luta pelo direito constitucional à descriminalização e a legalização do aborto: alguns textos várias argumentações. Assim temos falado há décadas. In: Daniel Sarmiento e Flavia Piovesan (Coords.). **Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Rio de Janeiro. Lumem Juris. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Revista atualizada e ampliada. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ZAFFARONI. Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** 5 ed. Rio de Janeiro. Revam. 2001.

NOTAS:

[1] **Código Criminal do Império do Brasil.** 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) Acesso em: 13.set.2014.

[2] TINOCO, Antonio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado.** ed. Fac-similar, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

[3] Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

[4] **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>  
Acesso em: 17.set.2014



## **ANÁLISE DO JULGAMENTO DO ERESP 1431091 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**MAURÍCIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO:**  
Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

**RESUMO:** O presente artigo pretende realizar uma abordagem crítica do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no EREsp 1431091/SP, em que se entendeu que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ensejar o afastamento do tráfico privilegiado no caso concreto.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE 3. CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS 4. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO TRATAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 5. JULGAMENTO PROFERIDO NO ERESP 1431091 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS 7. REFERÊNCIAS

**Palavras chave:** Direito Penal. Tráfico de Drogas. Presunção de Inocência. Superior Tribunal de Justiça.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que inquéritos criminais e ações penais em curso, antes mesmo do trânsito em julgado, podem ser considerados para fins de afastamento do tráfico privilegiado.

Com isso, é possível notar um conflito entre o fundamento da decisão e o princípio da presunção de inocência, muito caro à ordem constitucional brasileira. Torna-se importante, então, uma análise detida da referida decisão, contrapondo-a a previsões normativas nacionais e internacionais, de modo a verificar possíveis incompatibilidades.

Em um primeiro momento, será tratado o princípio da presunção de inocência, com seus fundamentos e consequências. Posteriormente, ter-se-á a exposição dos requisitos para o reconhecimento da causa de diminuição de pena apelidada de “tráfico privilegiado”.

Em seguida, será efetivada breve análise da evolução do tratamento jurisprudencial a respeito do princípio da presunção de inocência. Por fim, passar-se-á propriamente à análise do julgamento em questão: EREsp 1431091.

Com isso, busca-se concluir em que medida compatibilizam-se a decisão e o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, propondo-se possíveis ponderações a respeito de eventual coexistência de ambos no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio da presunção de inocência, embora eventualmente diferenciado do princípio da não culpabilidade, é tido majoritariamente como sinônimo deste. Trata-se de princípio previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, que preceitua que nenhum indivíduo deverá ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A diferenciação entre os dois princípios diz respeito à previsão internacional, que se refere à inocência do réu, ao invés de sua não culpabilidade, como pode ser observado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, 2.

O texto internacional contém a seguinte previsão: *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.*

Para fins do presente trabalho, porém, não será relevante a análise da correção da pretendida diferenciação. Bastará, aqui, que se tenha em mente a importância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a atribuição de quaisquer efeitos jurídicos à prática da infração penal.

Isso porque até que a decisão condenatória esteja sob o manto da coisa julgada, não é possível falar em certeza da ocorrência do fato delituoso. Em verdade, certeza fática raramente haverá. A certeza jurídica, contudo, não pode ser constatada sem que ocorra o trânsito em julgado da condenação.

Nos dizeres de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

*O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes (...).*

Feitas essas análises a respeito do princípio, é necessário tecer alguns comentários a respeito da figura do tráfico privilegiado para, então, levar a efeito uma apreciação crítica da decisão do Superior Tribunal de Justiça objeto deste estudo.

### 3. CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O chamado tráfico privilegiado constitui causa especial de diminuição de pena prevista na lei 11.343/2006, em seu artigo 33, parágrafo 4º. Por tal previsão, a pena do crime de tráfico de drogas deverá ser diminuída um sexto a dois terços caso o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A primariedade do agente será verificada nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal e é obtido por exclusão. Isto é, deve ser considerado primário o indivíduo que não é reincidente.

Os bons antecedentes, por sua vez, deverão ser avaliados também por exclusão: o indivíduo não pode possuir maus antecedentes. Estes últimos estão presentes nas hipóteses em que houve a prática de crime posterior ao tráfico de drogas, cuja condenação transitou em julgado antes do julgamento em que se pretende a incidência da causa de diminuição. Aqui, assim como na reincidência, apenas o trânsito em julgado possibilitará a valoração. É como ensina Rogério Greco:

*Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado.*

Tem-se, ainda, que o réu não pode integrar organização criminosa. Nesse ponto, deve-se considerar a previsão da lei 12.850/2013, que traz o conceito de organização criminosa em seu artigo 1º, parágrafo 1º. Trata-se da “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Por fim, não pode o réu dedicar-se a atividades criminosas. Cuida-se de previsão genérica que deve ser analisada com cautela. A verificação deverá ser feita pelo julgador no caso concreto, sem, contudo, perder-se de vista princípios fundantes do direito penal e do direito processual penal. É com relação a esse requisito que será exposta, adiante, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, com as críticas a ela pertinentes.

É importante, ainda, mencionar, quanto ao tráfico privilegiado, que sua importância hodiernamente não se encontra apenas na possibilidade de diminuição da pena a ser aplicada ao delito de tráfico de drogas. O reconhecimento da circunstância conduz também ao afastamento da hediondez do crime, conforme reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 118533. Com isso, pode o condenado ter a seu favor requisitos mais brandos a serem preenchidos para a obtenção de direitos de extrema relevância, como a progressão de regime e o livramento condicional.

#### 4. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO TRATAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Até o início do ano de 2016, a jurisprudência pátria garantia ampla efetividade ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Ocorre que, desde fevereiro do mencionado ano, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126292, realizou uma alteração de entendimento, considerando possível a execução provisória da pena após condenação em segundo grau. É a ementa do julgamento:

*CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.*

Os fundamentos principais utilizados na decisão foram a ausência de ofensa ao núcleo essencial do princípio da presunção de inocência e a inexistência de efeitos suspensivo nos recursos extraordinário e especial.

Sem adentrar em análise da decisão e de seu mérito, com ela teve início a relativização do princípio da presunção de inocência, reconhecendo-se a possibilidade de produção de efeitos de decisões condenatórias ainda não transitadas em julgado. Para tanto, bastaria que houvesse sido proferida condenação em segundo grau de jurisdição.

Tal relativização contribuiu para que, posteriormente, fossem proferidas outras decisões em que se conferiram efeitos a processos judiciais ainda não transitados em julgados. E ainda mais grave: também a inquéritos policiais em curso.

Tendo em vista as informações até aqui expostas, passa-se à análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Como se observará, tem ela como pontos nodais o princípio da presunção de inocência e sua relativização.

## 5. JULGAMENTO PROFERIDO NO ERESP 1431091

Importante, antes que seja apreciada a decisão, a transcrição de sua ementa, publicada em fevereiro de 2017:

*PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade*

*criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça. (grifos nossos)*

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao valorar negativamente inquéritos policiais em curso e ações penais sem o trânsito em julgado, determinou que tais circunstâncias ensejariam o reconhecimento de que o agente se dedica às atividades criminosas. Consequência disso seria o afastamento da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/2006, em razão do descumprimento de um dos seus requisitos anteriormente expostos.

Ocorre que mesmo o processo judicial transitado em julgado com condenação não possibilita, muitas vezes, a certeza fática da ocorrência do fato. Trata-se de uma certeza jurídica, conforme a verdade possível, obtida por meio do processo. Por essa razão, antes de se produzir a coisa julgada, a verdade estará consolidada em medida ainda menor que aquela obtida ao final do processo.

Com isso, tem-se que é indevida a consideração de inquéritos e ações penais em curso, seja para fins de reincidência, como de fato é observado pelos Tribunais (nesse sentido, a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça), seja para o afastamento de circunstâncias do tipo penal, como é o caso da causa de diminuição em comento.

Isso porque, inexistente o trânsito em julgado, ainda não se atestou que a acusação se desincumbiu de seu ônus probatório de demonstração da ocorrência do fato delituoso. Até então, o que existe são meras conjecturas, que não devem ser aptas a ensejar efeitos tão gravosos como a subtração da minorante.

Propõe-se, portanto, a impossibilidade da valoração de inquéritos e ações em curso da maneira como operacionalizada pelo Tribunal no precedente em comento. De maneira subsidiária, é possível pensar em uma utilização de tais elementos apenas para a influência no *quantum* de diminuição da pena a ser aplicado, e não para o impedimento de qualquer redução.

Por fim, subsidiariamente ao proposto no parágrafo anterior, caso os Tribunais mantenham o entendimento firmado na decisão em análise, há ainda mais uma possibilidade a ser considerada. Os inquiridos de forma alguma poderiam ser considerados. As ações em curso, por sua vez, seriam consideradas desde que após condenação em segundo grau. Dessa maneira, embora ainda longe do que se espera com a observância da presunção de inocência, ao menos é preservada a coerência da jurisprudência, trazida como dever aos Tribunais pelo artigo 926, *caput*, do novo Código de Processo Civil.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizadas as exposições, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, em que pese possuidor de louváveis entendimentos, decidiu de maneira contrária ao princípio da presunção de inocência. A tese firmada no EREsp 1431091 alargou ainda mais a relativização já realizada do referido princípio quando da permissão da execução antecipada da pena.

Assim, é necessário que se tenha um olhar crítico diante do entendimento proferido. Deve a defesa manifestar-se contrariamente a tal precedente em suas manifestações, propondo seu afastamento total, ou mesmo seu abrandamento, nos termos propostos neste artigo. Com tal proceder, ensejar-se-á a reflexão nas demais esferas do Poder Judiciário para que, possivelmente, haja uma superação ou revisão do entendimento.

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em . Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: . Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em . Acesso em: 6 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em . Acesso em: 6 jul. 2017.



GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

SANCHES, Rogério Cunha. Manual de direito penal: parte geral. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

## A RELAÇÃO DE EMPREGO E O PODER DO EMPREGADOR

**RODRIGO AUGUSTO PINTO MACIEL:**  
Bacharel em Direito, Pós Graduação em Direito  
Processual Civil. Procurador do Estado do  
Maranhão.

**RESUMO:** Trata-se de artigo que tem como objetivo a análise da relação jurídica de emprego sob o enfoque do poder do empregador.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O poder do empregador; 2.1 Classificação; 2.2 Limitações. 3. Conclusão. 4. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O poder empregatício é inerente à relação de trabalho, sendo definido, por Mauricio Godinho Delgado, como o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços. [\[1\]](#)

### 2. O Poder do Empregador

Pode - se dizer que na relação empregatícia se constata a existência de dois elementos marcantes: a subordinação do empregado e o poder de direção do empregador. Desta forma, se admite o poder de comando do empregador dentro de uma relação de emprego, uma vez que ele se faz necessário frente às responsabilidades que possui o empregador, de coordenar e fiscalizar o empreendimento, tendo em vista que este arcará com todos os riscos nos casos de fracasso do mesmo.

O poder de direção do empregador surge em decorrência da Lei, previsto no artigo 2º da CLT, que define como empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

É através do contrato de trabalho, negócio jurídico previsto, que o trabalhador se obriga a prestar serviços de forma contínua ou provisória à outra pessoa ou entidade, mediante remuneração e sob orientação

Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado afirma que o poder de direção do empregador “trata-se de um conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e do espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.”. [2]

Atualmente, há duas grandes correntes, na doutrina majoritária, quanto à natureza jurídica do poder diretivo: a teoria contratualista e a teoria institucionalista.

A teoria contratualista defende a existência de um acordo de vontades entre as partes da relação trabalhista, havendo, a partir desta celebração de vontade, o desenvolvimento da relação entre empregador e empregado, com a consequente ocorrência da subordinação e geração do poder empregatício.

Segundo a teoria institucionalista, o poder empregatício e a consequente subordinação do empregado não seriam derivados do contrato, mas da organização interna do trabalho, havendo uma colaboração entre as partes da relação trabalhista, para que se alcançasse o objetivo comum.

### **2.1. Classificação.**

A expressão “poder empregatício” ou “poder intraempresarial” vem sendo a mais utilizada pela doutrina moderna, sendo esta o gênero das espécies: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar. Desta maneira, o termo é utilizado para caracterizar, de maneira geral, o conjunto de prerrogativas concentradas na figura do empregador. O referido autor, neste ponto, defende que “é sem dúvida vantajoso, do ponto de vista teórico e prático apreender-se uma específica denominação (poder empregatício ou poder intraempresarial), a integralidade de um mesmo fenômeno que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas. [3]

Desta maneira, se faz necessário conceituar e especificar as diversas espécies de poder, derivadas do poder empregatício.

O poder diretivo consiste no exercício do poder de direção, pelo empregador, com a consequente subordinação do trabalhador, diante deste poder de comando exercido, sendo em virtude do poder diretivo que a realização da força de trabalho é moldada, para que se adeque ao objetivo previsto no

contrato. Desta maneira, pode se dizer que os trabalhadores exercem uma colaboração subordinada, sendo orientado e coordenado de acordo com o plano do conjunto.

Conforme se verifica nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento: “Na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direito não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como a sua atividade é exercida.” [4]

Mauricio Godinho Delgado traz uma definição mais objetiva de poder diretivo caracterizando este como “o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.”. [5]

O poder regulamentar é entendido, pela doutrina majoritária, como uma extensão do poder diretivo, sendo as ordens emanadas pelo empregador, no exercício de sua função, derivadas diretamente do poder regulamentar, e indiretamente do poder diretivo.

Acerca da limitação das regras ordenadas pelo empregador, no exercício de seu poder regulamentar, em face das normas e princípios do sistema jurídico, explana Ipojucan Demétrius Vecchi, que “ao exercer a faceta regulamentar, o empregador não poderá criar, através de regulamento da empresa, por exemplo, situações de discriminação, de quebra do princípio da igualdade de tratamento, de desconsideração pela pessoa humana, de comandos que não levem em conta os interesses sociais e comunitários”, e prossegue o autor, afirmando que se as regras determinadas pelo empregador não estiverem de acordo com o sistema jurídico, devem ser consideradas nulas. [6]

O poder de fiscalização, conforme mencionado, deriva do poder empregatício e possibilita que o empregador tenha controle acerca do cumprimento da prestação de trabalho destinada aos empregados, verificando o comportamento destes na realização das instruções fornecidas, de maneira que o empregador tem o poder de fiscalizar o trabalho realizado e a forma de sua realização.

São exemplos da atuação concreta do poder fiscalizatório medidas como o controle de portaria, pontos eletrônicos, revistas íntimas, o circuito interno de televisão, a prestação de contas, dentre outras providências tomadas pelo empregador em face de empregado.

É válido ressaltar que os poderes de fiscalização são relativos, uma vez que se encontram limitados em virtude dos princípios e direitos previstos aos trabalhadores e aos indivíduos, de maneira geral. Acerca desta limitação, explana Ipojucan Demétrius Vecchi que “além dos limites tradicionalmente apostos, ou seja, os limites do contrato de trabalho e das leis infraconstitucionais devem ser acrescidos os princípios e valores fundamentais tais quais postos na Constituição. É sob essa roupagem que deverá ser aferida a faceta fiscalizadora do empregador, por exemplo, frente à intimidade e à privacidade do empregado, enfim dos direitos da personalidade.”. [7]

O poder disciplinar deriva do direito do empregador de aplicar sanções disciplinares aos seus empregados, em virtude do cometimento, por parte destes, de alguma infração em relação ao contrato de trabalho.

A utilização do poder disciplinar, pelo empregador, decorre do fato de que o exercício do poder diretivo não possuiria eficácia caso o empregador não possuísse meios ou poderes para punir o empregado quando este não cumprisse os seus deveres, conforme as instruções fornecidas.

No entanto, como bem pontuou Amauri Nascimento, para que haja a aplicação das referidas penalidades, em face do trabalhador, “as condutas do empregado passíveis de punição devem estar previamente especificadas, seja na lei, como, por exemplo, no artigo 482 da CLT, seja no regulamento empresarial, ou, até mesmo, por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho.”. [8] Ademais, para que a punição tenha validade, é necessário, ainda, que a pena seja aplicada em decorrência de uma falta específica cometida, isto é, que haja nexo causal e a imediata aplicação da pena, devendo sempre ser observada a proporcionalidade da mesma.

A aplicação das penas, pelo empregador, em face do trabalhador, tem como intuito não apenas a punição do obreiro pela falta cometida, mas também visa a prevenção de ocorrências futuras a serem cometidas e a manutenção da ordem interna da empresa, preservando o cumprimento das regras impostas.

Ante o exposto, o poder disciplinar, na definição de Mauricio Godinho Delgado consiste “no conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.” [9]

## **2.2. Limitações ao Poder do Empregador.**

A busca exacerbada pela produtividade e pelo aferimento de lucros, bem como a própria hierarquia existente na relação de trabalho, com a evidente subordinação jurídica do trabalhador em face do empregador, permitem que este, no uso do seu poder empregatício, ultrapasse os princípios e normas, limites fixados no ordenamento jurídico, submetendo o trabalhador a condições abusivas e vexatórias, e ensejem a ocorrência de danos físicos, mas principalmente morais, no exercício de sua atividade laboral.

O poder de direção, regulamentação, fiscalização e punição do empregador, conforme analisado no tópico anterior, é plenamente legítimo e não configura ilícito algum, desde que realizado de acordo com os limites previstos no ordenamento jurídico, não extrapolando os limites da razoabilidade.

Deve o empregador, assim, encontrar o limite de seu poder de comando e direção nas normas e princípios fixados, que visam manter o ambiente de trabalho adequado, com o oferecimento de condições de trabalho decentes, para que sejam respeitados os direitos de personalidade dos empregados, bem como o princípio da dignidade humana.

Neste mesmo sentido, Franciely Mendonça defende que embora o poder de direção do empresário seja fundamentado no seu direito de propriedade, este poder é limitado diante da proteção à intimidade e a vida privada do empregado, visando tais limites a proteção da parte mais fraca na relação, que dispõe apenas da sua força de trabalho. A autora afirma, ainda, que no caso examinado há uma colisão de direitos fundamentais, isto é, de um lado os direitos à intimidade e à vida privada do empregado e do outro lado o poder de direção do empregador, fundamentado no direito de propriedade. [10]

Corroborando, ainda, Marcelo Murari, ao assegurar que:

“(...) Tanto o poder diretivo como os direitos dos empregados são direitos fundamentais. Assim, estaremos diante da possibilidade de colisão de direitos

fundamentais, clamando por solução em um contexto concreto, que, necessariamente, deve passar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como critérios de ponderação. Ademais, o ponto de equilíbrio para a aplicação dos supracitados princípios é o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo atuar como verdadeiro instrumento a balizar a aplicação daqueles.”. [\[11\]](#)

No entanto, caso o empregador, no uso do seu poder empregatício em face dos trabalhadores, ultrapasse os limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente, agindo com desproporcionalidade, este passa a cometer ato ilícito, incidindo sobre o mesmo o disposto no artigo 187 do Código Civil, tendo em vista que o pacto laboral não tem o condão de afastar os limites impostos ao poder empregatício.

Em tais casos, o direito de propriedade, que fundamenta o poder diretivo do empregador, é levado ao extremo, e o empregador extrapola os limites de seu poder de comando, invadindo a esfera de direitos que resguardam o trabalhador, violando a sua intimidade e dignidade. A intimidade do empregado pode ser violada de diversas maneiras, seja pela prática de revistas íntimas, pela verificação de correspondências eletrônicas, ou ainda instalação de equipamentos de monitoramento em locais inapropriados, como vestiários.

Assim, embora o poder de direção e comando do empregador se faça necessário para um melhor funcionamento da empresa, tendo esta o direito, ainda, de criar mecanismos de proteção ao seu patrimônio, este poder não é absoluto e encontra os seus limites na dignidade da pessoa humana do trabalhador e no respeito à intimidade e a vida privada do empregado, visto que o estado de subordinação jurídica presente na relação de emprego não retira do empregado a garantia de seus direitos fundamentais, que nunca se dissociam do indivíduo.

#### **4. CONCLUSÃO**

Nos dias de hoje, inúmeras são as situações que denotam a extrapolação do limite legal e do uso desproporcional do poder diretivo do empregador, visando, o presente trabalho destacar a ocorrência do dano moral na realização da revista íntima do trabalhador, analisando a prática deste modo de

fiscalização e a sua compatibilização com o direito à intimidade e à vida privada do empregado.

## 5. REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 597.

MENDONÇA, Franciely Lopes. **A revista íntima e os princípios da proteção à intimidade e do direito à propriedade**. In: Dantas, Adriana Barbosa et. al. **Direitos fundamentais e seus reflexos no mundo do trabalho**. Aracaju: TRT 20, 2007.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.P.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

VECCHI, Ipojucan Demetrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. Passo Fundo: UPF, 2004.

NOTAS:

[1] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 597.

[2] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2007. P. 630.

[3] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 597.

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 694.

[5] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 599.

[6] VECCHI, Ipojucan Demetrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. Passo Fundo: UPF, 2004. P. 213.



[7] VECCHI, Ipojuca Demetrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional.** Passo Fundo: UPF, 2004. P. 213.

[8] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 26ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 696.

[9] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010. P. 603.

[10] MENDONÇA, Franciely Lopes. **A revista íntima e os princípios da proteção à intimidade e do direito à propriedade.** In: Dantas, Adriana Barbosa et. al. **Direitos fundamentais e seus reflexos no mundo do trabalho.** Aracaju: TRT 20, 2007. P.123.

[11] MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana.** São Paulo: LTr, 2008.P.

## **CARACTERIZAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PRINCÍPIO DA MORALIDADE E O AGIR PROBO DO AGENTE PÚBLICO**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Consagrado no texto da Carta Magna de 1988, no *caput* do artigo 37, o princípio da moralidade, como vetor de orientação e inspiração da Administração Pública, impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Neste diapasão, pode-se salientar que o mandamento em exame exige que o agente público oriente a sua conduta nos padrões éticos, cujo fim último se desdobra em lograr a consecução do bem comum, independente da esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação em que sua atuação esteja fincada. Ao lado disso, cuida destacar que o preceito em comento se apresenta, no cenário contemporâneo, como o bastião de validade de todo ato da Administração Pública. Nesta esteira, não se trata de um instrumento sistematizador de um conceito atrelado à moral comum; ao reverso, está assentado em uma moral jurídica, compreendida como o conjunto de ordenanças normativas de condutas retiradas da disciplina interior da Administração. A partir de tais aspectos, o presente se debruça em examinar os contornos assumidos pelo princípio constitucional em relação à Lei de Improbidade Administrativa.

**Palavras-chaves:** Princípio da Moralidade. Administração Pública. Lei de Improbidade Administrativa.

**Sumário:** 1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo; 2 A Classificação dos Princípios no Direito Administrativo; 3 O Princípio da Moralidade na Administração Pública; 4 O Princípio Constitucional da Moralidade à luz da Lei de Improbidade Administrativa: A Caracterização do Agir Probo do Agente Público; 5 Caracterização da Configuração do Ato de Improbidade por Violação aos Princípios da Administração Pública

---

### **1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação.

Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”* [1]. Deste modo, com

clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente.

A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”* [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3].

Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Nesta tela, retratam-se os princípios jurídicos como elementos que trazem o condão de oferecer uma abrangência rotunda, albergando, de modo singular, as distintas espécies de normas que constituem o ordenamento pátrio – normas e leis. Os princípios passam a constituir verdadeiros estandartes pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar<sup>[4]</sup>. Como consequência do expendido, tais cânones passam a desempenhar papel de super-normas, ou seja, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”*<sup>[5]</sup>. Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Administrativa do Direito.

## **2 A Classificação dos Princípios no Direito Administrativo**

Escorando-se no espancado alhures, faz-se mister ter em conta que o princípio jurídico é um enunciado de aspecto lógico, de característico explícito ou implícito, que, em decorrência de sua generalidade, goza de posição proeminente nos amplos segmentos do Direito, e, por tal motivo, de modo implacável, atrela o entendimento e a aplicação das normas jurídicas à sua essência. Com realce, é uma flâmula desfraldada que reclamada a observância das diversas ramificações da Ciência Jurídica, vinculando, comumente, aplicação das normas abstratas, diante de situações concretas, o que permite uma amoldagem das múltiplas normas que constituem o ordenamento aos anseios apresentados pela sociedade. Gasparini, nesta toada, afirma que *“constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade”* <sup>[6]</sup>.

Nesta senda, é possível analisar a prodigiosa tábua principiológica a partir de três órbitas distintas, a saber: onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais e monovalentes. Os preceitos acampados sob a rubrica princípios onivalentes, também denominados universais, têm como traço peculiar o fato de

ser comungado por todos os ramos do saber, como, por exemplo, é o caso da identidade e da razão suficiente. É identificável uma aplicação irrestrita dos cânones às diversificadas área do saber. Já os princípios plurivalentes (ou regionais) são comuns a um determinado grupo de ciências, no qual atuma como agentes de informação, na medida em que permeiam os aportes teórico-doutrinários dos integrantes do grupo, podendo-se citar o princípio da causalidade (incidente nas ciências naturais) e o princípio do *alterum non laedere* (assente tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas).

Os princípios classificados como monovalentes estão atrelados a tão somente uma específica seara do conhecimento, como é o caso dos princípios gerais da Ciência Jurídica, que não possuem aplicação em outras ciências. Com destaque, os corolários em comento são apresentados como axiomas cujo sedimento de edificação encontra estruturado tão somente a um segmento do saber. Aqui, cabe pontuar a importante observação apresentada por Di Pietro que, com bastante ênfase, pondera “*há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano*” [7].

Ao lado disso, insta destacar, consoante entendimento apresentado por parte da doutrina, que subsiste uma quarta esfera de princípios, os quais são intitulados como “setoriais”. Prima evidenciar, com bastante destaque, que os mandamentos abarcados pela concepção de dogmas setoriais teriam como singular aspecto o fato de informarem os múltiplos setores que integram/constituem uma determinada ciência. Como robusto exemplo desse grupo, é possível citar os princípios que informam apenas o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, dentre outros.

Tecidas estas ponderações, bem como tendo em conta as peculiaridades que integram a ramificação administrativa da Ciência Jurídica, de bom alvitre se revela ponderar que os “*os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício das atividades administrativas*” [8]. Assim, na vigente ordem inaugurada pela Carta da República de 1988 [9], revela-se imperiosa a observação dos corolários na construção dos institutos administrativos. Pois, olvidar-se de tal, configura-se verdadeira aberração jurídica, sobremaneira, quando resta

configurado o aviltamento e desrespeito ao sucedâneo de baldrames consagrados no texto constitucional e os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrios.

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, como fértil sedimento de estruturação, é possível transcrever o *caput* do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que *“a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”*<sup>[10]</sup>. Nesta toada, ainda, quadra, também, ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais<sup>[11]</sup>.

É verificável, desta sorte, que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que qualquer ato por ela emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas<sup>[12]</sup>.

De outra banda, tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. *“Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”* [13].

No mais, ao se ter em visão, a dinamicidade que influencia a contínua construção do Direito, conferindo, via de consequência, mutabilidade diante das contemporâneas situações apresentadas pela sociedade, é possível salientar que a construção da tábua principiológica não está adstrita apenas aos preceitos dispostos nos diplomas normativos e no texto constitucional. Ao reverso, é uma construção que também encontra escora no âmbito doutrinário, tal como no enfrentamento, pelos Tribunais Pátrios, das situações concretas colocadas sob o alvitre. Afora isso, *“doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação”* [14].

### **3 O Princípio da Moralidade na Administração Pública**

Consagrado no texto da Carta Magna de 1988, no *caput* do artigo 37 [15], o princípio da moralidade, como vetor de orientação e inspiração da Administração Pública, impõe que *“o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”* [16]. Neste diapasão, pode-se salientar que o mandamento em exame exige que o agente público oriente a sua conduta nos padrões éticos, cujo fim último se desdobra em lograr a consecução do bem comum, independente da esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação em que sua atuação esteja fincada.



Ao lado disso, cuida destacar que o preceito em comento se apresenta, no cenário contemporâneo, como o bastião de validade de todo ato da Administração Pública. Nesta esteira, não se trata de um instrumento sistematizador de um conceito atrelado à moral comum; ao reverso, está assentado em uma moral jurídica, compreendida como o conjunto de ordenanças normativas de condutas retiradas da disciplina interior da Administração. Assim, a moralidade administrativa, distintamente da moralidade comum, é constituída por disciplinas de boa administração, a saber: pelo conjunto de disposições finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também, pelo ideário geral de administração e pela ideia de função administrativa. *“O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública seria ilegítima”* [17].

Neste passo, o corolário em destaque, como preceito norteador da Administração Pública, expressamente insculpido no texto constitucional e como requisito de validade dos atos administrativos, encontra seu substrato de edificação no sistema de direito, mormente no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Ademais, o aviltamento ao axioma em análise se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal do ato, substancializada na aparência, e a sua manifestação real, consistente na substância, criada e decorrente de impulsos subjetivos essencialmente viciados no que se refere aos motivos, à causa ou à finalidade da atuação administrativa. Nesta toada, insta transcrever a robusta manifestação apresentada pelo Ministro Teori Zavascki, ao apreciar o Recurso Extraordinário N° 405.386/RJ, em especial quando coloca em destaque a proeminência e influxos emanados pelo princípio da moralidade, consoante se infere:

Sob esse aspecto, há, sem dúvida, vasos comunicantes entre o mundo da normatividade jurídica e o mundo normativo não jurídico (natural, ético, moral), razão pela qual esse último, tendo servido como fonte primária do surgimento daquele, constitui também um

importante instrumento para a sua compreensão e interpretação. É por isso mesmo que o enunciado do princípio da moralidade administrativa – que, repita-se, tem natureza essencialmente jurídica – está associado à gama de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade, justiça. São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo, a evidenciar que os vícios do ato administrativo por ofensa à moralidade são derivados de causas subjetivas, relacionadas com a intimidade de quem o edita: as suas intenções, os seus interesses, a sua vontade. Ato administrativo moralmente viciado é, portanto, um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica. Estará atendido o princípio da moralidade administrativa quando a força interior e subjetiva que impulsiona o agente à prática do ato guardar adequada relação de compatibilidade com os interesses públicos a que deve visar a atividade administrativa. Se, entretanto, essa relação de compatibilidade for rompida – por exemplo, quando o agente, ao contrário do que se deve razoavelmente esperar do bom administrador, for desonesto em suas intenções, for desleal para com a Administração Pública, agir de má-fé para com o administrado, substituir os interesses da sociedade pelos seus interesses pessoais –, estará concretizada ofensa à moralidade administrativa, causa suficiente de nulidade do ato (...) É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjetiva do agente) são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação à moralidade. Pode-se afirmar, em suma, que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade, uma ilegalidade *lato sensu*.

Todavia, é uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício que contamina a causa e a finalidade do ato, derivado da ilícita conduta subjetiva do agente[18].

Quadra rememorar que a atividade estatal, independente do domínio institucional de sua incidência, está fundamentalmente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos, os quais ressoam a consagração constitucional do preceito da moralidade administrativa, que se qualifica com valor constitucional emoldura de essência ética e içada à condição de axioma fundamental no processo de poder, subordinando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e seus agentes, da autoridade concedida pelo ordenamento normativo. Assim, o postulado em realce norteia a atuação do Poder Público, conferindo, por via de consequência, substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se alicerça a própria ordem positiva do Estado. Desta sorte, é patente que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao estabelecer limitações ao exercício do poder estatal, legítima, de maneira proeminente, o controle de todos os atos do poder público que ofendam os valores éticos que devam sustentar, imperiosamente, o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles esteja alocados.

Com realce, o preceito da moralidade administrativa apresenta primazia sobre os demais corolários constitucionalmente formulados, porquanto é constituído, em sua essência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Nesta esteira, toda atuação administrativa tem como ponto de partida os influxos decorrentes do cânone em exame e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante de seu conteúdo. *“Assim, o que se exige no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa”*[19]. Com o escopo de fortalecer as ponderações estruturadas, cuida trazer à colação a manifestação apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar o Recurso Extraordinário N° 579.951/RN, notadamente no que concerne ao princípio da moralidade, quando, com bastante pertinência, evidencia que:

Essa moralidade não é o elemento do ato administrativo, como ressalta Gordillo, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente. A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (*Begriffkern*) ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso<sup>[20]</sup>.

Como bem pontua o doutrinador Humberto Ávila<sup>[21]</sup>, o corolário constitucional da moralidade administrativa, em razão de sua essência, *“estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos”*. Alinhando-se a tais ponderações, não se pode olvidar que a partir da realidade inaugurada pela Carta de Outubro de 1988, a observância do baldrame em estudo, especialmente por parte dos agentes que integram a Administração Pública, passou a reunir aspectos e características que figuram como verdadeiros pressupostos de validade dos atos, independentes de estarem arrimados, ou não, em competência discricionária. Ora, não se pode olvidar que o preceito constitucional em exposição reúne valores de essência ética que sustentam a acepção de moralidade jurídica, notadamente no que se refere à atuação do administrador.

Inclusive, há que se destacar, com grossos traços e cores fortes, que o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar em processo que trazia em seu bojo o assunto em comento, em oportunidade pretérita, consolidou o entendimento no qual o baldrame da moralidade administrativa condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. Desta sorte, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, a atividade estatal está imperiosamente submetida à observância de parâmetros ético-jurídicos, que são refletidos de modo claro na

consagração do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 da Carta da República de 1988<sup>[22]</sup>. Nesta esteira, é possível colacionar robusto entendimento jurisprudencial que sustenta as ponderações vertida até o momento, consoante se inferem dos arestos:

**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade (...). O princípio da moralidade administrativa - Enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - Condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...) (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 2.661 MC/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 05.06.2002/ Publicado no DJ em 23.08.2002, p. 70).

**Ementa:** Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas. Direito líquido e certo. Recurso provido. 1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. 2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e

posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. 3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado. 4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada. (Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma/RMS nº 26.507-RJ/ Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho/ Julgado em 18.09.2008/ Publicado no DJe em 20.10.2008).

O postulado em destaque tem o condão de conferir substância, ao tempo em que atribui expressão a uma plural tábua de valores éticos, servido, também, como pilar fundante da ordem positiva do Estado. Além do entalhado, patente se revela a necessidade de salientar que tal dogma legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam, ofendam ou inobservem os valores éticos que devem sustentar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. Ao lado disso, ao espancar a respeito do princípio da moralidade administrativa, importante destacar a robusta e singular lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim versa:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso,

eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos[23].

Concretamente, refletindo os ideários acobertados pelo princípio da moralidade administrativa, deve-se reconhecer a presença de um elemento objetivo (boa-fé objetiva) e um elemento subjetivo (dever de probidade). A boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, arquétipo ou corolário jurídico segundo o qual cada pessoa deve nortear sua própria conduta a tal arquétipo, de modo a agir como o “homem reto”: com honestidade, lealdade e probidade. Em razão de tais contornos, são considerados os fatores concretos do caso, a exemplo do *status* pessoal e cultural dos envolvidos, inadmitindo uma aplicação mecânica do conteúdo, de aspecto meramente subsuntivo.

O aspecto de boa-fé objetiva se vincula com a honestidade, com a retidão e com a consideração para os interesses dos demais. Na seara do direito administrativo, consideram-se tais direitos como aqueles inerentes à sociedade, sendo, em decorrência disso, possível relacionar a boa-fé objetiva com a veracidade e a confiança. De acordo com Giacomuzzi, a confiança para ser uma das mais robustas funções da boa-fé como vetor do princípio constitucional da moralidade:

Uma das funções que me parece mais relevante atribuir-se à boa-fé como princípio veiculado pela moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é justamente o mandamento de proteção à confiança enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. A confiança, que adquirira no âmbito privado especial relevância, tem-na, na órbita pública, redobrada. A proteção da confiança – ou confiança legítima (*Vertrauensschutz*) – liga-se também à segurança jurídica, princípio só aparentemente conflitante com a justiça e revelador, num patamar de análise mais abstrato, de uma das aspirações mais insatisfeitas do gênero humano,

havendo quem também a indique como postulado básico do Estado de Direito[24].

Em consonância com o mencionado anteriormente, a boa-fé seria o viés objetivo da moralidade administrativa, incumbindo, agora, examinar o aspecto subjetivo, cuja vinculação está relacionada ao dever de probidade. Aludido dever impõe ao administrador agir com honestidade, no sentido de destituir a má-fé. A moralidade administrativa encontra umbilical relação com a honestidade, a lealdade, a veracidade, a boa-fé, a boa administração, o dever de probidade e com finalidades atreladas ao interesse público. Tais elementos colaboram, de maneira robusta, na delimitação dos contornos da moralidade administrativa e seu *status* de cânone de conformação do agir administrativo.

#### **4 O Princípio Constitucional da Moralidade à luz da Lei de Improbidade Administrativa: A Caracterização do Agir Probo do Agente Público**

Estabelecidos os aspectos caracterizadores advindos do princípio constitucional da moralidade, faz-se necessário reconhecer que, se o agente administrativo não conduzir o seu agir para atender o bem comum, ele inexoravelmente descumprirá a conduta para qual a sua ação deve ser norteada. Há, assim, a improbidade administrativa, regida pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992[25]. Barros vai esclarecer que a palavra *improbidade* advém do radical latino *probus*, cujo significado é “crescer reto”; na tradição da língua portuguesa, a palavra assume conotação de *ter caráter, ser honesto, ser honrado*[26]. Logo, não ter probidade ou ser ímprobo implica em não ter caráter, ser desonesto ou desonrado.

A probidade administrativa é uma espécie de moralidade administrativa que reclamou especial atenção no Texto de 1988, estabelecendo punição para o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos, conforme dicção do §4º do artigo 37. Logo, a Lei de Improbidade Administrativa não possui natureza jurídica penal, porquanto o parágrafo supramencionado, de maneira clara, estabelecer que as sanções cominadas em seu conteúdo não excluem as de natureza penal. É possível



reconhecer que a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração Pública, observando a honestidade, ao proceder no exercício de suas funções, sem que isso implique em aproveitar dos poderes e das facilidades advindas da função em proveito pessoal ou de outrem a quem possa favorecer. Trata-se de uma moralidade administrativa qualificada, porquanto as consequências de sua inobservância desencadeiam dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Giacomuzzi<sup>[27]</sup> assinala que o dever probidade implica no dever de ser honesto, ao lidar com a *res pública*. O dever de probidade abarcaria um grande grupo de casos que não podem ser determinados por critérios simplistas, vinculando-se, porém, à honra do agente público, cuja caracterização se externa em não apenas ser honesto, mas também parecer honesto, dever que pode reclamar o atendimento de outros deveres, a exemplo de uma conduta eficiente e produtiva. Martins Júnior<sup>[28]</sup> assinala que a conotação assumida pela probidade administrativa valoriza ao conteúdo contido no princípio da moralidade que confere à população um *direito subjetivo* de ter uma administração proba e honesta, o que se dá por meio da disponibilização de instrumentos repressivos de improbidade administrativa.

Assim, a probidade administrativa é estabelecida em dois âmbitos distintos: interno e externo. No âmbito interno como dever funcional inserido na relação jurídica que vincula o agente público à Administração. Já na órbita externa, a probidade administrativa preconiza que, em se tratando de relações jurídicas com terceiro, deverá a Administração Pública observar o dever de probidade. Para tanto, Marcello Caetano apresenta oito aspectos que subsidiariam a caracterização do dever de probidade, a saber:

- a) guarda fiel dos bens, direitos, interesses e valores públicos, abstendo-se do uso em proveito próprio ou de qualquer procedimento tendente a danificá-los, destruí-los ou diminuir-lhes o valor;
- b) abstenção de proteger interesse, ainda que por interposta pessoa, em contrato a celebrar com a

entidade a que esteja vinculado ou em negócio que dela dependa, particularmente se no exercício das funções puder exercer influência;

**c)** proibição de aceite, por si ou interposta pessoa, de qualquer vantagem patrimonial, ou promessa futura, a fim de praticar ato influenciando nas suas funções, ou mesmo abster-se de praticá-lo ou influir em outrem para obter esse comportamento, ou de fazer negócios pessoais com quem possa resultar dependência econômica comprometedora da sua função pública;

**d)** vedação da exigência de particulares ou de consentimento de que se exijam deles quantias ou serviços legalmente indevidos e de abuso dos seus poderes para opressão da liberdade e interesses alheios ou para lesão do patrimônio privado sem fundamento legal;

**e)** proibição de fazer negócio lucrativo com o provimento de alguém em cargo público;

**f)** inadmissibilidade da circulação de listas de subscrição de donativos, em seu favor ou de terceiros, no recinto de trabalho ou de subscrever as que lhe forem apresentadas;

**g)** impossibilidade de advogar ou intermediar interesse particular nos serviços de sua competência;

**h)** recusa do aceite de homenagens de subalternos ou particulares com interesses dependentes do exercício de sua função pública, salvo aposentadoria ou transferência[29].

Portanto, o dever de probidade se constitui como elemento essencial às ações do agente público, devendo, pois, proceder de maneira honesta e parecer proceder de maneira honesta, tal como ser leal à instituição que serve. Como consequência de tal probidade, não deve se

aproveitar do cargo, emprego ou função ocupada na Administração para atender interesses outros que não sejam o interesse público. Em seu escólio, Alvarenga<sup>[30]</sup> vai considerar a improbidade como a conduta de um agente público evada de desonestidade e capaz de contrariar a essência contida no princípio constitucional da moralidade, em uma acepção jurídico-administrativa estrita. Assim, ao se considerar os atos de improbidade, compreendem três modalidades: (i) os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), correspondendo à obtenção de vantagem econômica ou patrimonial não autorizada em lei; (ii) os atos que causam prejuízos ao erário público (art. 10); e (iii) os atos que atentam contra os próprios princípios da Administração Pública (art. 11).

### **5 Caracterização da Configuração do Ato de Improbidade por Violação aos Princípios da Administração Pública**

Diante do escólio apresentado, considera-se a improbidade administrativa como uma forma qualificada de imoralidade pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. Em se tratando de aviltamento ao princípio da moralidade, não se apresenta como requisito essencial para a incidência da Lei de Improbidade que da ação resulte algum prejuízo de ordem material, sendo suficiente que aquele corolário seja atingido de forma grave, de maneira a provocar uma lesão moral. Giacomuzzi<sup>[31]</sup>, ainda, complementa que a imoralidade administrativa qualificada apresenta o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) que necessariamente deve estar presente para a materialização do ato ímprobo.

O vício da imoralidade administrativa ocorre pela violação ao dever de probidade, dogma do dever de boa administração, provocando a invalidade do ato praticado pelo agente. Em linhas gerais, Martins Júnior preconiza que a improbidade significaria a utilização da função pública para obter ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras norteadoras da Administração Pública, conferindo somenos importância aos deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, independente da produção de qualquer prejuízo patrimonial<sup>[32]</sup>.

Assim, em se tratando de conduta cujo comportamento viola a moralidade administrativa, nos termos do *caput* do artigo 11[33], Osório[34] aduz que, como requisito fundamental, além da violação de uma regra, está a comprovação de dolo na conduta do agente. Para tanto, são estabelecidos os seguintes requisitos: (i) a ação ou a omissão do agente público deve se dar no desempenho de suas funções; (ii) deve ser considerado o desvalor do resultado e da ação, tendo em vista que a Lei de Improbidade Administrativa não se destina a punição de qualquer fato ilícito, mas aquelas condutas dotadas de gravidade; (iii) deve averiguar a imputabilidade geral do sujeito, pressupostos de qualquer punição; (iv) deve estar comprovada a relação de causalidade entre a competência funcional do agente e o ato ímprobo.

De acordo com Costa[35], o elemento subjetivo do tipo genérico encartado no *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa consiste na ação ou na omissão que, em decorrência da desonestidade, é exitosa em agredir o princípio da moralidade; o elemento subjetivo seria o dolo (conduta voluntária do agente), não existindo possibilidade da modalidade culposa, eis que não é possível conceber a ideia de um comportamento desonesto por culpa. A infração disciplinar consuma-se independentemente do agente alcançar o resultado almejado com a sua conduta.

A doutrina reconhece que o artigo 11 possui aspecto residual, quando comparado às outras duas modalidades de improbidade, porquanto se um ato violador de um princípio advier enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, haverá o enquadramento nos artigos 9º e 10. Pazzaglini Filho[36] aponta que a desonestidade do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão, evidenciando-se que a punição se dá a título de dolo. Assim, quatro seriam os requisitos para a configuração da improbidade administrativa por violação ao texto do artigo 11: (i) ação ou omissão voluntária de princípio constitucional regulador da Administração Pública; (ii) comportamento funcional ilícito denotativo de desonestidade, má-fé ou falta de probidade do agente pública; (iii) ação ou omissão dolosa funcional; e (iv) que não decorra da

transgressão de princípio constitucional, enriquecimento ilícito do agente público improbo ou lesão ao erário.

O entendimento jurisprudencial majoritário reclama a presença do elemento subjetivo para a configuração do injusto contido no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Assim, da violação do princípio da moralidade resultar enriquecimento ilícito para o agente infrator ou causar prejuízo ao erário, a conduta será enquadrada nos artigos 9º ou 10. No mais, a ação ou a omissão deve ocorrer no desempenho da atividade profissional e deve estar, de acordo com o entendimento majoritário, o dolo na conduta do agente público, pois denota a desonestidade e má-fé, não se punindo a título de culpa.

#### **REFERÊNCIAS:**

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BARROS, Wellington Pacheco. **O Município e seus agentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. t. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[5] VERDAN, 2009, s.p.

[6] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010, p. 62-63.

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 20.

[9] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[10] *Ibid.*

[11] SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[12] Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2010, p. 21.

[13] GASPARINI, 2012, p. 61.

[14] CARVALHO FILHO, 2010, p. 34.

[15] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[16] CARVALHO FILHO, 2010, p. 23.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 91.

[18] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário N° 405.386/RJ. Constitucional. Pensão especial a viúva de prefeito. Lei Municipal de efeitos concretos. Validade. Isonomia e princípio da moralidade (CF, art. 37). Imunidade material de vereadores (CF, art. 29, VIII). Extensão quanto à responsabilidade civil. Recursos extraordinários providos. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Teori Zavascki. Julgado em



26.02.2013. Publicado no DJe em 25.03.2013. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[19] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 213-214.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário N° 579.951/RN. Administração Pública. Vedação Nepotismo. Necessidade de Lei Formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20.08.2008. Publicado no DJe em 23.10.2008. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[21] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 38.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[23] MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 109-110.

[24] GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 266-267.

[25] BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017.

[26] BARROS, Wellington Pacheco. **O Município e seus agentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 177.

[27] GIACOMUZZI, 2002, p. 267.

[28] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102-103.

[29] CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. t. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 684.

[30] ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89.

[31] GIACOMUZZI, 2002, p. 267.

[32] MARTINS JUNIOR, 2009, p. 116-117.

[33] BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 ago. 2017. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]

[34] OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 259.

[35] COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.140-141.

[36] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 3 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p.111-114.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL**

**RODRIGO AUGUSTO PINTO MACIEL:**  
Bacharel em Direito, Pós Graduação em Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Maranhão.

**RESUMO:** Ante a constante necessidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a cláusula constitucional de abertura material dos direitos fundamentais, a qual possibilita a atualização do sistema jurídico, em atenção às novas demandas de determinado momento histórico. Garante-se, assim, a qualificação de direito não formalmente expressos na constituição como direito materialmente fundamental.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento; 2.1 Mutabilidade e necessidade de adaptação dos direitos fundamentais; 2.2 A cláusula de abertura material dos direitos fundamentais: o artigo 5o, §2o, Constituição Federal.. 3. Conclusão. 4. Referências.

---

### **1. Introdução**

Pela análise histórica da evolução dos direitos fundamentais é possível perceber a inexistência de um conteúdo ou valor absoluto comum. Pelo contrário, a experiência histórica demonstra que os direitos fundamentais variam ao longo do tempo sendo decorrência direta do momento histórico e das demandas presentes na sociedade de determinado época. Em decorrência disso, o reconhecimento de novos direitos fundamentais, com a finalidade de tutelar as necessidades decorrentes do surgimento de uma nova realidade, apresenta-se imprescindível ante o fato de estar a sociedade em constante processo transformação. A evolução das relações humanas deve ser acompanhada pela atualização da responsabilidade do Estado em proteger e garantir as condições básicas de existência da população.

### **2. Desenvolvimento**

#### **2.1. Mutabilidade e necessidade de adaptação dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais são concebidos em distintos momentos históricos cujas circunstâncias sociais, econômicas, políticas, jurídicas, religiosas, filosóficas, dentre outras, apresentam-se como principais fatores para o seu nascimento, evolução e mutabilidade do conteúdo. A divisão do direito em gerações, conforme exposto, nada mais é que o desenvolvimento doutrinário de uma classificação através da qual se reúnem em grupos (gerações) os direitos provenientes de contexto histórico e demandas da sociedade semelhantes.

Neste sentido, os direitos fundamentais constituem uma classe variável. Desde as fontes mais primitivas aos fundamentos atualmente reconhecidos, a noção e o conteúdo dos direitos fundamentais têm se modificado, e, do mesmo modo, sempre continuarão a se adaptar às condições históricas da sociedade em que se encontram inseridos, sendo fruto do conflito de interesses entre as classes, dos meios de produção disponíveis, das ideologias predominantes e etc. (BOBBIO, 2004, p. 16).

Inúmeros são os exemplos da mutabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais ao longo do tempo, podendo-se citar o direito à propriedade, o qual, tido como absoluto no final do século XVIII, encontra, em nossa sociedade atual, radicais limitações no ordenamento quando confrontado com outros direitos inimagináveis à época. Outro exemplo são os direitos sociais, de segunda geração, considerados essenciais à dignidade humana, que, à época da concepção dos direitos de primeira geração, não eram nem sequer imaginados ante a ausência de circunstâncias históricas que levassem à sua consideração.

Os direitos fundamentais "se encontram em processo permanente de formação, conforme avança a humanidade nos aspectos sociológico, cultural, tecnológico e de desenvolvimento da ciência" (RIBEIRO, 2000, p. 101), sendo, assim, produto da civilização humana, e não da natureza do homem, uma vez que, são historicamente mutáveis, estando sujeitos a transformações do seu rol e conteúdo. "Basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos. [...] Os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social" (BOBBIO, 2004, p. 16).

Não é diferente nos tempos atuais. Na atual sociedade do século XXI, diretamente impactada pelos intensos avanços tecnológicos e pelo fenômeno da globalização, é evidente a necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais

jamais cogitados por sociedades passadas. As circunstâncias atuais em que vivemos criam necessidades que, embora ainda não reconhecidas, consistem, ante a sua relevância e desejabilidade, em direitos a serem perseguidos, fundamentados e reconhecidos.

Assim também ocorrerá, obviamente, em relação às sociedades futuras, quando, com o passar das décadas, novas condições históricas surgirem e, com elas, novas pretensões. Direitos atualmente inimagináveis deverão ser, então, reconhecidos. Isto porque "o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e culturas" (BOBBIO, 2004, p 18).

É exatamente quando as novas circunstâncias de determinada sociedade exigem a proteção de determinados direitos até então não protegidos que o ordenamento precisa se adaptar para corresponder às necessidades de determinado povo e, então, garantir sua eficácia, seja através da consideração de direitos até então não existentes ou da adaptação do sentido de direitos já consagrados.

Na linha do pensamento do teórico alemão Ferdinand Lassalle, responsável pela elaboração do conceito sociológico de Constituição, o que está escrito em uma folha de papel não tem nenhum valor se o seu conteúdo não se justificar pelos fatos reais e efetivos de poder. Ou seja, para que determinada Constituição seja boa e duradoura, é necessário que ela corresponda à realidade e às necessidades da sociedade, de modo que "de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder" (LASSALE, 2002, p.68).

Para corresponder à realidade e, então, garantir a sua eficácia, é fundamental, pois, que a Constituição esteja sensível às mudanças da sociedade a qual normatiza. É a necessidade da Constituição, segundo a doutrina de Konrad Hesse, de preservar sua força normativa: (HESSE, 1991, p. 18)

Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Nesse sentido, o rol dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição de determinada sociedade deve, de acordo com as alterações das circunstâncias históricas, filosóficas, jurídicas, econômicas, dentre outras, corresponder à realidade material fática do seu tempo, o que acarreta a constante evolução e mutabilidade dos direitos fundamentais, cuja percepção é imprescindível à manutenção da força normativa e eficácia da Constituição.

## **2.2. A cláusula de abertura material dos direitos fundamentais: o artigo 5o, §2o, Constituição Federal**

Primeiramente, antes de analisar o dispositivo constitucional em questão, cabe esclarecer brevemente a divisão dos direitos fundamentais em formais e materiais, a qual se apresenta importante na compreensão do teor do artigo 5o, § 2o, da Constituição Federal de 1988.

No primeiro grupo, inserem-se os direitos fundamentais positivados pelo constituinte como tal; ou seja, são os direitos que integram expressamente o rol dos direitos fundamentais previsto na Constituição. Já os direitos materialmente fundamentais, por sua vez, são os direitos que, embora não previstos constitucionalmente, são substancialmente fundamentais, em razão de seu conteúdo e importância, se destinando a criar e a manter os pressupostos elementares da liberdade e dignidade humana.. “A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” (CANOTILHO, 2003, p. 379).

Levando em consideração tal distinção, Jorge Miranda (2000, p. 8) define os direitos fundamentais como sendo, em suas palavras, "os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente considerados, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material."

Segundo ainda o referido autor, os direitos formalmente fundamentais também são materialmente fundamentais, entretanto, o contrário não é verdade, pois existem direitos que, apesar de não serem formalmente fundamentais, o são materialmente. (MIRANDA, 1998, p. 9). Tal distinção é imprescindível na medida em que considerar fundamentais apenas os direitos em sentido formal é ignorar o caráter histórico de tais direitos, o que, por sua vez, impossibilita o reconhecimento

de outros direitos que, apesar de não positivados, são fundamentais em sua substância.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Título II, dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais, onde, no artigo 5º, que integra o referido Título, elenca os direitos e deveres individuais e coletivos dispostos em setenta e oito incisos. Entretanto, o ponto de maior relevância ao estudo aqui pretendido é o parágrafo segundo do artigo 5º, que assim dispõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em outras palavras, mais que o conceito formal de direitos fundamentais, nosso ordenamento adota o conceito material, através do qual é admitida a existência de direitos que, em razão do seu conteúdo, da sua substância, integram a Constituição, mesmo que não se encontrem expressos no rol positivado. Ou seja, entende-se que na Constituição também está incluído o que, embora não expressamente previsto, possa ser deduzido (SARLET, 2010, p. 78 e 79).

Repetindo tradição histórica presente desde a Constituição brasileira de 1981, o constituinte previu que o catálogo dos direitos fundamentais não é taxativo, mas apenas exemplificativo, na medida em que o artigo 5º, §2º, da Constituição pátria vigente consiste em norma geral inclusiva. Trata-se de uma "moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais" (SARLET, 2010, p. 83).

Isto é, ante o reconhecimento de que a Constituição é incapaz de prever e especificar todos os direitos, o artigo 5º, §2º da Constituição de 1988 possibilita que outros direitos não positivados, mas materialmente fundamentais, sejam elevados ao patamar dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Em outras palavras, além dos direitos já está expresso na Constituição, outros podem ser considerados, quando decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como quando decorram dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Nas palavras de Paulino Jacques (1983, p. 453):

O Legislador-Constituinte, ao referir aos termos "regime" e "princípios", quis ensinar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir.

Tem-se a denominada abertura material do rol dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988, cuja existência torna possível o imprescindível constante reconhecimento de novos direitos variáveis no tempo e no espaço.

A título ilustrativo, válido é o exemplo do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 939-7, de relatoria do Ministro Sidney Sanches. Na decisão, houve o reconhecimento do princípio da anterioridade, constante no artigo 150, inc. III, alínea b, da Constituição Federal, como garantia fundamental do contribuinte, mesmo que não expresso, por força da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, constante no artigo 5o, § 2o, CF.

### **3. CONCLUSÃO**

Conclui-se que, ante a constante mutabilidade no tempo do conteúdo dos direitos fundamentais e a necessidade de a Constituição manter-se atualizada a fim ter a sua força normativa preservada, o legislador constituinte previu a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, pela qual direitos não expressamente positivados podem ser considerados.

### **4. REFERENCIAS**

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.



MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. O Permanente Reconhecimento dos Direitos Fundamentais. Revista de AJURIS, ser. 2000, Porto Alegre.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

## A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E A ILICITUDE DA PROVA PERICIAL

**PAULA OLIVEIRA PEREIRA:** Advogada. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão a respeito da cadeia de custódia com o atual regramento nacional. Para tanto, será feita uma breve explanação dos principais conceitos que envolvem o tema de provas no processo penal, bem como sua implicação nas decisões dos magistrados. Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Criminalística. Provas ilícitas. Cadeia de Custódia

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Teoria Geral das Provas; 2.1. Finalidade das Provas; 3. Processo Penal e a Importância das Provas; 3.1. Sistemas de Avaliação das Provas; 3.2. Provas Periciais; 4. Cadeia de Custódia; 4.1. Provas Ilícitas e Tratamento Legal; 5. Conclusão; 6. Referências.

---

### 1. Introdução

No ordenamento jurídico o tema “provas” sempre foi um dos pontos de maior destaque no sistema brasileiro.

Em sentido amplo, *provar* “significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real” e não por outro motivo seus conceito e princípios geram tanta discussão no meio acadêmico.

Certo é, que com o advento da Constituição Federal de 1988, a busca da verdade por meio de uma instrução lícita passou a ser calcada em princípios democráticos que separam as funções de investigar, acusar e julgar em autoridades distintas.

Em meio a tantas novidades e evoluções tecnológicas, destaca-se a criminalística, ciência que “objetiva a individualização e a identificação dos vestígios materiais relacionados aos delitos em geral, valendo-se das suas próprias regras e metodologias e do conhecimento das demais ciências, a fim de saber o que aconteceu, a maneira como se desenvolveu os fatos e quem cometeu o crime.” Espíndula, 2007.

Surge, nesse contexto, o tema que tem ganhado mais destaque na comunidade: a cadeia de custódia da prova.

Diante do exposto, o presente artigo tem por objetivo sintetizar a cadeia de custódia, os princípios constitucionais que balizam as provas e as repercussões que estas geram na persecução penal.

## **2. Teoria Geral das Provas**

Inicialmente, faz-se necessário explicar que a palavra prova possui três acepções distintas.

A primeira delas, é a prova como atividade probatória, ou seja, consiste no “conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”<sup>[1]</sup>. Sob esse sentido, prova seria em verdade um direito dado às partes de influir no convencimento do julgador. De nada adiantaria o Estado garantir o direito de ação e o contraditório se as partes não pudessem participar da formação do convencimento do magistrado.

A segunda delas, seria a prova como resultado, isto é, a convicção pelo julgador do fato alegado pela parte. Certo é, que não há possibilidade de se atingir uma verdade irrefutável dos acontecimentos ocorridos no passado. Contudo, é possível chegar a um “conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos”<sup>[2]</sup>.

Por último, temos a prova como meio em que leva-se em consideração todos os instrumentos idôneos à formação da convicção pelo julgador. Para exemplificar um meio de prova podemos citar a interceptação telefônica.

## 2.1 Finalidade Das Provas

O principal objetivo da prova é a formação da convicção do julgador. Por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, com observância do contraditório e ampla defesa, é possível a reconstrução dos fatos procurando obter a maior fidelidade possível ao caso concreto.

Por ser, dessa forma, umas das atividades processuais mais importantes para o sistema jurídico, faz-se imprescindível a observância de princípios que estabeleçam garantias aos acusados em geral e limitações ao poder de punir.<sup>[3]</sup>

Para se chegar a um juízo de certeza em que há possibilidade de se restringir a liberdade do indivíduo, as provas devem observar todo um procedimento legal que se assegure a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, assevera Taruffo<sup>[4]</sup>:

“sendo destinada à apuração da verdade dos fatos, a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo método que permita seu controle e determine sua validade.”

À vista do exposto, a prova tem a capacidade de fundamentar a decisão condenatória, de modo que a incerteza, diante dos elementos probatórios trazidos no bojo do processo, levam à presunção da inocência do acusado.

Destaca-se, que o juízo condenatório deve ser pautado em uma certeza processualmente possível, afastando, assim, a tese que se deve obter provas a todo custo.

A decisão do órgão julgador deve ser motivada, calcada nas leis, provas perfeitas e robustas que não deixem margem para dúvida quanto à inocência do acusado<sup>[5]</sup>.

A análise da prova não deve se preocupar tão somente com o resultado em si, mas, principalmente, com todo o procedimento que a engloba, de modo que o elemento probatório tenha a maior fiabilidade possível.

Nesse contexto, para melhor elucidar o tema, torna-se importante traçar mais uma distinção: fonte de provas, meio de prova e meio de obtenção de prova[6].

A primeiro conceito, é empregado para indicar as coisas ou pessoas das quais se consegue a prova. São exemplos as pessoas, o acusado, os documentos, etc. Assim, tudo aquilo que possa ser utilizado para esclarecer alguém acerca da existência de um fato pode ser classificado como fonte de provas.

Já o segundo, refere-se aos instrumentos pelos quais as fontes de prova são inseridas no processo. É, portanto, uma atividade endoprocessual que acontece perante o juiz, enquanto a fonte de prova é uma atividade pré-processual.

Por fim, o terceiro conceito diz respeito a determinados procedimentos, regulados por lei, que tem como objetivo principal a obtenção de provas materiais. Grande exemplo de meio de obtenção de prova é a interceptação telefônica.

Este trabalho terá como foco o primeiro e o terceiro conceitos, que dão importância ao tema “cadeia de custódia”, tendo em vista que a preservação da fonte torna-se essencial para validade da própria prova.

### **3. Processo Penal e a Importância Das Provas**

Certo é, que ao adotar o sistema acusatório, a Constituição Federal da República quis deixar clara a separação das funções de acusar, defender e julgar. Com isso, vedou-se, quase praticamente, a produção de provas pelo magistrado de ofício. Percebe-se, então, que a busca da verdade real, antes perquirida pelo sistema inquisitório, deixou de ser buscada a todo e qualquer custo. A verdade processualmente possível ganha destaque e os princípios fundamentais passam a limitar a produção da prova. Nesse sentido, assevera Prado que a verdade

processual no estado democrático de direito encontra-se demarcada pelos limites impostos pelos direitos humanos.

### **3.1 Sistemas De Avaliação das Provas**

Ao abordar o tema deste trabalho, algumas dúvidas surgem quanto a valoração e vinculação, ou não, ao juiz às provas produzidas em juízo. São basicamente três sistemas que explicam tais indagações: sistema da íntima convicção; sistema da prova tarifada; sistema da persuasão racional.

O sistema de íntima convicção, também conhecido como sistema de livre convicção, dispõe que o juiz é totalmente livre para valorar as provas de forma que pode julgar com base na prova dos autos, sem a prova dos autos ou mesmo contra a prova dos autos<sup>[7]</sup>. Nesse sistema, o juiz tem ampla liberdade e não precisa fundamentar seu convencimento.

O referido sistema, ao menos como regra, não foi adotado pela Constituição Federal tendo em vista a exigência que toda decisão será fundamentada sob pena de nulidade. A exceção, sempre lembrada, são as decisões tomadas pelos jurados no Tribunal do Júri que não precisam ser motivadas.

Já o sistema da prova tarifada estabelece que determinados meios de prova tem o valor probatório pré-fixado em lei, ou seja, ao juiz cabe apenas apreciar o conjunto de provas e imputar o valor conforme estabelecido. É desse sistema que surge a ideia de confissão como “rainha das provas”<sup>[8]</sup>.

O Código de Processo Penal também não adotou tal sistema, porém é possível observar certos resquícios de sua aplicação. Um exemplo seria a fonte de prova que versa sobre o estado civil das pessoas.

Por outro lado, no sistema da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas dos autos porém é obrigado a fundamentar sua decisão. Importantes efeitos são extraídos desse sistema: deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo; não há prova com valor absoluto; só serão consideradas

válidas as provas constantes do processo. Esse, em regra, é o sistema adotado pelo ordenamento pátrio[9].

### 3.2 Provas Periciais

Dentro do ordenamento jurídico, apesar de, como visto, não haver diferença, em regra, na valoração das provas, a prova pericial sempre ganhou destaque[10].

O próprio Código de Processo Penal ao estabelecer que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame do corpo de delito” demonstra a relevância desse meio de prova.

Nestor Távora conceitua prova pericial como “o exame procedido por pessoa que tenha conhecimento técnicos, científicos ou domínio específicos em determinada área do conhecimento. Afinal, não sendo magistrado especialista em todas as áreas do saber, vale-se dos peritos para auxiliá-lo”[11].

Mendroni ao dispor que “as perícias técnicas são cada vez mais importantes no processo penal”[12] ajuda a entender como tal meio de prova é importante na busca da verdade dentro dos limites do processo e da lei.

A atividade pericial trata, portanto, da análise técnica das fontes materiais de prova com objetivo de retirar delas informações úteis ao processo. Nesse contexto, torna-se imprescindível a precisão e qualidade das análises realizadas para que não haja contaminação dos resultados e do processo.

Nota-se, assim, que a prova pericial guarda estreita ligação com a busca, apreensão e manipulação da fonte de prova sob pena de se frustrar a fiabilidade dos resultados obtidos.

Nesse contexto, surge a criminalística como marco, principalmente a partir do século XX, trazendo novas técnicas que auxiliam o magistrado com as certezas advindas da ciência moderna. Grande exemplo dessa influência de uma ciência em outra é o exame de DNA.

Porém, como já abordado, para que se chegue a um resultado com credibilidade no processo é necessário que toda essa análise de provas, feita por

profissionais habilitados, siga metodologia e procedimentos que afastem toda incerteza de sua credibilidade.

#### **4. Cadeia de Custódia**

Cadeia de custódia pode ser conceituada como o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir do seu reconhecimento até o descarte” conforme portaria nº 82 da SENASP [\[13\]](#).

Assim, interpreta-se que a cadeia de custódia envolve ações essenciais e específicas para manter as características das evidências e documentar todo processamento das mesmas. Todo esse procedimento e cuidado tem íntima ligação com a autenticidade, originalidade e integridade da prova, sendo indiscutível que a credibilidade do resultado da prova pericial depende da observância da metodologia adequada.

Dessa maneira, observa-se que a ausência da cadeia de custódia das fontes de prova gera danos irreparáveis ao processo penal um vez que podem levar o magistrado à uma visão adulterada dos fatos.

Sobre o tema, a obra Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos, de Geraldo Prado, torna-se a grande referência no meio jurídico.

Explica o autor que a “alteração das fontes contamina os meios e que sua não preservação afeta a credibilidade desses meios” [\[14\]](#). De nada adiantaria o livre convencimento motivado se esse convencimento fosse baseado em provas ilegítimas que não guardam fiel conexão com a realidade fática dos acontecimentos.

Nesse diapasão, resta a seguinte indagação: havendo a quebra da custódia de cadeia qual deve ser a solução dada para prova contaminada?

Em histórico julgamento o STJ, no HC 160.662/RJ, adotou a tese de Prado e determinou o desentranhamento de toda prova que não foi custeada com o devido procedimento. Nessa decisão, o Superior Tribunal entendeu que quando há quebra da cadeia de custódia a prova e o resultado direito dela advindo devem ser considerados inválidos.



#### 4.1 Provas Ilícitas e Tratamento Legal

O debate em torno da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito ou ilegítimo está relacionada à opção adotada em cada ordenamento jurídico. Se o intuito for a busca ilimitada da verdade, dá-se preponderância ao interesse público na persecução penal. Se a intenção for um processo pautado em uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, estar-se-á diante da busca da verdade processualmente possível.

O direito à prova, como todos os outros direitos fundamentais, não possui natureza absoluta. Está sujeito a limitações exatamente por coexistir com outros direitos de similar importância e, não por outro motivo, a Constituição Federal da República determinou em seu artigo 5º que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”<sup>[15]</sup>.

Certo é, que com o advento do Estado Democrático de Direito, os fins não mais justificam os meios, de forma que o ideal procurado é um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Segundo Renato Brasileiro “a eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo”<sup>[16]</sup>.

Calcado nos ensinamentos norte-americanos passou-se a entender não pela nulidade da prova e sim pela sua inadmissibilidade no processo. Nessa linha, inclusive, resta a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal:

preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Deste modo, pode-se afirmar, que no ordenamento pátrio, por mais relevante que seja a prova analisada, se esta foi colhida de maneira ilícita, a consequência será sua inutilização.

## 5. Conclusão

O atual Estado democrático de Direito exige que toda persecução penal seja amparada pelos direitos fundamentais e pela boa-fé. O Direito não mais se preocupa com somente o resultado da prova obtido mas sim com todo o procedimento que assegura a este resultado credibilidade.

A existência da cadeia de custódia permite, assim, estabelecer passos que ajudam a manter a integralidade da fonte da prova e que, por consequência, auxiliam o magistrado a chegar a decisões mais justas.

Apesar do tema reclamar maior normatização não há dúvidas que quando ocorre a denominada “quebra da cadeia de custódia” a prova deve ser desentranhada do processo por não ser possível aferir a integralidade e autenticidade da fonte de prova.

É imprescindível lembrar que a “luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível<sup>[17]</sup>”. Nesse sentido, a estrita observância de todo procedimento legal, desde a correta colheita, manuseio das provas até a decisão final, resta-se insuperável.

## 6. Referências

BECCARIA, Cesare Bonsana. Dos delitos e das penas. 1764. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 31 de jul 2017.

DIAS, Adilson Magno Freitas. A quebra da cadeia de custódia e a ilicitude da prova pericial. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3748/1/adilsonmagnofreitasdias.pdf>. Acesso em: 31 de jul de 2017.

JÚNIOR LOPES, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 31 jul 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/227818-cadeia-de-custodia-de-vestugios-estabelece-as-diretrizes-sobre-os-procedimentos-a-serem-observados-no-tocante-u-cadeia-de-custodia-de-vestugios.html>. Acesso: 31 jul 2017.

PRADO, Geraldo. “Prova Penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos”. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michelle. Alguns comentarios sobre la valoración de la prueba. Disponível em: <http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/251625>>. Acesso em: 31 de jul 2017.

TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. Bahia: Juspodivm, 2010.

#### NOTAS:

[1] Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 571.

[2] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 572.

[3] DIAS, Adilson Magno Freitas. A quebra da cadeia de custódia e a ilicitude da prova pericial. Disponível em: [https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3748/1/adilsonmagnofreitas\\_dias.pdf](https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3748/1/adilsonmagnofreitas_dias.pdf). Acesso em: 31 de jul de 2017.

[4] TARUFFO, Michelle. Alguns comentarios sobre la valoración de la prueba. Disponível em: <http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/251625>>. Acesso em: 31 de jul 2017.

[5] BECCARIA, Cesare Bonsana. Dos delitos e das penas. 1764. Disponível

em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>.

Acesso em: 31 de jul 2017.

[6] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 626.

[7] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 602.

[8] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 602.

[9] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 606.

[10] TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. Bahia: Juspodivm, 2010. p. 212.

[11] TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. Bahia: Juspodivm, 2010. p. 212.

[12] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

[13] BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/227818-cadeia-de-custodia-de-vestugios-estabelece-as-diretrizes-sobre-os-procedimentos-a-serem-observados-no-tocante-u-cadeia-de-custodia-de-vestugios.html>.

Acesso: 31 jul 2017.

[14] PRADO, Geraldo. “Prova Penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos”. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[15] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

[16] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 607.

[17] JÚNIOR LOPES, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 31 jul 2017.

## **AÇÕES INDENIZATÓRIAS E REGRESSIVAS POR PARTE DO ESTADO E A TEORIA DA DUPLA GARANTIA**

**CRISTIANE SAMPAIO DIOGO:** Procuradora do Estado de Mato Grosso. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

**RESUMO:** A responsabilidade civil objetiva do Estado resguarda ao particular lesado a propositura da demanda reparatória diretamente contra o Estado, o qual deverá indenizá-lo, independentemente de dolo e culpa, em razão do dano ocasionado. Assegura-se, portanto, à vítima a possibilidade de acionar o responsável mais solvente, na medida em que este é, indubitavelmente, detentor de mais recursos financeiros que o servidor público. Além do Estado, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista bem assim as concessionárias que efetuem atividades voltadas ao interesse público podem figurar no pólo passivo da demanda de indenização. O mandamento constitucional (Art. 37, § 6º, CRFB) garante ao Estado o direito de regresso ao causador do dano, que agiu na qualidade de agente, quando configurado, em sua conduta, o elemento subjetivo doloso ou culposo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em acórdão exarado no ano de 2006, entendeu, ao interpretar o dispositivo constitucional em comento, que o legitimado passivo na ação reparatória é unicamente o Estado, sustentando a teoria da dupla garantia.

**Palavras-chave:** pessoas jurídicas de direito privado, demanda de indenização, causador do dano, elemento subjetivo doloso ou culposo, particular, ente estatal.

---

### **INTRODUÇÃO**

Após diversas evoluções teóricas no curso da história do Direito Administrativo Brasileiro, passando da irresponsabilidade total do Estado à sua integral responsabilidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu, em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade civil objetiva (extracontratual ou aquiliana) do Estado por ato praticado por agente público no exercício de suas funções.

Tal dispositivo constitucional resguarda ao particular lesado a propositura da demanda reparatória diretamente contra o Estado, o qual deverá indenizá-lo, independentemente de dolo e culpa, em razão do dano ocasionado. Assegura-se, portanto, à vítima a possibilidade de acionar o responsável mais solvente, na medida em que este é, indubitavelmente, detentor de mais recursos financeiros que o servidor público.

Privilegiou-se o particular, já que o ajuizamento contra o agente público, diretamente, demandaria a análise do elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou a culpa, dilatando a instrução probatória, em negligência ao direito da vítima de se ver ressarcida de maneira rápida e eficaz.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em acórdão exarado no ano de 2006, entendeu, ao interpretar o dispositivo constitucional em comento, que o legitimado passivo na ação reparatória é unicamente o Estado, sustentando a teoria da dupla garantia.

Consagra a teoria da dupla garantia o entendimento de que o particular apenas pode propor a ação indenizatória contra o Estado e, do mesmo modo, somente o ente estatal pode ingressar contra o agente público, nos termos da Lei nº 8.112/90 (ação regressiva), retirando, pois, a faculdade de o particular ajuizar a demanda diretamente contra o agente.

#### 1. Ação indenizatória ajuizada pelo lesado em face do Estado.

Inicialmente, destaque-se que, além do Estado, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista bem assim as concessionárias que efetuem atividades voltadas ao interesse público podem figurar no pólo passivo da demanda de indenização.

O mandamento normativo, previsto no art. 37, § 6º, da CRFB/88 implica no ônus da responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Tal responsabilidade, em decorrência de ato comissivo praticado por servidor público, fornece ao particular lesado a vantagem de apenas demonstrar o liame entre o dano gerado e o fato ocasionador da situação danosa.

De fato, “evidenciado o liame causal, não há necessidade de ser provada a culpa do agente da entidade pública, que, de resto, ou se presume, ou mesmo se apresenta como irrelevante quando se cuida de dano injusto” <sup>[1]</sup>.

Nas demandas em geral, como regra, incumbe ao autor a demonstração do fato constitutivo de seu direito, de acordo com o que predispõe o Art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro<sup>[2]</sup>.

Um dos pressupostos da responsabilidade objetiva dada ao particular é que o ônus probatório, qual seja, na hipótese estudada, a prova cabal de que um ato da Administração Pública gerou um dano ao particular, inverte-se, na medida em que a demonstração do liame entre a conduta e o evento danoso presume a falha estatal, devendo este alegar a não existência desta. Pondera José dos Santos Carvalho Filho:

A questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência do dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano<sup>[3]</sup>.

Desse modo, para que a Fazenda Pública se isente de indenizar o particular por eventual dano que lhe é ocasionado, ela deve demonstrar, de forma inequívoca, os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do lesado, seja no que tange à ausência do fato e do dano ou ao rompimento do nexo causal.

Assim é que o Poder Público “não tem que provar que não é culpado; prova apenas que o culpado é a vítima” <sup>[4]</sup>. Acrescente-se à vítima, um evento da natureza, por exemplo, apto a desconstituir o nexo causal.

Impende ressaltar, concernente ao liame de causalidade que o Estado, quando demandado em juízo, de maneira a atingir a pretensão indenizatória, deve evidenciar as causas excludentes de responsabilidade (força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro), cujas detêm o condão de desconstituir o nexo causal entre o dano e a conduta da Administração.

Leciona Hely Lopes Meirelles acerca do dever de reparação do ente público:

Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial reparte-se o *quantum* da indenização<sup>[5]</sup>.

Com efeito, a culpa concorrente da vítima elucida que a conduta danosa não foi perpetrada por ato exclusivo do Poder Público, o que representaria, se os riscos fossem assumidos de modo interino pelo ente estatal, uma afronta ao princípio da isonomia.

Da mesma forma, as concausas, consideradas aquelas que juntamente a uma excludente, geram o dano, a exemplo de um ato comissivo do Poder Público realizado em concomitância com um evento da natureza, ensejam uma redução no *quantum* reparatório, na medida em que houve contribuição decisiva para o evento danoso.

Por demonstrar que o ato danoso não decorre de forma exclusiva pelo Poder Público, há uma quebra, não integral, do nexos de causalidade entre o fato e o dano, fazendo com que a pretensão indenizatória não seja atingida nos moldes do requestado pelo particular.

De se ver, destarte, que os pressupostos da responsabilidade objetiva, de fato, permitem ao lesado uma vantagem, se comparada à subjetiva, em que, obrigatoriamente, deve o administrado provar a existência de dolo ou culpa.

Outro ponto relativo à ação indenizatória é no que concerne à condenação do agente que perpetrou o dano na esfera penal. Deve-se observar que tal fato não influi no dever de indenização ou não do Poder Público, nos ditames do Art. 63 do Código de Processo Penal<sup>[6]</sup>.



É que a sentença condenatória imputando pena ao servidor público alude a uma relação jurídica diversa da estabelecida na ação de indenização decorrente de responsabilidade civil, se esta for intentada contra o Estado.

De fato, o Poder Público não faz parte do pólo passivo da ação condenatória bem assim esta se trata de ação penal, na qual se é aferida uma conduta ilícita individualizada em relação a determinado agente.

Com efeito, somente se admite o aproveitamento da condenação penal por negação de autoria ou materialidade do fato, se for “dirigida a pretensão indenizatória diretamente contra o funcionário faltoso; não, porém, quando dirigida esta contra a Administração Pública” [7].

Por outro lado, não se pode olvidar, o fato de o ente estatal deter diversos bônus, como as prerrogativas processuais destinadas à Fazenda Pública no atual ordenamento jurídico brasileiro, o que denota ao particular algumas desvantagens.

Mencione-se que os pagamentos decorrentes de decisão judicial submetem-se a um procedimento especial de execução contra a Fazenda Pública, o sistema de precatórios, previsto no Art. 100 da CRFB/88<sup>[8]</sup>.

Isto porque os bens públicos são dotados de um regime jurídico próprio, dentre o qual se destaca a característica da impenhorabilidade, ou seja, no processo de execução de qualquer dívida decorrente de demanda judicial, os bens do Estado não poderão sujeitar-se à penhora.

De acordo com o mandamento constitucional, ao haver condenação de determinado ente de direito público a alguma espécie de obrigação de dar quantia, expedem-se comunicações, no sentido de incluir verba suficiente a satisfazer os precatórios apresentados até o primeiro dia do mês de julho, na previsão orçamentária do exercício seguinte.

A partir daí, observar-se-á uma ordem cronológica de apresentação dos precatórios, que deverá ser obedecida estritamente, por parte do Presidente do Tribunal, responsável por ordenar o pagamento, de acordo com o disponível em caixa.

De fato, “nota-se que a situação do credor de condenação judicial do Poder Público é extremamente dura, pois o tempo que levará para receber pode variar, se for obedecida a Constituição, de 18 a 30 meses” [9].

O mecanismo, portanto, é bastante burocrático e lento, tendo em vista estar sujeito a um prazo razoavelmente grande e a uma elevada gama de condenações sofridas pela Fazenda Pública, fazendo com que a efetividade das demandas reparatorias seja mínima.

Em verdade, o Poder Público, muitas vezes, descumpre até mesmo o predisposto na Constituição, alargando os prazos que já são avultados. Em que pese tal fato ensejar uma intervenção federal, há centenas de pedidos nesse sentido que nunca foram atendidos e com isso “a responsabilidade do Estado no âmbito de inúmeros Estados e Municípios possui um indubitável caráter de ficção” [10].

Ademais, como exemplo de outras prerrogativas processuais tidas pelo Poder Público, pode-se citar o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, previsto no art. 188, do Código de Processo Civil (CPC) [11] bem como o reexame necessário nas condenações que imputam algum débito à Fazenda Pública, tal como previsto no Art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil [12].

Tais institutos dilatam, ainda mais, o tempo de duração de uma ação indenizatória decorrente da responsabilidade extracontratual do Estado.

2. Ação regressiva proposta pelo Estado contra o agente causador do dano.

O mandamento constitucional (Art. 37, § 6º, CRFB) garante ao Estado o direito de regresso ao causador do dano, que agiu na qualidade de agente, quando configurado, em sua conduta, o elemento subjetivo doloso ou culposos.

Incumbe ao Estado, nesse sentido, não havendo acordo administrativo com o agente, no decorrer da ação regressiva proposta, demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, ou seja, evidenciar que ao nexo causal entre o fato e o dano resta acrescido do elemento subjetivo doloso ou culposos. Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

A causa de pedir da ação a ser ajuizada pelo Estado, por conseguinte, consiste na existência do fato danoso, causado por culpa do agente, e na responsabilidade subjetiva deste. Sendo assim cabe ao Estado, autor da ação, o ônus de provar a culpa do agente, como estabelece o art. 333, I, CPC<sup>[13]</sup>.

Com efeito, o agente público deverá ressarcir o Estado, se restar comprovado que agiu de forma dolosa ou culposa durante a realização do ato. Tal responsabilidade, diferentemente da estatal, é subjetiva, dependendo da configuração da culpa *latu sensu*.

Saliente-se que não é qualquer conduta estatal que autoriza o ressarcimento por parte do servidor, na medida em que “se o dano tiver sido causado por atividade estatal sem ser possível a identificação do agente, o Estado será obrigado a reparar o dano” <sup>[14]</sup>.

Ademais, “a simples ineficiência administrativa do servidor não configura, por si, causa de responsabilidade civil se não há dolo ou culpa por parte dele” <sup>[15]</sup>.

Decerto, o dever funcional de reger sua conduta com base nos princípios norteadores da Administração Pública, sem restar evidenciado o dolo ou a culpa, enseja a responsabilização administrativa, não o ilícito civil, apto a gerar o dever de indenizar, tendo em vista ser a relação permeada pelo poder disciplinar, o qual pautava os limites da conduta dos servidores públicos.

Frise-se que vigora no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da independência das instâncias, nos termos do art. 125, da Lei nº 8.112/90<sup>[16]</sup>. Isto porque as esferas administrativa, penal e cível, como regra, não interferem umas nas outras. Assim, a decisão exarada em um processo administrativo cominando pena a um determinado servidor não fará coisa julgada no juízo cível, pois as duas instâncias não se confundem.

De acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles, a exceção ocorre na esfera criminal, na medida em que a sentença que absolve o réu em razão da inexistência do fato e da negativa de autoria impede que se responsabilize ou se aplique qualquer sanção ao servidor nas esferas administrativa e cível<sup>[17]</sup>. Do

mesmo modo, a sentença condenatória, por ser um título executivo judicial, sujeita o agente à reparação do dano e às punições administrativas.

No que concerne à prescrição, ressalte-se que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no Decreto nº 20.910/32 relativo a todas as dívidas ativas da Fazenda Pública não se aplica à ação regressiva em face do agente público.

É que tal ação detém cunho patrimonial, de ressarcimento ao erário, sendo, portanto, imprescritível, nos moldes do que reza o Art. 37, § 5º da CRFB<sup>[18]</sup>. Entende José dos Santos Carvalho Filho:

... no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou<sup>[19]</sup>.

A jurisprudência também vem se posicionando nesse sentido, na medida em que o efetivo prejuízo à Fazenda Pública ocasiona um dano a todos os cidadãos, restando, portanto, indispensável o respectivo ressarcimento, independentemente de prazo. Colaciona-se a ementa do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL.  
IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO  
ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.  
PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA  
PROVIMENTO<sup>[20]</sup>.

Do mesmo modo, de acordo com o Art. 122, § 3º, da Lei nº 8.112/90, é transmissível aos herdeiros e sucessores do culpado, “podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão” <sup>[21]</sup>.

Outra questão importante acerca do tema é saber a que momento o Estado pode propor a ação regressiva, se somente após o a efetivação do precatório, ou no decorrer da ação indenizatória ajuizada pelo particular.

Sabe-se que para se propor uma ação esta deve estar condicionada à possibilidade jurídica do pedido, ao interesse de agir e à legitimidade das partes<sup>[22]</sup>. O interesse de agir, por sua vez, caracteriza-se pela utilidade e necessidade daquele provimento jurisdicional ao autor da ação.

A ausência do pagamento concreto do dano, ou seja, quando não se efetuou, de fato, o ressarcimento por meio dos precatórios ao particular lesado, culmina na inexistência de interesse de agir. Em verdade, o exercício do direito de ação, “à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação à vítima do prejuízo”<sup>[23]</sup>.

Entende-se, pois, que tal exercício fora da constituição definitiva do dever patrimonial de indenizar, gera ao Estado um locupletamento, tendo em vista a quantia relativa ao dano, ainda não ter ocasionado um prejuízo ao erário. Não enseja, portanto, o direito à indenização por parte do Poder Público, já que nem ao menos o dano existe. Isto porque:

A só condenação do Estado, mesmo que transitada em julgado a decisão não importa em o imediato interesse processual na ação de indenização a ser movida contra o agente. A não ser assim, ter-se-ia que admitir que, mesmo sem ser tido prejuízo efetivo, o Estado estaria habilitado a postular o ressarcimento em face do agente. Mas como se entender nesse caso o direito de *regresso*?<sup>[24]</sup>.

Certo é que o próprio teor da palavra *regresso* indica a necessidade de o dano ter sido causado e o Estado postular o ressarcimento ao erário, devendo se observar o próprio preceito intrínseco à ação regressiva, como já entendeu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>[25]</sup>.

A jurisprudência, no entanto, não é uníssona. O supracitado tribunal, desta vez, por meio de entendimento exarado pela 1ª Turma, asseverou não ser necessário o deslinde da ação indenizatória para a propositura da ação de *regresso*<sup>[26]</sup>.

Não se olvide, outrossim, que, respaldando o entendimento aqui defendido, a ação regressiva, consoante outrora explanado, é imprescritível, não tendo qualquer sentido esta ser proposta antes do efetivo prejuízo à Fazenda Pública, se o Estado foi acionado primeiro.

Por fim, deve-se salientar que o direito de regresso deve ser utilizado de modo irrestrito, não sendo apenas uma garantia ao Poder Público, mas um “dever-poder de promover a ação regressiva contra o agente estatal cuja conduta gerou a condenação” [27].

Ensina Numa Pereira do Vale:

seja qual for a categoria hierárquica do funcionário, seja eletivo ou de nomeação, está sujeito a essa ação, além da criminal, no que couber; e o seu uso ou emprego, sem nenhuma tergiversação, constituirá uma medida de grande potência moralizadora e um poderoso instrumento de educação cívica e política<sup>[28]</sup>.

De fato, propor ação em desfavor do agente que ocasionou dano consubstancia medida eficaz para sanar as deficiências existentes no Poder Público, em obediência estrita aos princípios da Administração, tais como o da moralidade e eficiência, além de instituir uma sanção necessária ao ato danoso gerado, de modo a evitar sua ocorrência reiterada.

3. A teoria da dupla garantia: fundamento legal, doutrinário e análise do entendimento do STF.

A duplicidade da relação jurídica gerada pela responsabilidade extracontratual do Estado nas ações indenizatórias, qual seja, entre o Estado e o particular, bem assim entre o agente público causador do dano e a Administração, faz com que alguns doutrinadores defendam que o Art. 37, § 6º da CRFB/88 alude a duas garantias. Isto porque:

A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a

entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo § 6º do art. 37 da CF. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente<sup>[29]</sup>.

Desta feita, a primeira garantia refere-se ao lesado, garantindo-lhe o ajuizamento da ação contra o Estado, ente mais solvente e que responde, de forma objetiva, enquanto a segunda faz menção ao agente público, garantindo que somente o Estado pode intentar a ação, de forma regressiva, após a apuração do dano, contra o servidor, nos moldes da responsabilidade subjetiva. Ensina Odete Medauar:

O preceito constitucional estabelece duas relações de responsabilidade: a) a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; b) a do agente causador do dano perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou na culpa<sup>[30]</sup>.

Perfilha tal entendimento, o previsto no Art. 122, § 2º da Lei nº 8.112/90<sup>[31]</sup>, tendo em vista garantir ao servidor que, em se tratando de danos causados a terceiros, este responderá apenas perante a Fazenda Pública, em ação regressiva, desconstituindo a possibilidade de o lesado ingressar a ação diretamente contra o servidor público e “...afastando quer a denúncia à lide quer o litisconsórcio”<sup>[32]</sup>.

Com isso, baseando-se em tal posição doutrinária, o único legitimado passivo da ação indenizatória de responsabilidade civil movida pelo lesado é o Estado, na medida em que contra o servidor somente a ação regressiva, cujo objeto é o ressarcimento ao erário, poderia ser proposta.

Portanto, “...o funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, no pressuposto de que o legislador constituinte separou as responsabilidades”<sup>[33]</sup>.

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal (STF), instado a se manifestar acerca desse assunto, por meio de Recurso Extraordinário, perfilhou o entendimento de que tal dispositivo legal consagra a teoria da dupla garantia<sup>[34]</sup>.

Entendeu o STF que a ação proposta diretamente contra o agente público causador do dano, nesta qualidade, representaria uma sobreposição de etapas, sendo que estas restariam bem delineadas no dispositivo constitucional, o qual preleciona, de forma expressa, estar assegurado apenas o direito de regresso em face do servidor, no caso de dolo ou culpa.

É que, segundo o entendimento, por interpretação literal e congruente do dispositivo constitucional, a ação, a ser primeiramente intentada, seria a indenizatória contra o Estado, e somente depois, se verificada a existência de elemento subjetivo, a regressiva de ressarcimento ao erário, em face do agente causador do dano, por parte da Fazenda Pública, não podendo ser intentada a ação direta contra o servidor, per saltum.

Tal decisão, exarada pela 2ª Turma do STF, passou a prevalecer em muitos tribunais, permeando um benefício exclusivo ao servidor público, na medida em que retirou do particular a faculdade de optar pelo provimento jurisdicional que ele considera mais útil e eficaz ao alcance de seu direito à indenização, qual seja propor a ação contra o Estado ou contra o servidor.

De acordo com Blasi, “as decisões do STF têm (sic) sido categóricas em não admitir essa possibilidade”<sup>[35]</sup>. Assim, com a predominância de tal precedente, as ações movidas pelo particular diretamente contra o servidor público restariam carentes de ação, visto que faltaria legitimidade passiva ao agente público na lide indenizatória, sendo, pois, estas extintas sem resolução do mérito.

De se ver, portanto, que, nos ditames da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o mandamento constitucional, perpassado em seu histórico por uma garantia ao particular lesado, passou a nortear, também, uma garantia ao servidor público causador do dano, o que, de fato, não condiz com a verdadeira interpretação da norma, consoante ver-se-á, no decorrer do presente trabalho.

## **CONCLUSÃO**



Verifica-se, pois, que atualmente há controvérsia jurisprudencial em relação à possibilidade de se ingressar com ação indenizatória diretamente contra o servidor público. O Superior Tribunal de Justiça entende haver plenamente essa viabilidade, enquanto o Supremo Tribunal Federal defende a teoria da dupla garantia, somente podendo o Estado demandar contra o servidor, não o particular lesado.

#### REFERÊNCIAS

- [1]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 191.
- [2]. Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual acrescenta ao dispositivo a ressalva do ônus da prova com base nos poderes do juiz, como no caso das inversões no âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, *in verbis*: Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>Acesso em: 13/8/2014.
- [3]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 555
- [4]. ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 70.
- [5]. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 654.

- [6]. Art. 63, CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
- [7]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 190.
- [8]. Art. 100, CRFB/88. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (...)
- [9]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1024.
- [10]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1024
- [11]. Art. 188, CPC. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual, apesar de estipular o prazo em dobro para qualquer manifestação da Fazenda Pública não reduzirá suas prerrogativas, *in verbis*: (Art. 106): *A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 14/8/2014.
- [12]. Art. 475, CPC. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas

autarquias e fundações de direito público. *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual modifica o valor da condenação que não se aplicará o reexame necessário que antes era somente de sessenta salários mínimos, *in verbis*: (Art 483): § 2º *Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a: I – mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; III – cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 14/8/2014.

- [13]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 579
- [14]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 579
- [15]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 211.
- [16] Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.
- [17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 655.
- [18] Art. 37 (...) § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*.

- [19]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 581.
- [20]. STF - RE: 606224 SE, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA Data de Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101193/agreg-no-recurso-extraordinario-re-606224-se-stf>. Acesso em: 14/8/2014.
- [21]. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 655.
- [22]. *Vide nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual exclui a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, in verbis (Art. 17): Para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 14/8/2014.
- [23]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 211.
- [24]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.579
- [25]. REsp: 328.391-DF, 2001/0074006-0, T2 - SEGUNDA TURMA, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/10/2002. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em: 8 de agosto de 2014.
- [26]. REsp: 236.837-RS, T1 – PRIMEIRA TURMA, Relator: Ministro Garcia Vieira. Data de julgamento: 03/02/2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em: 8 de agosto de 2014.

- [27]. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1096.
- [28]. DO VALE, Numa P. apud CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 215.
- [29]. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 654/655.
- [30]. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2003. P. 397
- [31]. Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. (...)§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.
- [32]. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 628.
- [33]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 169.
- [34]. STF, RE 327.904-SP, Rel. Min. Carlos Britto, Data de julgamento: 15.8.2006, Data de Publicação: 8.9.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=327904&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 14.8.2014
- [35]. BLASI, Marcos Chucralla Moherdau. **Panorama atual da responsabilidade do Estado em matéria de serviços públicos na jurisprudência do STF**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Bahia, 2001, n. 25

## CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

**BRUNO BATISTA DA SILVA:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Campo Grande - MS. Cidade: Campo Grande - MS.

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre o Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs. Após breve explanação sobre o surgimento do “inimigo”, analisa-se as críticas dirigidas a tal teoria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Funcionalismo; Direito Penal do Inimigo; Direito Penal do Autor; Princípio da Proporcionalidade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Críticas ao conceito normativo de pessoa; 3. A falta de precisão em relação ao conceito de inimigo; 4. O direito penal do inimigo como direito penal do autor; 5. A impossibilidade do modelo proposto por Jakobs no Estado Democrático de Direito.

---

### 1 - INTRODUÇÃO

O termo Direito Penal do Inimigo foi utilizado pela primeira vez por Günther Jakobs em maio de 1985 no Congresso de Penalistas Alemães celebrado em Frankfurt. Na ocasião, a expressão foi usada de forma crítica para demonstrar o endurecimento da legislação penal.<sup>[1]</sup>

Nessa primeira fase o autor dirigiu severas críticas a alguns dispositivos do Código Penal Alemão, os quais previam a incriminação no estado prévio de lesão ao bem jurídico. Esses dispositivos entendiam puníveis os atos preparatórios e as cogitações, sendo que o fator que auxilia na antecipação da punibilidade é o princípio da proteção dos bens jurídicos. Para Jakobs, ter o bem jurídico como único e exclusivo ponto de partida conduziria a um extravasamento, haja vista que o agente seria considerado apenas como um perigo ao bem jurídico, o que ocasionaria a antecipação da punibilidade.<sup>[2]</sup>

Após estas considerações, Jakobs afirmou que o sujeito tem o direito de ter um âmbito isento de controle estatal do qual pode derivar limites ao Estado. Essa esfera de liberdade é encontrada no pensamento ou cogitação, local inalcançável pelo legislador. Assim discorre Günther Jakobs:

Pois bem, todo direito penal não totalitário reconhece um status mínimo do autor. Na medida em que vige o princípio da *cogitationis poenam nemo patitur*, existe um âmbito interno, somente privado, e não relevante socialmente, que é precisamente o âmbito da *cogitationis*. Uma razão para o reconhecimento desse âmbito interno poderia deparar à dificuldade ou, mais ainda, à impossibilidade de realizar, nesse aspecto, um controle dotado de um mínimo de eficácia. Um legislador sensato nunca regula processos que estão fora de suas possibilidades de controle quando qualquer pessoa sabe que esse controle não existe.<sup>[3]</sup>

Portanto, assuntos exclusivamente internos ao sujeito não podem constituir uma perturbação social e, por conseguinte, não podem ser considerados puníveis.

Desse modo, o professor alemão se opõe à punição dos atos preparatórios e das cogitações e afirma que estas não se sustentam na vigência de um estado de liberdades:

Em outras palavras, o direito penal de um Estado de Liberdades não trata do controle dos aspectos internos, incluindo-se os motivos, e sim do controle externo. A pergunta acerca do interno somente é permitida para a interpretação daqueles fenômenos externos que já são, de qualquer modo, perturbadores. De acordo com isso, para que uma conduta possa ser punível deve ser entendida como uma perturbação independente da parte subjetiva e, de um modo mais geral – posto que até aqui a parte subjetiva figura *pars pro toto* -, independente também da conduta do autor em seu âmbito privado.<sup>[4]</sup>

Portanto, Jakobs afirma que somente os atos que ultrapassem o limite interno (cogitação) e quando o sujeito se comporta de modo perturbador, interferindo no espaço alheio, é que as incriminações são legítimas.

O Direito Penal do Inimigo começa a se configurar no momento em que o professor alemão, com a intenção de demonstrar a limitação de ingerência do Estado na esfera do sujeito através do direito à liberdade e privacidade, comenta sobre o *status* de cidadão e inimigo, conforme se depreende do seguinte fragmento:

Para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do status de cidadão podem derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade.<sup>[5]</sup>

Embora Jakobs afirme que a intervenção no âmbito interno dos agentes seja útil à proteção dos bens jurídicos, pondera que “uma diminuição semelhante do sujeito pertence a um direito penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente do direito penal do cidadão”.<sup>[6]</sup>

É dessa diminuição do indivíduo que surge o Direito Penal do Inimigo.

É importante repisar que na primeira fase (1985) Günther Jakobs se posicionou contrário a todos esses posicionamentos, criticando os dispositivos constantes do Código Penal Alemão que continham a antecipação de punibilidade.

Nos debates que se seguiram após a conferência, o professor alemão declarou sua esperança de que o Direito Constitucional avançasse a tal ponto de tornar o Direito Penal do Inimigo inaceitável.<sup>[7]</sup>

Em sua aparição, o termo criado por Jakobs não causou grande alarde, sendo que no relatório das discussões ocorridas no congresso de 1985 há várias manifestações positivas acerca do explanado.<sup>[8]</sup>

Em que pese a primeira exposição do tema ter sido em tom crítico, denunciador do endurecimento da legislação penal alemão, no ano de 1999, na chamada Conferência do Milênio, em Berlim, Günther Jakobs dá uma guinada em



seu posicionamento anterior e passa a fundamentar e legitimar o Direito Penal do Inimigo.[\[9\]](#)

Nessa nova fase, Jakobs desenvolve a possibilidade de existência de dois Direitos Penais, um para o cidadão – Direito Penal do Cidadão – e outro para o inimigo – Direito Penal do Inimigo.

Segundo o mencionado autor, “o direito penal do inimigo segue regras diversas das previstas em um direito penal próprio de um Estado de Direito”.[\[10\]](#)

Se em 1985 o Direito Penal do Inimigo só se legitimava em casos de excepcional emergência, após 1999 Jakobs defende que ele tem seu espaço legítimo afirmando que “inexiste, atualmente, qualquer alternativa visível ao direito penal do inimigo”.[\[11\]](#)

Aqui vale colacionarmos o seguinte trecho da obra de Jakobs citado por Greco, vejamos:

Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado de direito (darf) de trata-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas. Seria, portanto, completamente errado demonizar aquilo que está se chamando de direito penal do inimigo.[\[12\]](#)

Após Jakobs ter mudado de posição em 1999, o mundo acadêmico que até esse momento não havia dado importância ao termo por ele cunhado em 1985, lançou diversas críticas à teoria desenvolvida pelo professor de Bonn.

Inicialmente, abordaremos as críticas ao conceito normativo de pessoa e a perda desse conceito pelos sujeitos que cometem crimes reiteradamente.

Em seguida, iremos tratar da falta de precisão em relação ao conceito de inimigo, da compreensão do Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do autor, para o fim de demonstrar a impossibilidade de tal teoria no Estado Democrático de Direito.

## 2 – CRÍTICAS AO CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA

O conceito normativo de pessoa desenvolvido por Jakobs é um dos pontos que mais recebem críticas em sua teoria do Direito Penal do Inimigo.

O professor tedesco entende que pessoa é um conceito normativo que não decorre da condição ontológica do ser humano, mas sim do comportamento do sujeito perante o ordenamento jurídico.

Assim, só é considerada pessoa quem segue as regras do ordenamento normativo vigente, para as quais é aplicado o Direito Penal do Cidadão.

Luis Gracia Martín, com apoio em Welzel, afirma que o polo superior do qual pende toda teoria jurídica é a pessoa responsável e isso ocorre quando se pretende reconhecer o Direito como uma ordem que se impõe através de seu caráter obrigatório e não através da coação e de um poder superior.[\[13\]](#)

O autor espanhol, ainda com base em Welzel, afirma que o reconhecimento do homem como pessoa responsável é o pressuposto mínimo que uma ordem social deve preencher, caso queira obrigar enquanto Direito.[\[14\]](#)

O ordenamento jurídico, em alguns casos, parte da concepção da pessoa como uma construção normativa, tais como no Direito Civil e no Direito Público. A esse respeito diz Kelsen:

A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (Juristische Person).[\[15\]](#)

Desse modo concluiu Gracia Martín que a pessoa não é mais que um centro de imputação normativa de efeitos jurídicos, normalmente de direitos e deveres. Assim, o conceito de pessoa é relativo, pois embora uma criança possa ser considerada pessoa no Direito Civil, não o será no Direito Penal.[\[16\]](#)

Nesta esfera não é levado em consideração o indivíduo real com suas capacidades e faculdades psicofísicas, nem deve considerar-se esta esfera como a própria a disciplinar as condutas humanas, mas somente deve ser entendida como

a esfera das normas impessoais de valoração ou normas distributivas. Estas devem ser entendidas como atribuição de direitos e deveres à pessoa, sendo esta última o centro de imputação daqueles.[\[17\]](#)

Posto isso, é necessário ter em mente que os deveres impessoais, ou seja, as normas de distribuição, diferente do que ocorre com as leis físico-naturais, carecem de força genuína para se realizar, sendo necessário invocar uma força externa para concretizá-las.[\[18\]](#)

Segundo Jakobs, os direitos e deveres que constituem a pessoa somente podem ser administrados através de um corpo e de uma consciência, ou seja, é necessário um corpo animado.[\[19\]](#)

Depreende-se de tal afirmação que somente o homem empírico e concreto, e não a pessoa normativa, pode ser o destinatário dos dispositivos, isto é, das normas de determinação e das sanções previstas em caso de seu descumprimento.[\[20\]](#)

O professor Zaffaroni afirma que o Direito Penal deve admitir que tanto os conflitos como as consequências que estabelece têm lugar no mundo fático.

Assim discorre o jurista argentino:

Todo sistema de comprensión elaborado por el derecho penal de contención, limitador o liberal debe reconocer que los conflictos para los que proyecta decisiones, tanto como las consecuencias de la criminalización cuyo avance propone habilitar, se producen en un mundo físico y en una realidad social, protagonizada por la interacción de personas dotadas de un psiquismo que tiene sus estructuras, y que todo esto es real, óptico, existe en el mundo de esa manera y no de otra.[\[21\]](#)

No mesmo sentido, Schünemann afirma que o sujeito das consequências jurídico-penais é o homem de carne e osso, e não a pessoa normativa.[\[22\]](#)

Assim, podemos concluir que a teoria da responsabilidade penal não tem como sujeito a pessoa enquanto construção normativa, mas sim o homem empírico.

Para Gracia Martín, todo e qualquer ordenamento jurídico que trate de “condutas humanas” deve ter como ponto fulcral o homem empírico, pois é neste que assenta o substrato ontológico da pessoa responsável.<sup>[23]</sup>

Portanto, “a qualidade de pessoa não é uma atribuição decorrente do Estado, mas sim da própria condição humana, não podendo ser por ele afastada, sem que se afaste com isso, igualmente, a dignidade da pessoa humana”.<sup>[24]</sup>

Nesse esteio, vale citarmos Paulo Vicente Barretto discorrendo sobre a condição da pessoa humana:

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.<sup>[25]</sup>

Concordando que a dignidade é algo decorrente da estrutura ontológica do ser humano, Gracia Martín afirma que todo e qualquer homem, inclusive aqueles que decidem distanciar-se e viver à margem da sociedade, possuem dignidade.<sup>[26]</sup>

Para demonstrar que há direitos inerentes ao ser humano e direitos outorgados apenas a quem faz parte de uma determinada comunidade, o catedrático da Universidade de Zaragoza, citando Ferrajoli, afirma que desde a Declaração do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, homem e cidadão constituem dois *status* subjetivos. E cita como direitos do homem presentes na Declaração os artigos 7 a 10, os quais preveem a pena estrita e necessária, a presunção de inocência entre outras coisas.<sup>[27]</sup>

Do exposto até aqui, tivemos a oportunidade de observar que o Direito Penal “comum” tem como destinatário o homem empírico e não a pessoa normativa, a qual é utilizada por Jakobs em seu Direito Penal do Cidadão.

Portanto, não há como sustentar a existência de um Direito Penal do Inimigo, uma vez que como o Direito Penal “comum” tem como destinatário o homem real, ou seja, o mesmo alvo do sistema formulado por Jakobs. Sendo assim, os sujeitos devem ser regidos pelas mesmas regras, princípios e garantias, não cabendo um sistema excepcional.

### 3 - A FALTA DE PRECISÃO EM RELAÇÃO AO CONCEITO DE INIMIGO

A imprecisão do conceito de inimigo é outro ponto crítico da teoria de Jakobs. Em sua obra, o professor de Bonn conceitua inimigo como:

(...) indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.<sup>[28]</sup>

Analisando o conceito acima transcrito, visualiza-se que apesar de o autor tedesco conceituar como inimigo aquele que se afasta de maneira duradoura do Direito, ele não expõe qualquer ponto, qualquer limite que demonstre que a partir de um número tal de infrações, o sujeito será considerado inimigo. Não fica claro na exposição de Jakobs como se dará a pecha de inimigo ao sujeito delincente.

Segundo Gracia Martín, se o Direito Penal do Inimigo se constrói reconhecendo seus destinatários como sendo não-pessoas parece óbvio que tais indivíduos deveriam existir em uma realidade prévia ao próprio Direito Penal do Inimigo, pois caso contrário o conceito de inimigo seria autorreferente.<sup>[29]</sup>

Para o Direito Penal do Inimigo entrar em ação, segundo Jakobs, é necessária apenas a reiteração de práticas delituosas e abandono ao Direito, porém, se for assim, o único Direito que pode ser reiteradamente infringido é o Direito Penal do Cidadão.<sup>[30]</sup>

Deste modo, infringindo o Direito Penal do Cidadão, o indivíduo deverá submeter-se a um processo penal, o qual também seguirá as regras referentes ao cidadão. E, se ao final, for comprovada sua infração, também deverá ser apenado segundo as regras do Direito Penal do Cidadão, uma vez que foi com base nelas que foi julgado.<sup>[31]</sup>

Caso entenda-se que é através do processo penal que a privação da condição de pessoa se dará, e, por conseguinte, sua declaração como inimigo, devemos ter em mente que durante toda a instrução processual o indivíduo ainda será considerado cidadão e desse modo as regras referentes ao Direito Penal do Inimigo ali não terão guarida. Em sendo através do processo que ocorra a declaração de inimigo, será que a primeira condenação do indivíduo já basta para lhe retirar sua cidadania?

Portanto, visualiza-se na teoria de Jakobs uma falta de precisão na delimitação do inimigo. Por mais que o professor de Bonn afirme que inimigo é aquele que não se comporta conforme o Direito, não deixa claro quem será o competente para verificar e nomear os inimigos.

Nesse sentido, expõe Gracia Martín:

Ora, se segundo os postulados da doutrina do Direito Penal do Inimigo, todo aquele que é julgado pelo Direito Penal do cidadão o é na sua condição de pessoa, e se a pena imposta ao condenado por esse Direito não o priva do status de cidadão nem de sua condição de pessoa, que são conservados integralmente apesar da condenação, onde o Direito Penal do inimigo encontrará seus destinatários, isto é, indivíduos que careçam da condição de pessoa e que preexistam logicamente a uma possível normatização e aplicação desse Direito?<sup>[32]</sup>

Em tom crítico quanto à aplicação do Direito Penal do Inimigo, Alejandro Aponte afirma que o primeiro interessado na existência de cidadãos é o Estado, o qual deve oferecer possibilidades reais de socialização para todos os indivíduos.

Ainda segundo o autor, é necessário analisar se o próprio Estado respeita o Direito, ou se é o primeiro, através de suas instituições e organizações, a não respeitá-lo.<sup>[33]</sup>

O professor Francisco Muñoz Conde, tratando do tema do Direito Penal do Inimigo e sua relação com o Estado de Direito, afirma ser impossível a legitimação daquele, uma vez que a possibilidade de derrogação de alguns princípios inerentes ao Estado de Direito abriria a possibilidade de desmantelamento deste, transformando-o apenas em um ordenamento puramente tecnocrático e funcionalista.<sup>[34]</sup>

Neste sentido diz o catedrático da Universidade Pablo de Olavide:

O Direito, assim entendido, se converte em um puro Direito de Estado, no que o direito se submete aos interesses que em cada momento determine o Estado ou a forças que controlam ou monopolizam seu poder. O direito é então simplesmente o que em cada momento convém ao Estado, que é, ao mesmo tempo, o que prejudica e faz o maior dano possível a seus inimigos. Os mais importantes juristas do regime nacionalsocialista, como Roland Freisler ou Hans Franck, afirmavam e formulavam esta idéia com toda claridade: “Recht ist was dem Volk nuzt” (“Direito é o que é útil ao povo”). Substitua o termo “povo” pelo de “Estado” ou pelo de “sistema”, e o termo “útil” pelo de “funcional” e teremos uma fundamentação do Direito penal do inimigo perfeitamente funcionalista.<sup>[35]</sup>

No mesmo sentido crítico, Albin Eser, já em 1999, afirmou:

Esta “frieza” que se deduz da concepção (do delito, FMC) reduzida à lesão normativa assusta ainda mais, quando se contrapõe a frente construída por Jakobs entre um “Direito penal do cidadão” respeitoso com o Estado de Direito e um “Direito penal do inimigo” emanado do poder estatal. Inimigos como “não pessoas”, é uma consideração que já conduziu alguma vez à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios que se utilizem para determinar quem é “cidadão” e quem “inimigo”. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? o que por razões políticas e acreditando-se que atua pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro,

ou o que escava a base econômica do Estado aproveitando qualquer possibilidade de defraudar impostos, cometer delito fiscal ou uma fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por muito coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas conseqüências que deles se possam derivar – e isto não é menos importante no marco da responsabilidade científica.<sup>[36]</sup>

Diante das duas citações, verifica-se a dificuldade e o perigo que decorre da conceituação do inimigo. Jakobs não deixou expresso de forma clara quem definiria o inimigo, nem como ocorreria tal definição.

Da forma como está, qualquer regime, tanto democrático como totalitário, pode fazer uso do conceito de inimigo e eleger os seus desafetos. Na Espanha, o regime franquista denominava de inimigo todos aqueles que discrepassem do regime ditatorial ou pretendessem exercer os direitos fundamentais em uma democracia.<sup>[37]</sup>

Em suma, a teoria de Günther Jakobs não responde de forma clara e precisa como ocorrerá a definição de inimigo, abrindo uma brecha para que qualquer opositor de um determinado regime seja tachado com o mencionado conceito.

#### 4 - O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO DIREITO PENAL DO AUTOR

Após a crítica sobre a falta de precisão no conceito de inimigo, outro ponto conflitante na teoria de Jakobs é a semelhança de sua obra com o Direito Penal do autor.

Segundo a doutrina majoritária que escreve acerca do Direito Penal do Inimigo, este rompe com as barreiras do Direito Penal clássico, alicerçado no fato, e passa a ter como foco a conduta do agente, ou seja, seu modo de ser.

Conforme nos ensina Cancio Meliá, o princípio do Direito Penal do fato é entendido como aquele genuinamente liberal, no qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos. Em poucas palavras, deve ser excluída a “atitude interna” do agente.<sup>[38]</sup>



O autor acima mencionado afirma que a teoria do professor de Bonn irrompe com os postulados do Direito Penal do fato, uma vez que prevê o adiantamento das barreiras punitivas, causando muitas vezes a invasão do âmbito interno do sujeito.<sup>[39]</sup>

Criticando a teoria de Jakobs, aduz Cancio Meliá:

(...) não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de <> das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os <> - mais que na definição de um <>.<sup>[40]</sup>

Assim, a teoria do Direito Penal do Inimigo está menos preocupada em definir um fato criminoso do que identificar um grupo de indivíduos e denominá-los de inimigos.

Zaffaroni afirma que o Direito Penal do fato decorre do esforço do Estado de Direito para reduzir e limitar o poder punitivo do Estado. Segundo o mestre argentino, a utilização do Direito Penal do autor é a renúncia ao esforço de limitar esse poder punitivo, sendo o tipo de autor, a expressão mais grosseira daquele Direito Penal.<sup>[41]</sup>

O professor Marco Antonio Terragni, no mesmo sentido de Zaffaroni, comentando a legislação penal argentina, assevera que um ordenamento jurídico comprometido com os direitos individuais, deve incriminar condutas específicas e não características e condições pessoais. O autor afirma que não pode ser criminalizada a participação do indivíduo em determinado partido político, sua crença religiosa, nem sua raça.<sup>[42]</sup>

O processo de abandono do Direito Penal da punibilidade de determinada moral, religião, entre outras coisas, e seu foco estritamente no fato previsto como delito, foi uma enorme transformação que se vê na iminência de retroceder e voltar a ter como ponto principal o modo de ser do agente, e não a ação praticada.<sup>[43]</sup>

Logo, percebemos as semelhanças entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do autor, uma vez que aquele visa incriminar determinados indivíduos pelo seu modo de ser, e não pela gravidade do fato.

Nilo Batista, com arrimo em Roxin, sustenta que o Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, não podendo castigar comportamentos puramente pecaminosos e imorais sem que tenha havido alguma lesão ao direito de outras pessoas. O jurista brasileiro aduz que o Direito Penal não tem legitimidade nem é o adequado para a educação moral dos cidadãos.<sup>[44]</sup>

Comentando sobre as funções do princípio da lesividade, Nilo Batista afirma que uma das funções do referido princípio é proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, aduzindo:

Como diz Zaffaroni, “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode apenar o ser, senão o fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta”. O direito penal só pode ser um direito penal de ação, e não um direito penal do autor, como eventualmente se pretendeu. “O homem responde pelo que faz e não pelo que é”, frisa Cunha Luna. Com exatidão lembra Mayrink da Costa que “o direito penal do autor é incompatível com as exigências de certeza e segurança jurídicas próprias do estado de direito”. Isso não significa que o sujeito determinado não interesse de nenhuma forma. Ao contrário, o homem e sua existência social concreta devem estar no centro da experiência jurídico-penal, particularmente nas áreas da culpabilidade e da aplicação e execução da pena. O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição da pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc).<sup>[45]</sup>

Pelo exposto fica patente a proximidade da teoria de Jakobs com o Direito Penal do autor. Um dos pontos interessantes dessa configuração é que o Direito Penal passa a ocupar o lugar de outros subsistemas extracoercitivos, tais como a moral, a religião e a educação, buscando através da via punitiva uma

homogeneização dos comportamentos “corretos”, os quais já não conseguem ser alcançados pelas vias extracoercitivas.<sup>[46]</sup>

## 5 - A IMPOSSIBILIDADE DO MODELO PROPOSTO POR JAKOBS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como afirmamos linhas acima, não há como sustentar a existência de um Direito Penal do Inimigo, uma vez que o Direito Penal “comum” tem como destinatário o homem real, ou seja, o mesmo alvo do sistema formulado por Jakobs. Sendo assim, os sujeitos devem ser regidos pelas mesmas regras, princípios e garantias, não cabendo um sistema excepcional.

Outro ponto que reforça a impossibilidade da legitimação do modelo proposto por Jakobs é que a restrição a direitos e garantias fundamentais, segundo a moderna doutrina constitucional, deve estar em sintonia com o princípio da proporcionalidade, o qual é dividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O Direito Penal do Inimigo, conforme demonstraremos, não se adequa ao princípio acima referido e, por este motivo, fica impossibilitado de ser legitimado no Estado Democrático de Direito.

Como já dito, o princípio da proporcionalidade é composto de três elementos, sendo que o primeiro a ser tratado é o da adequação. Será que o Direito Penal do Inimigo é adequado, ou seja, é apto a realizar o fim a que se destina?

Conforme visto, a função do Direito Penal do Inimigo “é a eliminação de um perigo”.<sup>[47]</sup>

Posto isso, entendemos que os meios utilizados por Jakobs, tais como antecipação da tutela penal, a desproporcionalidade das penas e a relativização das garantias penais e processuais, podem, a princípio, ser aptos a alcançar o fim almejado pelo professor alemão.

Vale frisar, com arrimo em André Ramos Tavares, que “para caracterizar-se como inidôneo quanto à sua conformação aos fins colimados o meio deverá ser *totalmente* inviável”.<sup>[48]</sup>

Neste sentido são as palavras do Ministro Gilmar Mendes ao comentar sobre decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual afirmou que:

A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins (Zwecktauglichkeit) somente pode ser constatada em casos raros e especiais (gelagert).<sup>[49]</sup>

Portanto, quanto à adequação, a teoria de Jakobs responde satisfatoriamente, uma vez que os meios adotados pelo professor de Bonn podem, em tese, alcançar o fim pretendido por ele.

O segundo elemento do princípio da proporcionalidade é a necessidade ou exigibilidade, que equivale à melhor escolha possível dentre os meios adequados, para alcançar o fim visado.

Com relação ao subprincípio da necessidade no Estado de Direito, sustenta Tavares:

Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão. Exige-se, nessa medida, a escolha do meio menos gravoso, do mais suave para alcançar o valor desejado. Nesse passo, não se questiona a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo/benefício.<sup>[50]</sup>

Nesse ponto, entendemos que o Direito Penal do Inimigo é falho, uma vez que existem outros meios menos severos para se alcançar a “eliminação do perigo”.<sup>[51]</sup>

Como afirma Gilmar Mendes, o meio não será necessário se o fim visado puder ser obtido através da adoção de medidas que se revelem adequadas e menos gravosas.<sup>[52]</sup>

O eminente Ministro, citando Pieroth e Schlink, assevera que o teste da necessidade tem maior relevância que o teste da adequação. Uma vez positivo o exame da necessidade, não pode ser negativo o teste da adequação, porém sendo negativo o resultado da necessidade, em nada adiantará ter sido positivo o exame da adequação.<sup>[53]</sup>

Será que existem alternativas ao Direito Penal do Inimigo? A resposta que nos parece mais correta é a de que existem outras formas de se combater a criminalidade, sem ter que apelar para a teoria extremada de Jakobs.

Hassemer faz uma diferenciação entre prevenção normativa, que pode ser entendida como o desmonte das garantias fundamentais dos cidadãos e aumento da intervenção estatal, e prevenção técnica, que por sua vez é entendida como a criação de obstáculos fáticos ao crime organizado, posição defendida pelo autor.<sup>[54]</sup>

Como exemplos de prevenção técnica, o autor acima mencionado cita a troca de informações regulamentada sobre suspeitos em situação de corrupção, a realização técnica e organizacional das associações de comunicação, a maior transparência da Administração Pública e a melhor participação dos cidadãos, entre outras.<sup>[55]</sup>

O professor catedrático da Universidade Ludwig-Maximilians de Munique, Alemanha, Bernd Schünemann, em palestra proferida no dia 02 de outubro de 2006, na Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região, afirmou que ao Direito Penal cabe modernizar-se, deve encontrar formas de combater o inimigo sem se descuidar das conquistas advindas com o Estado de Direito. Em outras palavras, o Direito Penal “deve desenvolver instrumentos contundentes, porém controláveis”.<sup>[56]</sup>

O promotor de justiça do Rio de Janeiro Marcelo Lessa Bastos afirma que a alternativa ao Direito Penal do Inimigo é o uso da tecnologia contra a criminalidade organizada.<sup>[57]</sup>

O membro do *Parquet* defende o uso das interceptações telefônicas como forma de desarticular organizações criminosas, porém afirma que é necessária uma nova definição de parâmetros legislativos e um combate ao mau uso das informações colhidas a fim de evitar o seu vazamento, sendo que, nesses casos, deve ser responsabilizado e punido o agente que divulgou indevidamente a informação.<sup>[58]</sup>

Atitudes como a utilização de bloqueadores de sinais telefônicos no interior de estabelecimentos prisionais, o uso de detectores de metal nos

presídios, uma revista rigorosa por parte dos agentes penitenciários nos alimentos e pertences pessoais destinados aos encarcerados e um investimento maciço na qualificação dos profissionais que atuam na área de segurança pública, podem ajudar a diminuir a criminalidade organizada.

Entendemos que com a qualificação profissional e com o investimento em tecnologia para a segurança pública, os envolvidos nesse trabalho terão condições de atuar e desarticular organizações criminosas, sem necessariamente ter que se valer das tipificações do Direito Penal do Inimigo. Sem uma qualidade material e pessoal, de nada adianta existirem preceitos normativos com traços da teoria de Jakobs, se os aparatos da segurança pública não dispuserem de material e pessoal qualificado para as investigações.

Pode parecer utópico, mas a forma de reduzir riscos e eliminar perigos, se é que se pode falar em eliminação de perigos, deve necessariamente passar pela educação e pela integração do Estado e da comunidade. Como já afirmou Alejandro Aponte, um Estado que não proporciona a socialização dos indivíduos, não pode ser legitimado para castigar tão duramente quem não se comporta conforme seus preceitos.<sup>[59]</sup>

Deste modo, entendemos haver outros meios menos gravosos para reduzir a criminalidade, não sendo necessária, portanto, a adoção do Direito Penal do Inimigo.

Conforme sustenta Meliá, o Estado deve agir segundo critérios comuns de proporcionalidade e imputação, mostrando que não ficou abalado com as atitudes lesivas. Para o autor espanhol:

(...) a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, *deve estar na manifestação de normalidade*, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal <>.<sup>[60]</sup>

Pelo exposto acima, o Direito Penal do Inimigo não é a única forma de se combater a criminalidade, havendo formas menos gravosas para se alcançar tal objetivo.

Vinícius Borges de Moraes, com arrimo em Luisi, sustenta que o Direito Penal do Inimigo não tem demonstrado ser um instrumento eficaz na eliminação dos riscos, já que cada vez mais surgem inimigos.<sup>[61]</sup>

Em suma, o Estado não pode se deixar abater ante o avanço da criminalidade e suas variadas formas, tampouco pode renunciar aos direitos e garantias que lhe são tão caros e que constituem sua forma de ser.

#### NOTAS:

[1] JAKOBS, Günther. Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico. Tradução de André Luis Callegari. In:\_\_\_\_\_. Fundamentos de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

[2] Idem, p. 110.

[3] Ibidem, p. 111.

[4] JAKOBS, Günther. Incriminação..., p. 118.

[5] JAKOBS, Günther. Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico. Tradução de André Luis Callegari. In:\_\_\_\_\_. Fundamentos de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111.

[6] Idem, p. 114.

[7] GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 56, 2005, p.84.

[8] Idem.

[9] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004, p. 41-42.

[10] APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 51, 2004, p. 22.

[11] GRECO, Luis. Op. cit., p. 87.

[12] GRECO, Luis. Op. cit., p. 87.

[13] GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

[14] Idem, p. 159.

[15] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 122.

[16] GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cit., p. 166.

[17] Idem.

[18] Ibidem.

[19] JAKOBS, Günther. La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coordinador), Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003 Apud GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

[20] GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cit., p. 168.

[21] ZAFFARONI, Eugenio Raul; SKOLAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Derecho penal: parte general. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p.94.

[22] SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, UNED, Madrid, 2001. Apud GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cit., p. 168.

[23] GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 170.

[24] MORAES, Vinícius Borges de. O direito penal do inimigo e a concretização dos direitos fundamentais: um estudo sobre a presença da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. 187 f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2009.

[25] BARRETTO, Paulo Vicente. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 218.

[26] GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 173.



[27] *Idem*, p. 175.

[28] JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Direito penal do inimigo..., p. 35.

[29] GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 156.

[30] *Idem*, p. 157.

[31] *Ibidem*.

[32] GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 157-158.

[33] APONTE, Alejandro. *Op. cit.*

[34] MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. Revista eletrônica de ciências jurídicas. 02.01/05. Disponível em: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>. Acesso em: 02 de setembro de 2009.

[35] *Idem*.

[36] ESER/HASSEMER/ BURKHARDT, La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio, coordinador de la edición española: Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p.53 ss (esp.59 ss.) *Apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*

[37] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*

[38] JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Direito penal do inimigo..., p. 81.

[39] BINATO JÚNIO, Otávio. Do estado social ao Estado penal: o direito penal do inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

[40] JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Direito penal do inimigo..., p. 81.

[41] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SKOLAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho...*, p. 443.

[42] TERRAGNI, Marco Antonio. Estudios sobre la parte general del derecho penal. Santa Fé: Universidad. Nac. del Litoral, 2000, p. 117.

[43] BINATO JÚNIO, Otávio. Op. cit.

[44] BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 91-92.

[45] BATISTA, Nilo. Op. cit, p. 93.

[46] BINATO JÚNIO, Otávio. Op. cit.

[47] JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Direito penal do inimigo..., p. 49.

[48] TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 686.

[49] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 249.

[50] TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 686.

[51] Com relação à eliminação do perigo, diz Muñoz Conde: Mas uma segurança cognitiva total nunca pode ser garantida por nenhum sistema seja do tipo que seja. Poderá haver níveis maiores ou menores de segurança, e do que se trata é de determinar quando esses níveis são compatíveis com os exercícios dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre os dois pólos é difícil e, como já dissemos anteriormente, sempre se encontram em tensão. Mas se, como acontece em momentos de crise, a balança se inclina descaradamente e sem nenhum tipo de limites a favor da segurança cognitiva, a consequência imediata será a paz, mas a paz dos cemitérios. Uma sociedade em que a segurança se converta no valor fundamental, é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir a menor possibilidade de mudança e progresso, o menor risco. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit.

[52] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 250.

[53] Idem.

[54] HASSEMER, Winfried. Direito penal libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 142.

[55] HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 143.

[56] SCHÜNEMANN, Bernd. Catedrático alemão Bernd Schünemann fala sobre direito penal do inimigo em evento da emarf. Disponível

em: <http://www2.trf2.gov.br/noticias/materia.aspx?id=1308>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

[57] BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481&p=2www..> Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

[58] Idem.

[59] APONTE, Alejandro. Op. cit.

[60] JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Direito penal do inimigo..., p. 78.

[61] MORAES, Vinícius Borges de. Op. cit.

## DA ILEGALIDADE DA INTERNAÇÃO-SANÇÃO NOS CASOS DE APLICAÇÃO DE REMISSÃO E A AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

**LEILA ROCHA SPONTON:** Defensora Pública.  
Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo apresentar instituto sempre controverso no estudo do direito da Criança e do Adolescente: a remissão. Diferenciaremos a remissão do perdão, apresentaremos as diversas formas de aplicação deste instituto, bem como a impossibilidade de aplicação de penalidades ao jovem que não cumpre as determinações a ele impostas em sede de remissão.

**Palavras-chave:** remissão, perdão, medida socioeducativa, internação-sanção, impossibilidade

---

### 1. Introdução:

A remissão é um instituto previsto no artigo 126 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente e surgiu, principalmente com a ideia de agilização dos procedimentos de apuração de ato infracional e também como desjudicialização dos procedimentos afetos à área da infância e juventude.

Tem como origem o art. 11 das Regras Mínimas Uniformes das Nações Unidas para a administração da Justiça de menores, as Regras de Beijing.

O conceito de remissão, tal qual está presente no Estatuto, foi extraído do texto em espanhol das Regras de Beijing (remisión). Na versão inglesa do documento, a expressão foi referida como diversion, cuja tradução para o português pode ser “encaminhamento diferente do original”.<sup>[1]</sup>

Ao contrário do afirmado por muitos doutrinadores, remissão não é a mesma coisa que perdão. Perdoar alguém significa o reconhecimento de uma conduta errada e desculpar alguém por isso. Não é o que ocorre na remissão. Exatamente porque, nessa fase, não se discute se o adolescente efetivamente cometeu ou não o ato infracional. Na remissão não se discute autoria de ato infracional, daí ser equivocada a comparação com o perdão.

## **2. A remissão no Estatuto da Criança e do Adolescente**

A remissão, prevista nos artigos 126 e 127 do ECA pode ocorrer em duas situações:

Primeira, quando oferecido pelo Ministério Público, antes do oferecimento da representação, durante a oitiva informal. Assim como o João Batista da Costa Saraiva<sup>[2]</sup>, não apreciamos o termo conceder, uma vez que a remissão proposta pelo Ministério Público tem evidente caráter de transação. Após o oferecimento da remissão, os autos serão encaminhados ao juiz para Homologação. Caso homologado, os autos serão arquivados; se assim não entender o magistrado, devem os autos serem encaminhados ao Procurador Geral de Justiça (tal qual o artigo 28 do CPP), que determinará a manutenção da remissão ou ofertará a representação do jovem.

A segunda forma de concessão da remissão é aquela concedida pelo juiz após o oferecimento da representação pelo Promotor de Justiça.

Esta remissão pode ser suspensiva ou extintiva.

Será extintiva se, após o oferecimento da remissão, com a concordância do Defensor do adolescente e do Ministério Público, extinguir-se o processo socioeducativo.

Será suspensiva se, além da remissão tiver o adolescente que cumprir medida socioeducativa em meio aberto. Após o devido cumprimento, a ação é extinta. Importante salientar que medidas em meio fechado não podem ser aplicadas concomitantemente à remissão.

Em qualquer caso, aplicada a remissão, não há, como dito, o reconhecimento da responsabilidade pelo adolescente, bem como não prevalece para fins de antecedentes.

Cumpra-se destacar a posição desta autora quanto à inconstitucionalidade do artigo 127 do ECA, que permite a aplicação de MSE (medida socioeducativa) em conjunto com a remissão.

Tal entendimento ocorre porque a aplicação da medida socioeducativa apenas pode ocorrer, de acordo com o Estatuto, após comprovadas a prova da autoria e da materialidade do ato infracional. Ora, se a remissão tem característica marcante o fato de não verificar a responsabilidade do jovem quanto ao cometimento do ato infracional, como justificar a aplicação da medida (que tem caráter sancionatório) a este adolescente? Abaixo analisaremos a posição do Supremo Tribunal Federal e perceberemos, que diversamente da autora, o STF não reconhece o caráter sancionatório da medida quando aplicada em sede de remissão.

Porém, infelizmente, há casos em que magistrados, contrariando doutrina, Lei e jurisprudência, em alguns casos aplicam a internação sanção em caso de descumprimento da MSE aplicada em sede de remissão.

O art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao dizer que não cabe, cumulativamente à remissão, a aplicação das medidas de semiliberdade e de internação, ou seja, descarta-se nesses casos qualquer medida que prive o adolescente de liberdade.

Tal previsão existe, não por outra razão, porque a remissão não implica, conforme exaustivamente relatado, reconhecimento de culpa, não sendo cabível, portanto, que sem a devida apuração da responsabilidade do adolescente seja ele privado de sua liberdade. [3]

### **3. Da impossibilidade de aplicação de medida restritiva de liberdade em caso de descumprimento**

Considerando que não houve apuração do ato infracional supostamente praticado pelo adolescente, para “regredi-lo” à internação ou, até mesmo, para aplicar-lhe a internação sanção, se faz necessária a continuidade do processo socioeducativo, em caso de remissão aplicada como suspensão.

Já no caso de remissão com extinção do processo, nada mais é possível fazer, tendo em vista que o processo está encerrado e não houve comprovação da materialidade e da autoria para admitir a aplicação de medidas socioeducativas mais rígidas. Como dito, a remissão por expressa determinação legal (e nem podia ser diferente), não implica reconhecimento da responsabilidade pelo ato e depende de expressa aceitação de todos os envolvidos.

Na mesma direção desta autora caminhava a jurisprudência:

*ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE REMISSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INADMISSIBILIDADE - JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO - AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1-Sendo da competência exclusiva do Juiz a aplicação ao adolescente de medidas socioeducativas pela prática de ato infracional, impossível a sua cumulação com a remissão concedida pelo Ministério Público, visto que a imposição das referidas medidas exige procedimento próprio, para que sejam garantidos os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório (arts. 5ª, LIV, CF e 111, ECA). 2- A finalidade precípua do juízo de retratação é a reforma mais célere da decisão, dando ao juiz a possibilidade de examinar também os argumentos aduzidos nas razões de recurso, não ocorrendo nulidade caso não seja exercido.” (1.0024.05.722070-9/001(1) - TJ MG – relator Sérgio Braga – julgado 19/12/2006).*

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades reconheceu a constitucionalidade dessa norma admitindo a cumulação de medidas socioeducativas com a remissão, conforme acórdãos a seguir:

*EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, *in fine*, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa.

2. A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, **não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente.**



4. *Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE 248018 / SP; Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; j. 06/05/2008; 2ª T.; DJ 20/06/2008)*

*EMENTA: Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, **sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se desprende de qualquer característica de pena**, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido.” (RE 229382/SP; Rel. Min. MOREIRA ALVES; j. 26/06/2002, Tribunal Pleno, DJ 31-10-2002)*

Nota-se que para afastar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, o STF afirma que nos casos de remissão, as medidas aplicadas perdem totalmente seu caráter punitivo, transmudando-se para meras medidas de proteção ao adolescente.

A se valer deste entendimento, tratando-se de medida de proteção, como será possível penalizar o adolescente pelo seu descumprimento? Estamos sob a égide da doutrina da proteção integral que veda a colocação do adolescente como objeto de proteção, não sendo admissível que, com o pretexto de protegê-lo, restrinjam-se seus direitos, mormente sua liberdade. Medidas de caráter punitivo somente podem ser aplicadas após a devida apuração da responsabilidade por meio de procedimento que garanta a ampla defesa e o contraditório, nunca de outra forma, tendo em vista as graves consequências que podem decorrer disso. Ao abrir mão da apuração do ato infracional, abre-se mão, também, da punição (e nem se diga que as medidas socioeducativas não ostentam esse caráter).

Ainda que se faça um paralelo com a suspensão condicional do processo para os adultos – cujo beneficiado não se encontra sob a égide da proteção integral, mas sim punitivista, nota-se a descabimento da decisão.

Com efeito, no caso de ter suspenso o seu processo, um adulto não reconhece a responsabilidade pelo crime que lhe é imputado, apenas aceita as condições que lhe são impostas e, em caso de descumprimento, não se admite sua prisão, apenas a única consequência será o prosseguimento do processo suspenso.

É certo que é vedado dar tratamento mais severo ao adolescente do que aquele previsto para os adultos. Assim, se no caso dos imputáveis o descumprimento das condições impostas apenas enseja o reinício do processo, a mesma solução deveria ser adotada no caso de jovens que descumpriam as medidas aplicadas no momento da remissão.

Como explicitado alhures, com a remissão as medidas aplicadas perderam seu caráter punitivo (não pode haver punição sem prévia responsabilização e esta só se dá com o respeito ao contraditório e à

ampla defesa, o que não ocorre no caso da remissão), mantendo apenas seu viés protetivo, tornando impossível a aplicação da internação.

Em muitos casos, a internação se torna ainda mais descabida, tendo em vista que o ato infracional do qual o jovem pode ser acusado, não admitiria, ao final do processo, a aplicação da medida de internação, considerando a ausência de antecedentes infracionais e a inexistência de violência ou grave ameaça.

#### **4. Conclusão**

Por fim, mesmo que superada a impossibilidade de regressão da medida aplicada com a remissão, não é caso de determiná-la no momento em que o juiz reconhece o descumprimento das medidas aplicadas em sede de remissão, sendo imprescindível que se determine a busca e apreensão do adolescente para sua oitiva, e eventual justificativa para o descumprimento, e não para sua internação, da mesma forma que, ainda que afastada a remissão por descumprimento da medida imposta, não pode o adolescente, sem comprovação de sua responsabilidade, ser a ele aplicada medida socioeducativa restritiva de liberdade.

#### **5. Bibliografia:**

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90 comentado artigo por artigo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional*. 3ª ed., rev., ampl. Porto Alegre: Ed. do Advogado, 2006, p.135.

NOTAS:

[1] SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional*. 3ª ed., rev., ampl. Porto Alegre: Ed. do Advogado, 2006, p.135.

[2] Op. cit, f. 137

[3] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p.359

## TEORIAS EXPLICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

**CRISTIANE SAMPAIO DIOGO:** Procuradora do Estado de Mato Grosso. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

**RESUMO:** A responsabilidade estatal detém natureza civil na medida em que o seu fato gerador consubstancia um dever de indenização, afeto, portanto, ao ramo das relações privadas. Como sujeito da relação jurídica que o Estado é, em relação aos administrados, este deve responder patrimonialmente, caso haja danos em razão do exercício de alguma atividade estatal. A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado compõe-se de três dimensões, quais sejam: o Estado, o lesado e o agente estatal e suas teorias explicativas: teoria da irresponsabilidade do Estado, teoria civilista da culpa e teorias publicistas. No âmbito do direito brasileiro, consagra-se a evolução da responsabilidade civil do Estado à objetiva, de forma a garantir ao lesado uma maior efetividade no ressarcimento do dano que lhe foi ocasionado.

**Palavras-chave:** teoria da irresponsabilidade do Estado, teoria civilista da culpa e teorias publicistas, teoria do risco administrativo, responsabilidade objetiva.

---

### INTRODUÇÃO

Inicialmente, a ideia de responsabilidade, de forma geral, é norteadas por uma lesão a um determinado bem jurídico, perpetrada por um comportamento omissivo ou comissivo, independentemente de quem componha a relação jurídica, que enseja um dever de reparação ao indivíduo lesado. Isto porque:

...um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo<sup>[1]</sup>.

Do mesmo modo, o Estado, atuando como executor dos serviços públicos, por meio de seus agentes, deve pautar suas condutas de forma a garantir maior

efetividade ao interesse público, sendo, portanto, igualmente a todos os demais partícipes de uma relação jurídica, e especialmente, por ser este o gerador da relação jurídica entre Estado e administrado, sujeito de direitos e obrigações.

De fato, a responsabilidade do Estado:

...é uma consequência lógica, inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito<sup>[2]</sup>.

Tal responsabilidade estatal detém natureza civil na medida em que o seu fato gerador consubstancia um dever de indenização, afeto, portanto, ao ramo das relações privadas, diversamente do que ocorre com a responsabilidade penal e administrativa, em que aquela se relaciona com um ilícito penal praticado por determinado agente e esta na desobediência a uma norma administrativa. Nesse sentido:

..entende-se a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais...<sup>[3]</sup>.

Diferencia-se, ademais, a responsabilidade extracontratual da contratual. A primeira se refere à conduta praticada pelo Poder Público, quando do exercício de suas atividades estatais, conquanto a segunda faça menção à atuação do Estado como contratante, ou seja, quando a Administração pactua algum objeto com outrem, em benefício da coletividade, o qual gera ao contratado algum dever de reparação.

De se ver, portanto, que, como sujeito da relação jurídica que o Estado é, em relação aos administrados, este deve responder patrimonialmente, caso haja danos em razão do exercício de alguma atividade estatal.

## 1. Análise inicial: evolução histórica e correntes fundamentais

Como regra, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado compõe-se de três dimensões, quais sejam: o Estado, o lesado e o agente estatal.

Inspiradas no direito francês, diversas teorias explicativas surgiram para delinear o quadro histórico evolutivo da responsabilidade estatal, iniciando-se com a isenção total do Estado em relação aos danos causados pelos seus agentes, na forma comissiva, culminando, no estágio atual, qual seja, a fase da responsabilidade objetiva:

...a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução de seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo à teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo<sup>[4]</sup>.

Atualmente, no patamar mais avançado da responsabilidade estatal, o erário se responsabiliza patrimonialmente pelas condutas que seus agentes causarem a terceiros, de forma objetiva, no sentido de fornecer ao particular uma maior garantia em relação aos danos que lhes forem gerados.

### 1.1. Teoria da irresponsabilidade do Estado

Vigorava, na origem do Direito Público, à época do absolutismo (“the king can do not wrong” ou “le roi ne peut mal faire”), a teoria da irresponsabilidade do Estado. Influenciado pelo próprio conceito de Estado, naquele período, qual seja o

de poder despótico, ente todo-poderoso, prevalecia a ideia de que o Poder Público não detinha qualquer responsabilidade pelos atos perpetrados por seus agentes, quando estes agiam na condição de Estado:

Resguardava-se assim o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças<sup>[5]</sup>.

Com efeito, o Estado era impassível de cometer erros, por ser um ente soberano, dotado de poderes que o tornava inigualável aos demais indivíduos, bem assim norteado pelo alcance do interesse público, não sendo inerente a sua própria condição o cometimento de qualquer ato ilícito, como ocorria nas demais relações jurídicas entre particulares.

Assim, de acordo com tal premissa, apenas o funcionário público respondia subjetivamente quando havia a prática de determinado ato ilícito causador de danos ao particular, não sendo salvaguardada a responsabilidade estatal.

Observe-se que, à época, “não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em consequência, os atos destes devam ser tidos como atos de Estado; este só é representado pelo chefe do governo”<sup>[6]</sup>.

De fato, a teoria da imputação volitiva (teoria do órgão), na qual o agente público, quando age nessa qualidade, realiza a vontade do Estado, ainda não prevalecia, especialmente pelo fato de apenas o rei, chefe do Poder Executivo, representar os anseios da figura estatal.

Em meados do século XIX, a teoria da irresponsabilidade já não mais se sustentava firmemente, tendo em vista a solidificação de um novo conceito de Estado, qual seja, o de Estado de Direito, em que este passou a ser sujeito de direitos e obrigações, em relação aos particulares:

...pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça,



resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade<sup>[7]</sup>.

Com isso, impulsionada pelo reconhecimento do Estado como partícipe de uma relação jurídica, a ideia de responsabilidade estatal foi ganhando força, “embora os Estados Unidos e a Inglaterra ainda a adotasse até 1946 e 1947, respectivamente”<sup>[8]</sup>.

## **1.2. Teoria civilista da culpa**

Como forma de transição da ausência total de responsabilidade do Estado para o início de sua responsabilização, houve a abordagem da teoria civilista, no âmbito do Direito Administrativo, delineando a ideia de responsabilidade subjetiva.

Ensina Weida Zancaner que “...o que notabiliza a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado é a noção de culpa, podendo-se mesmo dizer que, na teoria subjetiva, a ocorrência de culpa é fundamental para a imputação da responsabilidade”<sup>[9]</sup>.

Assim é que um ato ilícito perpetrado por determinado agente público, a título de dolo ou culpa, que, descumprindo um preceito normativo, violasse o direito subjetivo de outrem, ensejaria ao lesado uma indenização por parte do Estado.

Fixou-se, de início, a distinção entre dois tipos de atitude estatal: atos de império e atos de gestão.

Os atos de império eram aqueles praticados com as prerrogativas inerentes à qualidade de ente garantidor do interesse público, dotado de autoexecutoriedade e coercibilidade. Assim é que tais atos não ensejavam a indenização do particular. Ensina Cahali:

Em condições tais, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação<sup>[10]</sup>.

Os atos de gestão, por sua vez, seriam os praticados pela Administração em um patamar de igualdade com os particulares, “para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum”<sup>[11]</sup>.

Desse modo, quando o Poder Público praticasse atos de gestão responderia subjetivamente, devendo ser averiguado o dolo ou a culpa na realização da conduta, já que perpassado pelo Direito Civil, em estrita igualdade ao particular.

Observe-se que tal fase representou uma pequena evolução em relação à anterior, na medida em que isentava a responsabilidade de certos atos praticados pelo Estado, demonstrando, ainda, existirem resquícios da teoria da irresponsabilidade.

Consagrou-se, posteriormente, a responsabilidade do Estado, em razão de todos os seus atos, baseada na culpa individualizada como elemento subjetivo apto a ensejar a indenização do particular, à semelhança do que ocorre no âmbito da responsabilidade civil entre particulares, em que o direito ao ressarcimento estaria intimamente ligado à aferição de dolo ou culpa, por parte do ente estatal.

Contudo, de modo a contornar as dificuldades que a individualização da culpa teria frente à responsabilidade civil do Estado bem como a aferição da conduta do agente, passou-se a expandir o conceito de representante e representado.

Leciona Cahali, ainda, que, amparada nos conceitos defendidos no âmbito do Direito Civil, de forma a reconhecer a responsabilidade do Estado, passou-se a

fazer uma alusão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro, a exemplo das figuras do empregador/empregado<sup>[12]</sup>.

De acordo com Weida Zancaner, “a doutrina civilista alargou, pois, seu entendimento, acerca da representação fazendo com que o preponente fosse presumidamente culpado pelo ato de seu preposto” <sup>[13]</sup>.

Ainda assim, existia uma relevante discrepância entre o Poder Público e o administrado, tendo em vista tal responsabilidade civilista pelo fato de outrem ser indireta, ou seja, o responsável pelo dano é pessoa diversa do ente causador da lesão.

Mesmo que tal teoria houvesse representado um grande passo para o início da responsabilização estatal, passou a perder espaço, pois não conseguiu sanar os problemas oriundos da responsabilidade estatal, os quais demandaram uma maior participação do Estado, de modo direto, para garantir o direito subjetivo do lesado.

Em verdade, “não se pode equiparar o Estado, com seu poder e privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas” <sup>[14]</sup>.

### **1.3 Teorias publicistas**

No intuito de proteger o lesionado, considerado o pólo mais fraco da relação jurídica, tendo em vista a disparidade com o Poder Público, o qual era permeado por poderes e prerrogativas, consagraram-se as teorias da responsabilidade de acordo com os princípios norteadores do Direito Público, olvidando-se dos ideais civilistas.

O norte precursor do ideal de responsabilidade do Estado, baseada no direito público, decorre da jurisprudência francesa, com o caso Blanco, no qual se decidiu, após uma criança ser atropelada por uma vagonete da Companhia de Fumo da França, que a responsabilidade estatal não poderia ser conduzida pelo direito privado na medida em que se submete a regras e institutos diferentes deste.

Ensina Zancaner:

A extensão da teoria subjetiva aos casos em que era extremamente dificultosa ou impossível a identificação do agente responsável foi criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês, através do *arrêt* Blanco de 1873. Este caso foi o que deu origem a uma forma singular de responsabilidade estatal, qual seja a falta do serviço<sup>[15]</sup>.

A partir daí, surgiram diversas teorias para justificar a desigualdade entre o Poder Público e o particular, apta a ensejar a responsabilidade aquiliana do Estado (extracontratual), isenta da análise do elemento subjetivo individualizado que pautava a doutrina civilista.

Nesse esteio, de acordo com a teoria da culpa administrativa ou culpa anônima, baseada na doutrina francesa da *faute du service*, bastava, para a configuração do dever de reparar, que se comprovasse o mau funcionamento do serviço público.

Caracteriza-se a falta do serviço quando “os agentes responsáveis pelo procedimento faltoso, irregular ou tardio não puderem ser individualizados, restando, porém, a possibilidade de imputação ao responsável pela organização do serviço que, no caso destas faltas, é o Estado”<sup>[16]</sup>.

Com efeito, o Estado tem o dever de fornecer o serviço público de forma efetiva e com qualidade, na medida em que representa o ente maior do interesse da sociedade e detém prerrogativas para cumpri-las, não devendo escusar-se do cumprimento de seus deveres, sob pena de responsabilização.

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da teoria da culpa administrativa que: “...a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados”<sup>[17]</sup>.

Assim, o dever de reparar do Estado, em virtude da má-prestação de seus serviços, caracteriza a teoria da culpa anônima, culpa esta que, apesar de se enquadrar na teoria subjetiva, não é considerada individualmente, como a culpa pessoal do direito civil, mas aquela decorrente de uma anormalidade do serviço

público. Essa teoria predomina hoje no direito brasileiro, em relação aos atos omissivos praticados pelo Estado.

A outra corrente publicista, de modo a tutelar os direitos dos lesados ao intentar o ressarcimento, consigna a teoria objetiva a qual se apartou "...do dogma da culpa, fazendo ver que não era a culpa elemento primordial para a imputação de responsabilidade ao Estado"<sup>[18]</sup>. Desta feita, "...a ideia de culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado"<sup>[19]</sup>.

A teoria do risco administrativo, sendo esta concepção assim denominada em virtude de a atuação estatal envolver determinada ameaça aos direitos dos administrados, consagra o último estágio da responsabilidade estatal, o qual independe da demonstração de culpa para caracterizar o dever de indenizar.

Decerto, tal teoria, em respeito ao princípio da equidade, funda-se na responsabilidade objetiva, bastando que o lesado comprove o nexo causal entre o fato e o dano que lhe foi ocasionado para ensejar a responsabilidade extracontratual.

Nesse diapasão, deve-se fazer distinção entre o risco integral e o risco administrativo. Neste, o nexo causal pode ser rompido por meio das causas excludentes de responsabilidades (caso fortuito/força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro) conquanto naquele não haja a incidência de qualquer causa excludente, como ocorre, excepcionalmente, no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a teoria do risco integral é albergada no direito positivo brasileiro em dois casos: danos nucleares, nos termos do Art. 21, inciso XXIII, alínea "d", da CRFB/88, e nos provenientes de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra empresas aéreas brasileiras, nos moldes da Lei nº 10.309/2001 e Lei nº 10.744/2003<sup>[20]</sup>. Sendo assim, existente o evento danoso nesses casos, o erário responde integralmente, sem qualquer incidência das excludentes de responsabilidade supracitadas.

#### **1.4 Panorama jurídico brasileiro**

No âmbito do direito brasileiro, concernente à aplicação da teoria da irresponsabilidade, destaca-se a lição de Amaro Cavalcanti:

...no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso menos certo que esse responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares...<sup>[21]</sup>.

Com efeito, ainda que não houvesse previsão legal, a doutrina e jurisprudência da época eram assentes no sentido de consagrar a responsabilidade civil do Estado, em detrimento da teoria da irresponsabilidade.

Por sua vez, as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891, com dispositivos equivalentes, legitimavam a responsabilidade dos funcionários públicos pelos abusos e omissões praticados por estes no exercício da função. Tal fato, entretanto, não excluía a responsabilidade estatal, apenas tornava-a solidária com a de seus agentes.

O Código Civil de 1916, em que pese alguns doutrinadores interpretarem a norma no sentido de prenciar a responsabilidade objetiva, consagrava a necessidade de se comprovar a culpa individualizada, assentando, portanto, a responsabilidade subjetiva do Estado.

As Constituições de 1934 e 1937 não alteraram, em muito, o panorama anterior, tendo sido a Constituição de 1946 a responsável por introduzir no ordenamento jurídico pátrio a ideia da responsabilidade objetiva.

A partir de então, as posteriores cartas magnas passaram a praticamente reproduzir o mandamento legal, consagrando, por completo, a evolução da responsabilidade civil do Estado à objetiva, de forma a garantir ao lesado uma maior efetividade no ressarcimento do dano que lhe foi ocasionado.

Nesse sentido, é que o teor do dispositivo previsto no Art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>[22]</sup>. consagra a teoria do risco administrativo, na qual o Estado responde objetivamente pelos danos causados ao particular. O texto constitucional, por sua vez, foi reproduzido integralmente no Art. 43 do Código Civil de 2002.

## 2. Responsabilidade objetiva do Estado: a teoria do risco administrativo

A responsabilidade objetiva do Estado foi normatizada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no Art. 37, § 6º, o qual dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Observe-se que a norma constitucional visou salvaguardar os interesses do administrado, que representa o pólo mais fraco da relação jurídica ressaltando ao lesado a garantia da responsabilidade objetiva. Com isso, há responsabilidade estatal, independentemente da conduta ilícita perpetrada pelo agente público ter sido efetuada com dolo ou culpa.

Com efeito, o Estado, por ser dotado de prerrogativas e poderes inerentes ao alcance do seu primordial objetivo, qual seja, o interesse público, enquadra-se como o ente mais forte, em relação ao administrado, havendo uma desigualdade entre ambos, compensada esta pela garantia da responsabilidade objetiva.

O indivíduo, apesar de possuir diversos direitos perpassados na Constituição da República Federativa do Brasil é, de fato, subordinado, econômica e politicamente ao ente estatal, justificando a garantia da responsabilidade objetiva, conforme ensina Carvalho Filho<sup>[23]</sup>. Leciona o mesmo doutrinador:

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado<sup>[24]</sup>.

Decerto, essa teoria baseia-se no risco que a Administração, em decorrência de suas atividades, gera ao particular. Nesse sentido, de modo a sopesar a desigualdade política e econômica bem como resguardar a efetividade do princípio da isonomia, a norma garante ao administrado a propositura da ação

indenizatória sem se aferir, em sede de instrução, o dolo ou a culpa, quando da realização da conduta.

Assim, existente o nexo de causalidade entre o fato e o dano, o erário deve arcar com a indenização, sendo a reciprocidade social e a equidade os frutos de tal teoria, os quais “...por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos” [25].

Como as atividades são realizadas em prol de toda a sociedade, esta, por meio da Fazenda Pública, deve arcar com os encargos e as despesas decorrentes da realização ou má condução dos serviços, em respeito ao princípio da solidariedade social.

A teoria do risco administrativo consiste na “...obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado” [26].

De se ver que não é qualquer fato, per si, praticado pelo agente danoso, apto a gerar indenização, devendo existir o nexo de causalidade, a ser elucidado pelo administrado e especialmente que o agente tenha agido na condição de Estado. “Trata-se de questão de fato, a ser investigada em cada caso concreto, de modo que, demonstrado o referido nexo, surge a obrigação de indenizar, sendo indevida esta se ausente a demonstração” [27].

Destarte, a ponderação acerca do elemento subjetivo, bem assim da licitude ou ilicitude na conduta cometida é prescindível, uma vez que a conduta ter ocasionado o dano já enseja o dever de responsabilização, sendo tal ônus ao erário justificado, pelo fato de a atividade estatal, por si só, gerar riscos à sociedade.

Não se pode olvidar que tal teoria comporta algumas causas excludentes de responsabilidade (força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros), as quais atingem diretamente o nexo causal, em detrimento de, em assim não ocorrendo, reduzir, drasticamente, o erário, e prejudicar, por conseguinte, o interesse público. Pondera Celso Antônio Bandeira de Mello:



Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível<sup>[28]</sup>.

Com efeito, as causas excludentes de responsabilidade nada mais são do que circunstâncias que rompem o nexo causal, ou seja, desfiguram um dos elementos primordiais à premissa da responsabilidade objetiva do Estado. Cite-se, por exemplo, o caso de um raio atingir determinado bem público, ocasionando diversos danos estéticos e patrimoniais a alguns administrados. Por óbvio, o dano gerado não foi ensejado por uma conduta da Administração, mas sim por um evento da natureza, sendo indevido o dever de responsabilidade estatal.

Por seu turno, as concausas e a culpa concorrente da vítima, conquanto não gerem o rompimento do liame causal, contribuem para a conduta perpetrada pelo poder público, gerando um compartilhamento dos riscos. Alude Cahali:

A se entender de outro modo, estaria sendo extravasado o limite da responsabilidade objetiva, imputando-se à Administração uma responsabilidade ressarcitória fora dos parâmetros da causalidade e em desproporção da atividade administrativa concorrente na verificação do dano<sup>[29]</sup>.

Infere-se, portanto, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem, em relação ao lesado, de forma objetiva, pelos danos que lhe foram ocasionados, sendo imprescindível a demonstração do nexo causal entre a conduta perpetrada e o efetivo prejuízo.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o ordenamento jurídico mundial perpassou por momentos em que a responsabilidade civil do Estado sequer existia, não tendo, no entanto, o

Brasil, segundo a doutrina predominante, adotado a teoria da irresponsabilidade, pois o Estado, nas primeiras Constituições brasileiras, respondia solidariamente com o servidor público. Após diversas normativas, atualmente, adota-se a responsabilidade objetiva do Estado, por atos comissivos praticados por servidores públicos, pautada na teoria do risco administrativo.

#### REFERÊNCIAS

- [1]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1011.
- [2]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 983.
- [3]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 11.
- [4]. DUEZ, Paul, 1926 *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 17.
- [5]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 19.
- [6]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 20
- [7]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 21/22
- [8]. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 394.
- [9]. ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 23.
- [10]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p.20.

- [11]. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 609.
- [12]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p.23.
- [13]. ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 25
- [14]. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 644.
- [15]. ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 26.
- [16]. ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 28
- [17]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1021.
- [18]. ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 29.
- [19]. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 610.
- [20]. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 612.
- [21]. CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias, t. II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 617.
- [22]. Constituição Federal: “Art. 37.(...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

- [23]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 546.
- [24]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 546.
- [25]. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 644.
- [26]. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 645.
- [27]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 42.
- [28]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1042.
- [29]. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 61.

## O CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HENRIQUE PORTELA OLIVEIRA:** Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Graduado pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

**RESUMO:** Este artigo se debruça sobre objeto de importante divergência doutrinária e jurisprudencial: o conflito entre coisas julgadas. Transitada em julgado decisão de mérito sobre cujo objeto já havia decisão definitivamente julgada, qual há de prevalecer? A primeira ou a segunda decisão? Para chegar a resposta, partindo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, investiga-se a natureza do vício decorrente da violação à coisa julgada e os instrumentos cabíveis para sua desconstituição.

**Palavras-Chaves:** Coisa julgada. Conflito entre coisas julgadas. Natureza do vício rescisório. Instrumentos cabíveis para desconstituição.

**Sumário:** INTRODUÇÃO. 1 - CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS. 1.1.1 –Recurso Especial nº 1.354.225/RS – Prevalência da primeira coisa julgada. 1.1.2 – Recurso Especial nº 1.524.123/SC – Prevalência da segunda coisa julgada. 2 – CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil – definiu a coisa julgada como “*a decisão judicial de que já não caiba recurso*”.<sup>[1]</sup> Atento à crítica doutrinária quanto à impossibilidade de se confundir a coisa julgada com a decisão em si, o legislador optou, na redação do artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015, pela conceituação da coisa julgada como “*a autoridade que tornam imutável e indiscutível a decisão de mérito*”.<sup>[2]</sup>

Do conceito legal, extraímos dois aspectos essenciais da autoridade decorrente da decisão de mérito – a imutabilidade e a indiscutibilidade –, para

cuja conceituação nos valem da lição de Antônio do Passo Cabral, com amparo na obra de Humberto Theodoro Jr.:

A imutabilidade é a impossibilidade de alteração do *decisum* e corresponde à imunização da decisão, isto é, sua blindagem de qualquer alteração posterior, seja por outro órgão do Judiciário, pelas partes ou ainda por atos de outros Poderes do Estado. E a indiscutibilidade revela a técnica operativa da coisa julgada: para tornar imunes as decisões estatais. O legislador se vale de um mecanismo preclusivo. Ou seja, a maneira encontrada para assegurar a imunização e inalterabilidade da decisão é a vedação de rediscussão sobre ela. Portanto, a essência da técnica da coisa julgada é preclusiva, e talvez por esta razão os romanos a chamavam de *praeclusio maxima*, a preclusão última e maior[3].

Além da coisa julgada material, que decorre apenas da decisão de mérito, a doutrina brasileira identifica outro fenômeno relacionado à estabilização de decisões judiciais: a coisa julgada formal. Esta seria um evento intraprocessual, que impediria a rediscussão da matéria dentro de um mesmo processo, mas que, por não ter imergido na análise do mérito, autorizaria a reanálise em processo distinto.

O presente estudo relaciona-se à coisa julgada material. Nesta, os aspectos de imutabilidade e indiscutibilidade se projetam para fora do processo. Havendo decisão transitada em julgada com análise do mérito, o objeto ali decidido não pode ser rediscutido nem dentro nem fora do processo, devendo seu comando ser observado por todos aqueles sujeitos à sua força vinculante. É fenômeno endógeno e exógeno, que reflete a *invariabilidade do próprio direito material*[4].

A vinculatividade das decisões dotadas de coisa julgada material refletem dois efeitos: o negativo e o positivo. O efeito negativo ressalta a impossibilidade de rediscussão da pretensão já decidida. Aliás, o juiz não está autorizado a rediscutir a matéria sequer para dar-lhe a mesma conclusão. O efeito positivo, por sua vez, reflete o dever de observância do comando judicial por todos aqueles que estejam sujeitos ao efeito vinculante da decisão de mérito transitada em julgada.

## 1. CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS

Como se viu, o efeito negativo da coisa julgada veda a rediscussão de questão já decidida por decisão de mérito transitada em julgado. A violação a essa regra é vício de ordem pública que pode ser alegado ou conhecido de ofício a qualquer tempo. Contudo, é possível que, não sendo suscitada a existência de coisa julgada material pelas partes e não vindo essa a ser conhecida pelo juiz por qualquer outro meio, seja proferida e transite em julgado nova decisão de mérito sobre questão já decidida. Nessa hipótese, qual deve prevalecer: a primeira ou a segunda?

O tema é objeto de clássica divergência doutrinária. A favor da prevalência da primeira coisa julgada, posicionam-se autores como Thereza Alvim, Cassio Scarpinella Bueno, Sérgio Rizzi, Sálvio de Figueiredo Teixeira e José Miguel Garcia Medina. Pela prevalência da segunda, por sua vez, advogam autores como Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira e outros<sup>[5]</sup>.

A discussão se refletiu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em 2015, em intervalo de aproximadamente 03 (três) meses, foram proferidas decisões nos dois sentidos pelas Segunda e Terceira Turmas do STJ, amparadas em decisões anteriores da Corte, servindo aquelas como ponto de partida para o presente estudo.

### 1.1.1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.225/RS – PREVALÊNCIA DA PRIMEIRA COISA JULGADA

No julgamento do Recurso Especial nº 1.354.225/RS, de relatoria do Min. Paula de Tarso Sanseverino, a Terceira Turma decidiu que, no caso de conflitos entre coisas julgadas, deve prevalecer a primeira, face à inexistência da segunda:

*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA DÚPLICE. CONFLITO ENTRE DUAS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NA SEGUNDA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DA SEGUNDA SENTENÇA. ALEGAÇÃO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. 1. Hipótese em que o autor*

*da demanda, sucumbente na Justiça do Trabalho, repetiu o mesmo pedido perante a Justiça Estadual, obtendo êxito e gerando conflito frontal entre os comandos das duas sentenças, identificado apenas na fase de*

*execução. 2. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada. 3. Inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda. Doutrina sobre o tema. 4. Inexistência de direito de ação e, por conseguinte, da sentença assim proferida. Doutrina sobre o tema. 5. Analogia com precedente específico desta Corte, em que se reconheceu a inexistência de sentença por falta de interesse jurídico, mesmo após o transcurso do prazo da ação rescisória (REsp 710.599/SP). 6. Cabimento da alegação de inexistência da segunda sentença na via da exceção de pré-executividade. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (REsp nº 1.354.225; Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino; Julgamento em 24 de fevereiro de 2015).*

Pela prevalência da primeira coisa julgada, em detrimento da segunda, argumentou-se que a falta de interesse de agir na segunda demanda tornaria inexistente o segundo processo e, conseqüentemente, a sentença nele proferida. É esse o epicentro da divergência doutrinária: o vício decorrente da ausência de interesse de agir atua no plano da existência ou da validade?

Sustentando tratar-se de vício de inexistência, o relator se amparou na lição de Liebman, citado por Teresa Wambier, pela qual, na produção da segunda coisa julgada, "*não terá havido atividade jurisdicional autêntica mas aparência de jurisdição, ou a forma externa de jurisdição*" (Nulidades do processo e da sentença. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 356). Acrescentou que a coisa julgada é pressuposto processual negativo (ou extrínseco), o que também conduziria à inexistência da segunda decisão.

O relator asseverou que, mesmo no plano da validade, deveria prevalecer a primeira sentença, "porque a segunda traz em si as máculas da



inconstitucionalidade e da ausência de boa-fé”. A ideia é que, além de violar o comando do art. 5º, XXXVI, da CF, a conclusão pela prevalência da segunda sentença daria azo à repositura maliciosa da parte vencida que, contando com a inércia da parte contrária, pretenderia a superação da coisa julgada formada na primeira sentença.

No voto, rebateu ainda o argumento de que a segunda coisa julgada, por ter força de lei entre as partes, revogaria a lei anterior, em aplicação analógica do art. 503, do CPC. O relator sustentou que a revogação da lei anterior por lei posterior é ato “lícito e legítimo”, enquanto a decisão sobre questão já definitivamente julgada é ofensiva à ordem jurídica, não havendo lugar para a aplicação dessa analogia.

Quanto ao instrumento processual adequado para alegação do vício, partindo da premissa que a segunda coisa julgada é inexistente, o relator defendeu a prescindibilidade da ação rescisória, sendo cabível simples pedido de declaração da inexistência perante o próprio juízo de origem, tenha ou não transcorrido o prazo bienal para o ajuizamento da rescisória. Na hipótese dos autos, aliás, considerou legítima a alegação via exceção de pré-executividade.

Foram esses, portanto, os principais pontos nos quais se sustentou o Ministro Paulo de Tarson Sanseverino para defender a prevalência da primeira coisa julgada, e que refletem com precisão a tese doutrinária neste sentido. Cabe-nos agora, portanto, trazer os argumentos de tese que lhe contrapõe para, em conclusão, tecer alguns comentários sobre o tema.

#### **1.1.2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.123/SC – PREVALÊNCIA DA SEGUNDA COISA JULGADA**

No julgamento do Recurso Especial nº 1.524.123/SC, o Ministro Relator Herman Benjamin defendeu que, diante do conflito entre coisas julgadas, há de prevalecer a que se produziu por último, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM

JULGADO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória. 3. Recurso Especial não provido.

No voto, fazendo referência ao acórdão recorrido, o relator sustentou que o art. 485, IV, do CPC/73 – correspondente ao atual art. 966, IV, do CPC/15 – impõe o ajuizamento da ação rescisória para desconstituição da última coisa julgada, pelo que não caberia se falar em simples desconsideração desta. Enquanto não rescindida, a segunda decisão produziria plenos efeitos e, superado o prazo bienal para rescisão, tornar-se-ia soberana e insuscetível de desconstituição.

O argumento principal é o de que a prevalência da última coisa julgada prestigiaria o princípio da segurança jurídica. Ademais, como já mencionado, por possuir força de lei entre as partes, a segunda coisa julgada “revogaria” a coisa julgada anterior, que também tinha força de lei enquanto vigente.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha aderem a tese. Argumentam que a segunda sentença não pode ser tida por inexistente pois foi produzida em processo que existiu, não obstante marcada por defeito formal (requisito processual negativo de validade). A segunda sentença, portanto, foi produzida com defeito de validade que, com o trânsito em julgado, converteu-se em vício de rescindibilidade.

Inobstante a divergência, essa tese pela prevalência da última coisa julgada me parece ser majoritária no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

## **2. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS**

Ponto incontestado é o cabimento da ação rescisória dentro dos dois anos posteriores ao trânsito em julgado da última coisa julgada. O art. 966, IV, do CPC, é incisivo quanto à caracterização da ofensa à coisa julgada como um vício de rescindibilidade da decisão de mérito. Com força no cabimento da rescisória, há quem argumente que a segunda coisa julgada não pode ser tida por inexistente.

Aliás, caso assim o fosse, não haveria razão para se propor ação rescisória por ofensa à coisa julgada[6].

Contudo, é de questionar: o cabimento da ação rescisória torna incabível a opção por outros instrumentos judiciais para desconstituição (ou desconsideração) da segunda coisa julgada? Devemos considerar que todos os vícios de rescindibilidade constantes do rol do art. 966, do CPC, operam no plano da validade? Não é possível a veiculação de vínculos de inexistência no seio da ação rescisória?

Leonardo Carneiro da Cunha, discorrendo sobre a impossibilidade de suspensão da execução fiscal por tutelas provisórias em ações autônomas de impugnação não garantidas, suscita a violação ao princípio da isonomia. Sustenta que, enquanto o executado deve garantir o juízo para opor embargos, para o autor da ação autônoma bastaria o deferimento da tutela provisória. Para o autor, permitir-se-ia a “concomitância de 2 (dois) caminhos diversos a serem trilhados pelo executado: um repleto de restrições e dificuldades, e outro bastante cômodo, chegando, por ambos, ao mesmo resultado”. E continua: “Permitir o uso alternativo de ambas as medidas equivaleria, como se disse, a esgarçar o princípio da isonomia”[7].

Contudo, discordamos da conclusão a que chega o autor. O processo se compõe de um conjunto de instrumentos à disposição do jurisdicionado para materialização do direito pretendido. Diferentemente dos recursos, para os quais impera o princípio da singularidade (unicidade), o direito de ação pode ser materializado por múltiplos canais, ainda que um se apresente mais vantajoso do que os demais. É o caso, por exemplo, de direito líquido e certo amparado em prova documental pré-constituída, para o qual o demandante pode ser valer do mandado de segurança, de rito mais célere e independente do pagamento de custas, ou de ação ordinária, tipicamente mais dilatada e que, em regra, exige desembolso pelas partes.

Assim, nessa hipótese de direito líquido e certo amparado em prova documental pré-constituída, é possível se falar em violação à isonomia em face do ajuizamento do mandado de segurança? Certamente que não. Tampouco se pode falar em afronta à isonomia em face da suspensão da execução fiscal por tutela provisória em ação autônoma de impugnação ou em face alegação da violação à

coisa julgada por simples pedido de desconsideração, caso entenda se tratar de vício de inexistência.

Ressalte-se que não estamos concluindo que a segunda coisa julgada é inexistente. Se está apenas argumentando que o cabimento da rescisória não deve servir de argumento para afastar a tese de que o conflito de coisa julgada atua no plano da existência. Os argumentos que levam a essa conclusão são outros.

Por outro lado, deve ser rebatido o argumento dos adeptos à prevalência da primeira coisa julgada de que a segunda coisa julgada seria inexistente por ausência de interesse de agir. Este é um requisito processual extrínseco positivo: é fato que deve existir para que a instauração do processo se dê validamente<sup>[8]</sup>. Logo, o interesse de agir atua no plano da validade, e não da existência. Aliás, entendo que sequer haveria de se cogitar a natureza do vício oriundo da falta de interesse de agir. O pressuposto processual de validade que é diretamente violado é, justamente, a inexistência de coisa julgada.

Não é de se acolher tampouco os argumentos de que, mesmo no plano da validade, deveria prevalecer a primeira sentença, em face da afronta ao art. 5º, XXXVI, da CF e do princípio da boa-fé. Ambas as teses – pela prevalência da primeira ou da segunda coisa julgada – têm por escopo justamente a eleição da solução que melhor prestigie o instituto. A alegação de inconstitucionalidade é utilizar o ponto de partida como fundamento de conclusão, num movimento hermenêutico que não chega a lugar nenhum. Estar-se-ia alegando que “deve prevalecer a primeira coisa julgada porque a Constituição Federal determina o respeito à coisa julgada”, sentença lógica que em nada contribuiria para o debate.

Quanto à alegação de afronta à boa-fé, parte-se de um pressuposto jurídico condenado pelo sistema jurídico brasileiro: a presunção da má-fé. Se pensarmos a produção das normas sempre pressupondo a atuação ardilosa das partes, poríamos em risco a melhor operacionalidade do sistema. Ademais, no caso do conflito de coisas julgadas, é possível nos depararmos com situações em que o autor da segunda demanda tenha sido o vencedor da primeira demanda. Seria o caso, por exemplo, de réu revel que sagrou-se vencedor e, desconhecendo a produção da coisa julgada, repropõe demanda idêntica. Ou mesmo o caso de

titulares de direitos por sucessão, que desconheciam a coisa julgada em favor do sucedido.

Conclui-se, portanto, que o conflito de coisas julgadas atua no plano da validade, não pelo fato de que o Código de Processo Civil prevê o cabimento da ação rescisória, mas sim pela natureza do pressuposto processual violado: negativo e da validade, consubstanciado na inexistência de coisa julgada. A segunda coisa julgada produzirá efeitos enquanto não desconstituída via ação rescisória. A utilização desta, aliás, é o único meio de desconstituição cabível. Por se tratar de vício de validade, não pode ser desconsiderada por mero pedido de reconhecimento da inexistência.

Transcorridos o prazo bienal desde o trânsito em julgado da segunda demanda, a coisa julgada se torna imutável. Pelas razões já suscitadas, eventual relativização não pode ser fundamentada na violação ao art. 5º, XXXVI, da CF, ou no princípio da boa-fé. Quanto à teoria da coisa julgada inconstitucional amparada em outros valores constitucionais, sua aplicação deve se dar com a máxima cautela. Esse instrumento de exceção, como destaca Antônio do Passo Cabral, é dotada de forte carga axiológica e o Supremo Tribunal Federal tende a limitar suas hipóteses de cabimento, ampliando o número de requisitos a serem preenchidos para sua aplicação<sup>[9]</sup>.

## CONCLUSÃO

No conflito entre coisas julgadas, o defeito decorrente do trânsito em julgado da segunda demanda atua no plano de validade. Assim, observado o prazo bienal imposto pelo art. 975 do CPC, a desconstituição da segunda coisa julgada depende do ajuizamento da ação rescisória. Transcorridos os 2 (dois) anos, a última coisa julgada se torna imutável, não cabendo simples pedido de reconhecimento da inexistência. Não cabe a relativização da segunda coisa julgada com força no art. 5º, XXXVI, da CF, ou no princípio da boa-fé, devendo a aplicação com fulcro em outros valores constitucionais se dar com a máxima ponderação, dada a alta carga axiológica da “coisa julgada inconstitucional” e a jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Ed. JusPodivm;

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. – 13. Ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13. Ed. refor. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016*

#### NOTAS:

[1] Art. 6º, CPC/15. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...]§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

[2] Art. 502, CPC/15. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

[3] CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 52.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material, *Revista de Processo*, ano 28, n. 109, jan-mar, 2003, p. 11; *apud* CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 58.

[5] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13. Ed. refor. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 487*

[6] DIDIER JR., Fredie. *Idem*.

[7] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. – 13. Ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 465.

[8] DIDIER JR., Fredie. *Ibidem*, p. 359.

[9] CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 113 e 114.

## **PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA MODIFICAÇÃO DE ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (PIS E COFINS) ATRAVÉS DE DECRETO**

### **RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS:**

Professor Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia - UNEB e da Universidade Católica do Salvador - UCSal; Advogado. Fundador do escritório Ricardo Xavier Advogados Associados. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, especialista em Direito do Estado pelo Jus Podivm / Unnyahna e em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB , da Universidade Católica do Salvador - UCSal e da Escola Superior da Advocacia - ESA - Seccional da OAB/BA. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tributação e Finanças Públicas - NEF da Universidade Católica do Salvador - UCSal;

No dia 21 de julho de 2017, o país foi surpreendido com a publicação do Decreto nº 9.101, que tem como objeto alterar o Decreto nº 5.059/2004 e o Decreto nº 6.573/2008, que reduziam as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool. Ou seja, em síntese, o Decreto nº 9.101/2017 majorou as alíquotas de PIS/PASEB e COFINS incidentes sobre a comercialização de combustível.

Com a publicação do Decreto recebi diversas consultas de acadêmicos e colegas Operadores do Direito questionando se as Contribuições Sociais podem ter alíquotas majoradas por Decreto.

O Decreto expedido e publicado pelo Exmo. Sr. Presidente tem amparo legal no art. 23, § 5º da Lei nº 10.865/2004, bem como no art. 5º, § 8º da Lei nº 9.718/1998, pois ambos autorizam o Poder Executivo a fixar coeficientes para redução das alíquotas do PIS e da COFINS, os quais poderão ser alterados, para



mais ou para menos, ou extintos, em relação aos produtos ou sua utilização, a qualquer tempo. Ou seja, trata-se de permissivo legal para que as alíquotas do PIS e da COFINS sejam modificadas por Decreto. Contudo, tais dispositivos são inconstitucionais, o que macula a cobrança dos tributos em tela, tornando a exação indevida.

A análise da inconstitucionalidade em tela deve ser feita através dos Princípios Tributários insculpidos na Constituição Federal de 1988, que tem como objeto direcionar a atuação do Poder Público para evitar que a assanha arrecadatória do Estado implique em expropriação indevida do sujeito passivo da relação obrigacional jurídico-tributária. Deveras, os princípios se revelam como proteção ao sujeito passivo de Direito Tributário para que não seja lesado de forma indevida no seu patrimônio.

Os Princípios Tributários são garantias constitucionais, ganhando relevo de cláusulas pétreas. No ensinamento de Leandro Paulsen<sup>[1]</sup>,

As garantias constitucionais do contribuinte que o protegem contra o arbítrio e abusos do ente tributante, estabelecendo limites a serem observados na instituição dos tributos, têm nível de direito fundamental, configurando cláusula pétrea. Assim, não podem ser revogadas, tampouco excepcionadas sequer por emenda constitucional. Assim, a legalidade, a irretroatividade e as anterioridades, bem como a isonomia, e a vedação do confisco e a vedação à tributação interestadual e intermunicipal.

Ademais, mesma posição possui o Supremo Tribunal Federal - STF, pois o Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE 573675, de março de 2009 se manifestou informando que "algumas dessas limitações ao poder de tributar constituem cláusulas pétreas, por se inserirem no contexto dos direitos e garantias individuais, [...]".

O primeiro princípio que fora lesado pela majoração de alíquota realizada pelo Decreto nº 9.101 é o princípio da legalidade, que se encontra insculpido no art. 150, I, da CF/88, o qual indica que "sem prejuízo de outras garantias

asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (I) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". O postulado deve ser complementado pelo art. 97, I e II, do Código Tributário Nacional - CTN, quando diz que "somente a lei pode estabelecer (I) a instituição de tributos, ou a sua extinção; (II) a majoração de tributos, ou sua redução, [...]".

Sendo assim, a instituição ou extinção, a majoração ou minoração da incidência de tributo somente pode ser realizada por Lei, e não por outro veículo legislativo.

Contudo, a própria CF/88 abriu exceções ao princípio da legalidade quando informou no § 1º do art. 153 que os Impostos de Importação - II, Exportação - IE, Produtos Industrializados - IPI e Operações Financeiras - IOF poderiam ter alíquota modificada por ato do Poder Executivo (leia-se, Decreto), ou mesmo quando autorizou a instituição de Impostos através de Medida Provisória, na forma do seu art. 62, § 2º.

A mesma ressalva foi feita pelo CTN quando informou que excetua à legalidade os tributos previstos nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65, ou seja, o II, IE, Imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos (que tem alíquotas fixadas por resolução do Senado) e IOF (observando que o art. 57 do CTN foi revogado). Lembra-se ainda da ressalva feita no § 2º do mesmo art. 97 do CTN quando diz que "não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

Ora, fora das ressalvas feitas pela Constituição Federal de 1988, e pelo CTN, norma geral de Direito Tributário que foi recepcionado como Lei Complementar, e que por isso complementa a própria CF, qualquer majoração de tributo deve ser realizada por Lei, não podendo ser feita por outra espécie legislativa.

Valendo-se mais uma vez do ensinamento de Paulsen<sup>[2]</sup>, observa-se que

A legalidade tributária constitui garantia fundamental do contribuinte, sendo, portanto, cláusula pétrea, conforme destacado em nota introdutória às limitações ao poder de tributar. As atenuações à legalidade (autorização para que o Executivo altere as alíquotas) são apenas as

expressas no art. 153, § 1º da CF. A referência em tal dispositivo, ao II, IE, IPI e IOF é taxativa, não admitindo ampliação sequer por Emenda Constitucional.

O primado da legalidade em matéria tributária não é despropositado. O próprio art. 3º do CTN informa que todo tributo deve ser instituído por Lei, e quando ele disciplina isso está mencionando Lei stricto sensu, e não legislação de uma forma geral. Tem-se que lembrar também que a Lei é o veículo legislativo que conta com a participação dos representantes do povo, pois como estabelece a própria CF/88 no parágrafo único do art. 1º, "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Sendo assim, quando uma Lei é publicada instituindo ou majorando um tributo, passando pelo processo legislativo previsto na CF, é sinal que o próprio povo autorizou a exação.

A tributação é uma forma de expropriação do particular, pois o mesmo contribui com parte do seu patrimônio para a formação do fundo público a fim de que o Estado exerça as suas atividades fins. Contudo, a propriedade privada é uma garantia fundamental prevista no inciso XXII do art. 5º da CF, e por isso, somente com a autorização do povo, ainda que exercida através dos seus representantes, é que o Estado poderá tributar (expropriar) para a formação do fundo público.

Outrossim, tem-se que frisar que o Decreto tem papel muito importante na legislação tributária, visando regulamentar as Leis e matéria tributária, e o art. 99 do CTN "o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei".

A jurisprudência pátria é pacífica no entendimento de que as contribuições especiais devem se submeter ao Princípio da Legalidade Tributária. Ora, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em questão versando sobre a anuidade de Conselho de Corretores, decidiu que

Até a competência de 2003, tendo as contribuições sido fixadas por Resolução, não atendiam à legalidade tributária, sendo indevidas. Após o advento da Lei nº 10.795/03, há suporte válido para a cobrança. (TRF4, 2ª T.,

AC. 2006.72.01.001008-4/SC, Juiz Fed. Leandro Paulsen, dez./06).

Ainda, versando também sobre anuidade de Conselho Profissional, a 2ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu que

O STJ pacificou o entendimento de que as anuidade de Conselhos Profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixado nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal (STJ, 2ª T. REsp 362.278/RS, Min. João Otávio de Noronha, mar/2006).

Com efeito, apesar de serem julgados que se referem a contribuição corporativa, têm serventia para exemplificar as contribuições sociais, pois todas e encaixam na definição das Contribuições Especiais insculpida no art. 149 da CF, e por isso transparece que as Contribuições Sociais devem se submeter à legalidade tributária.

Observa-se que tanto a Lei nº 9.718/1998, quanto a Lei nº 10.865/2004, criaram um subterfújo para autorizar a majoração de alíquotas do PIS e da COFINS através de Decreto. Ou seja, a própria Lei instituiu autorização para que o Decreto modifique as alíquotas, inclusive majorando as mesmas. Deveras, os próprios dispositivos contidos no art. 23, § 5º da Lei nº 10.865/2004, bem como o art. 5º, § 8º da Lei nº 9.718/1998, são inconstitucionais, pois não encontram autorização dentro da Carta Magna para que sejam majoradas tais Contribuições Sociais através de Decreto. Ademais, apesar de não declarar a inconstitucionalidade de decreto, mas sua ilegalidade, de corolário lógico, se os dispositivos legais que os embasam são inconstitucionais, o Decreto nº 9.101, publicado no dia 21.07.2017, padece também de vício de inconstitucionalidade na própria essência, devendo ser afastada a cobrança das Contribuições em questão.

Pois bem, a Constituição Federal não excetuou as Contribuições Sociais de cumprir o princípio da Legalidade, não podendo assim o legislador infraconstitucional criar uma autorização legal para que o Decreto majore as alíquotas do PIS e COFINS, em fraco confronto com dos dispositivos da CF/88.

Há ainda que observar, que o Decreto nº 9.101/2017 estabeleceu no seu art. 3º que entrou em vigor na data da sua publicação. Contudo, lembra-se que as Contribuições Sociais devem observar o princípio da anterioridade nonagesimal, somente podendo haver a cobrança depois de transcorridos 90 (noventa) dias da publicação da Lei (e não decreto) que as instituiu ou aumentou. Nesse sentido, é claro o § 6º do art. 195 da CF/88 quando diz que "as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b"."

Ao comentar o § 6º do art. 195 da CF/88, Paulsen<sup>[3]</sup> informa que

A anterioridade prevista neste parágrafo, especificamente para as contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, tem sido chamada pela doutrina e pela jurisprudência de anterioridade nonagesimal, especial ou mitigada (foi chamada de anterioridade mitigada pelo Min. Ilmar Galvão no RE 183.119-SC, Rel. o Min. Ilmar Galvão, nov/96). Trata-se de norma especial aplicável às contribuições de seguridade social e que consiste na exigência de um interstício de noventa dias entre a publicação da lei e a sua incidência de modo a gerar obrigações tributárias válidas. A aplicação da anterioridade nonagesimal como regra especial, afasta a aplicação da anterioridade de exercício. Ou seja, para as contribuições de seguridade social, a anterioridade nonagesimal do art. 195, § 6º, é a única norma aplicável a título de anterioridade. Assim, basta observância do decurso de noventa dias, independentemente da virada de ano, para que se possa ter a incidência válida da nova contribuição de seguridade social.

Tratando-se do princípio em tela aplicado às Contribuições Sociais, em especial PIS e COFINS, o STF, através de decisão de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, assim decidiu

O prazo nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição. [...] Constitucionalidade da exigência do PIS, com as alterações introduzidas pela Lei 9.715/1998, para fatos geradores ocorridos a partir da contagem do prazo nonagesimal da MP 1.212/95. (STF, 1ª T., RE 400287 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, mai/07).

Mais uma vez, utiliza-se do ensinamento de Leandro Paulsen<sup>[4]</sup> para esclarecer sobre a questão da exigência das Contribuições Sociais

A previsão de que só poderão ser 'exigidas' após noventa dias não deve ser interpretada como relativa ao mero ato de cobrança do que já incidiu. Com a anterioridade especial, garante-se que a lei que institui ou modifica uma contribuição social não incidirá senão sobre fatos geradores ocorridos a partir de 90 dias da edição da lei.

Ora, no dia seguinte ao da publicação do Decreto já se observou o efeito do aumento do PIS e da COFINS nas bombas de combustível, contudo a cobrança do tributo majorado só poderia ocorrer após decorridos 90 (noventa) dias da publicação do referido Decreto, conforme bem demonstrado acima.

Resta então evidente que os dispositivos das Lei nº 10.865/2004 e 9.718/1998, que permitem a majoração de alíquotas do PIS e da COFINS através de Decreto, ferem os princípios constitucionais de Direito Tributário, estando maculada de vícios que induzem a inconstitucionalidade, merecendo serem afastados para não acarretar tributação indevida e sangria no patrimônio do sujeito passivo da obrigação tributária, bem como daqueles a que se repassam tais exações, pagando indiretamente o tributo.

#### NOTAS:

[1] Paulsen, Leandro. Direito tributário : Constituição e Código Tributário à Luz da doutrina e da jurisprudência / Leandro Paulsen. 17. ed. - Porto Alegre : Livraria do Advogado; 2015, p. 158.

[2] Op. cit., p. 158.

[3] Ob. cit. 574

[4] Op. cit. 574

## O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A INFLUENCIA DO COMMON LAW

**RODRIGO AUGUSTO PINTO MACIEL:**  
Bacharel em Direito, Pós Graduação em Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Maranhão.

**RESUMO:** O Brasil, país influenciado tradicionalmente pelo *civil law* e pelo positivismo, sempre teve na lei escrita a principal fonte do direito. Ainda assim o é, vide texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, que dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” [1] Ocorre que, incluído no contexto de aproximação entre os sistemas jurídicos, é possível observar na evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro uma clara e gradual aproximação ao *common law*. Analisa-se, aqui, a incorporação de determinados institutos que aproximam o direito brasileiro do sistema anglo-saxão, contribuindo para o fortalecimento de valores como a segurança jurídica, a igualdade e a celeridade processual. Abordaremos as principais alterações no ordenamento jurídico que evidenciam a influência histórica que o Brasil sofreu do *common law* e que vem acarretando na valorização do precedente como fonte do direito, seja através de previsões constitucionais, alterações legislativas ou entendimentos jurisprudenciais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento; 2.1 A eficácia erga omnes do controle concentrado de constitucionalidade; 2.2 A Súmula Vinculante; 2.3 A Força Expansiva; 2.4 A Repercussão Geral. 3. Conclusão. 4. Referências.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O Brasil se enquadra nos países influenciados pela tradição romano-germânica, tendo o modelo do *civil law* como base estruturante do seu sistema jurídico. O ordenamento jurídico brasileiro, assim, sempre teve sua base estabelecida sobre a lei, em sentido amplo, sendo esta a mais importante fonte do direito.



Trata-se de legado do positivismo, que pode ser entendido como o conjunto de normas estabelecidas pelo poder público que são impostas com o fim de regular a vida social de determinado povo em determinado momento histórico.<sup>[2]</sup> O estabelecimento de normas pelo poder público pressupõe um processo legislativo, que é característica do modelo romano-germânico.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Historicamente, a jurisprudência no Brasil, assim como nas demais nações adotantes do sistema do *civil law*, não possuía grande relevância, funcionando apenas como ferramenta da doutrina e de persuasão, de valor moral.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 expressamente revela a origem romano-germânica do sistema jurídico pátrio, fortemente influenciado pelo positivismo. Em evidente incorporação do preceito básico do modelo *civil law*, que tem a lei como fonte primária do direito, dispõe o artigo 5º, inciso II, CF, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>[3]</sup>.

Ocorre que o direito brasileiro, inserido no contexto mundial de intercâmbio cultural e de globalização, sofreu impacto do já mencionado movimento de aproximação entre os modelos do *common law* e do *civil law*. Isto é, a realidade brasileira não esteve alheia à tendência de alterações e adaptações dos sistemas jurídicos, de modo que se observa, em análise histórica, um processo de flexibilização da rigidez positivista típica do *civil law* em favor de uma maior autonomia do Poder Judiciário na interpretação das leis e valorização dos precedentes judiciais como fonte do direito.

Esse cenário de aproximação entre os dois sistemas torna-se mais evidente com fenômeno da constitucionalização do Direito, oriundo do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito. Assim, o *civil law*, embora ainda permaneça tendo na lei escrita a sua principal fonte, sofre modificações visando à se adequar às novas realidades e necessidades.

O neoconstitucionalismo traz consigo a ideia da força normativa da constituição, por ser o fundamento e limite de todo o ordenamento jurídico. Rompe-se a ideia tradicional do *civil law* ao se estabelecer a supremacia da

constituição sobre a lei. O magistrado, com o neoconstitucionalismo, assume importante função, uma vez que, para interpretar e aplicar os preceitos constitucionais, passa a ter maior autonomia. A lei deixa de ser considerada isoladamente, devendo perseguir os direitos e garantias fundamentais presentes na constituição, de onde retira a sua validade.

Passa-se, agora, a análise de exemplos específicos que demonstram a paulatina aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao *common law*, onde fenômeno de valorização do precedente no direito brasileiro decorre não só de alterações legislativas, mas também em função da atuação dos Tribunais, que passam a incorporar influências do sistema anglo-saxônico.

### **2.1. A eficácia erga omnes do controle concentrado de constitucionalidade**

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro, com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, deu importante passo em direção a um diálogo mais efetivo com o sistema do *common law*. Através de referida emenda, incorpora-se ao controle concentrado de constitucionalidade do direito nacional o instituto da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC e o seu efeito vinculante.

No texto originalmente promulgado da Carta Magna de 1988, apesar da previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn, não havia base constitucional para o efeito vinculante. A EC 3/93, que inseriu a Ação Declaratória de Constitucionalidade e atribuiu-lhe efeito vinculante, não previu relativamente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade tal efeito. Somente com a Reforma do Judiciário, em 2004, através da Emenda Constitucional de nº 45, houve previsão no texto da Constituição do efeito vinculante da ADIn.

Ressalte-se, todavia, que, apesar de a previsão constitucional de eficácia vinculante para decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade somente ter se dado com a EC 45/04, já era esse o entendimento predominante desde o implemento do controle de constitucionalidade concentrado, por ação direta, no ordenamento jurídico brasileiro, com a Emenda Constitucional 16/1965.

Posteriormente, houve, ainda, previsão expressa em lei ordinária nesse sentido. É o que dispõe a Lei nº 9.868 de 1999, no parágrafo único do artigo 28:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.<sup>[4]</sup>

Igualmente nesse sentido é a previsão do §3º do artigo 10 da Lei 9.882/99, que regula a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, atribuindo-lhe efeito vinculante.

Percebe-se que, embora a previsão de efeito vinculante e erga omnes relativamente à ADC tenha ocorrido com a EC 3/93 e em relação à ADIn com a Lei 9.868/99 e, constitucionalmente, com a EC 45/04, há muito tempo nesse sentido já era o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

A atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade representa a clara influencia do sistema do *common law* no direito brasileiro, sobretudo no regime jurídico da Constituição atual, em que há evidente valorização e ampliação do controle concentrado de constitucionalidade. Isto é, há a valorização do precedente, sobretudo pela obrigatoriedade da sua aplicação, o que se assemelha ao já abordado *stare decisis*, bem como a o fortalecimento da jurisprudência como fonte do Direito.

## II.2. A Súmula Vinculante

O instituto da súmula vinculante foi introduzido no Direito brasileiro no ano de 2004, através da Emenda Constitucional nº 45/04 – também denominada Reforma do Judiciário. Tal se deu em virtude da busca por um instrumento processual capaz de proporcionar celeridade ao Poder Judiciário, uma vez que questões da mesma natureza eram repetidamente analisadas e decididas da mesma forma, demandando tempo e esforço e desnecessários.

Referida Emenda Constitucional introduziu o artigo 103-A no texto da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [5]

Não há, assim, que se confundir as já existentes súmulas jurisprudenciais com as súmulas vinculantes, previstas posteriormente através da EC 45/04. Aquelas apenas enunciam a jurisprudência consolidada e predominantes de determinado Tribunal, inexistindo eficácia subordinante e força

vinculatória. Não possuem densidade normativa, distinguindo-se do *stare decisis*. São, assim, apenas o resultado de pronunciamentos judiciais reiterados acerca do modo de aplicabilidade, sentido e alcance das normas jurídicas.

Diferentemente das referidas súmulas jurisprudências, que não obrigam o julgador, o próprio nome das súmulas vinculantes já evidencia que estas são de observância obrigatória. Vinculam todos juízes e tribunais, além da própria Administração Pública, direta e indireta, em todos os níveis da federação. Caso o preceito venha a ser desrespeitado, dispõe o §3º do artigo 103-A, da Constituição Federal, que o instrumento cabível é a Reclamação Constitucional, endereçada ao próprio Supremo Tribunal Federal – órgão competente tanto para a edição de súmulas vinculantes, bem como para o julgamento da sua violação.

Pelo fato de obrigar tanto o Poder Judiciário quanto o Executivo de todos os entes da federação, a edição de súmula vinculante deve se dar de maneira cautelosa. Neste sentido é que o constituinte derivado estabeleceu, no artigo supratranscrito, requisitos para a elaboração da súmula pelo STF. São eles: a) existência de reiteradas decisões, b) que tais decisões versem sobre matéria constitucional, c) que a aprovação do verbete se dê pelo quórum de 2/3 (dois terços) dos membros da Corte Suprema.

Presente referidos requisitos, o STF pode, seja de ofício ou por provocação, aprovar a Súmula Vinculante, que terá eficácia imediata, a partir da publicação. Vale ressaltar, ainda, que é facultado ao Supremo, em virtude de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, restringir o efeito vinculante ou determinar que só tenha eficácia a partir de outro momento.

### **II.3 A Força Expansiva**

Relativamente ao tema da força expansiva das decisões judiciais, bastante esclarecedor é o voto do Ministro Teori Zavascki proferido na Reclamação 4335/AC, em que se discutiu, no STF, o sentido e alcance que se deve conferir, atualmente, ao dispositivo do art. 52, X da Constituição – dispositivo este que arrola entre as competências privativas do Senado Federal a de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” [6]

Para o objetivo do presente trabalho não é interessante a discussão a fundo quanto o real sentido do artigo 52, X, CF. Esclarecedor, por sua vez, é o voto do Ministro Teori Zavascki proferido no julgamento em questão, que será aqui analisado.

Embora referido Ministro tenha negando a eficácia erga omnes e vinculante da decisão incidental de inconstitucionalidade, reconhece a força expansiva do precedente judicial, não só nessa situação específica, mas em variadas hipóteses presentes no sistema jurídico nacional. Neste sentido, trouxe importantes esclarecimentos acerca da valorização do precedente no direito brasileiro.

Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da civil law, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do stare decisis, própria do sistema da common law. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (civil law e common law) e? fenômeno em vias de franca generalização. [7]

Ilustrando o diálogo do ordenamento jurídico com o sistema do common, em que há a valorização do precedentes e da jurisprudência como fonte do direito, o Ministro Teori Zavascki cita inúmeros exemplos na legislação pátria. Em 1963 houve a instituição da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, através de previsão legal no regimento interno do STF. Trata-se de instrumento de imensa relevância prática, garantidor da força

persuasiva dos precedentes da Corte, apesar de inexistente, conforme já abordado, efeito vinculante. Transcreve-se a sua redação atual:

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será? compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1o A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

§ 2o Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

§ 3o Os adendos e emendas a Sumula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça.

§ 4o A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido. [\[8\]](#)

Assim, em que pese não existir efeito vinculante em determinados precedentes, como é o caso da súmula jurisprudencial, a atribuição de força expansiva constitui evidente aproximação do direito pátrio a institutos no *common law*, que vê nas decisões dos Tribunais importante fonte jurídica, conforme ressaltou o Eminentíssimo Ministro.

#### **II.4. A Repercussão Geral**

A Reforma do Judiciário, através Emenda Constitucional 45/2004, previu um novo parágrafo ao artigo 102 da CF, que impôs mais um pressuposto de admissibilidade aos recursos extraordinários: a Repercussão Geral. Dispõe o §3º, do artigo 102, da CF:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões

constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.[\[9\]](#)

Institui-se, assim, um mecanismo a fim de que o STF, em sede de recurso extraordinário, julgue apenas causas de extrema relevância ou significativa transcendência, evitando o crescimento do já exorbitante número de recursos interpostos na Corte Constitucional. Funciona a repercussão geral como instrumento da celeridade processual, pois consiste em *“filtro de diminuição da quantidade de demandas em curso no STF e, de forma reflexa, nos demais tribunais nacionais”*.[\[10\]](#)

Por sua vez, a aplicabilidade da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade de recurso extraordinário só se deu dois anos mais tarde, com a edição da lei 11.418/2006, que regulou a matéria através da inclusão dos artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil de 1973. Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a repercussão geral é regulada pelo artigo 1.035 do novo código.

Vê-se, assim, que a definição da repercussão geral, que se trata de conceito jurídico indeterminado, ficou a cargo do legislador ordinário, infraconstitucional, que o fez de maneira similar no CPC/1973 e no novo código, o CPC/2015, no parágrafos primeiros dos artigo 543-A e 1035, respectivamente. Seguem as redações:

Art. 543-A. § 1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.[\[11\]](#)

Art. 1035. § 1º § 1o Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.[\[12\]](#)



Pelo tratamento da matéria deferido pelo Código de Processo Civil, infere-se que restará presente a repercussão geral, a qual viabilizará o conhecimento do recurso extraordinário, quando houver conjugação da relevância e transcendência da matéria. Isto é, verificada a presença do binômio relevância + transcendência, estará caracterizada a repercussão geral, preservando-se, assim, a unidade do Direito no Brasil quanto a matérias de ordem constitucional.[\[13\]](#)

A necessidade de demonstração da transcendência, isto é, a prova de que a matéria discutida ultrapassa o interesse subjetivo da causa, representa o caráter objetivo do julgamento do recurso extraordinário, que, apesar de via de regra não ter efeito vinculante e *erga omnes*, forma um precedente com dimensão objetiva. É exatamente no elemento da transcendência, segundo o Ministro Teori Zavascki, que se situa o efeito expansivo das decisões em matérias de repercussão geral, para os demais recursos interpostos.[\[14\]](#)

### CONCLUSÃO

Tais novidades legislativas representam, assim, evidente aproximação entre os sistemas do *civil law*, originalmente adotado pelo Brasil, e do *common law*, cujos institutos influenciam crescentemente o direito brasileiro.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO. José Henrique Mouta. **A repercussão geral e o novo papel do STF**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n.50, maio. 2007, p. 61.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Moura. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edosn Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 86.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Moraes. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial, Brasília, DF, 09 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: . Acesso em: 15 de março de 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acessado em 25 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 4335/AC**, p. 3. Publicado no DJ de 20 de março de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4335tz.pdf> . Acessado em 22 de fevereiro de 2017,

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDEIRO; Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

NOTAS:

[1] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial, Brasília, DF, 09 de setembro de 1942.

[2] BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Moura. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edosn Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 86.

[3] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2014.

[4] BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acessado em 25 de maio de 2017.

[5] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2014.

[6] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2014.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 4335/AC**, p. 3. Publicado no DJ de 20 de março de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc14335tz.pdf>. Acessado em 22 de fevereiro de 2017,

[8] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

[9] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

[10] ARAÚJO. José Henrique Mouta. **A repercussão geral e o novo papel do STF**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n.50, maio. 2007, p. 61.

[11] BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

[12] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: . Acesso em: 15 de março de 2017.

[13] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDEIRO; Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 4335/AC**, p. 5. Publicado no DJ de 20 de março de 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4335tz.pdf>. Acessado em 22 de fevereiro de 2017.

## O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DIANTE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

**ANA LUISA IMOLENI MIOLA:** graduada em Direito, pela Universidade Estadual de Maringá-UEM, aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende versar a respeito de como vem sendo a atuação do Poder Judiciário para garantir que o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado seja assegurado no meio societário. A referida garantia se encontra disposta – de uma forma mais ampla - na redação do artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, bem como em inúmeras convenções internacionais ratificadas aqui no Brasil e na própria Consolidação das Leis Trabalhistas em seu capítulo V, do Título II, artigos 154 a 201. Busca-se também com o presente estudo, apresentar quais são as normas regulamentadoras relativas à segurança e medicina do trabalho – de maior relevância – que devem ser respeitadas pelas empresas para a garantia de um meio ambiente do trabalho equilibrado, e, em caso de descumprimento destas, quais são as sanções que podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista a legitimidade conferida a este por meio da Emenda Constitucional 45/04. Logo, desenvolver-se-á o presente artigo, de modo que inicialmente se demonstre a construção histórica da pessoa humana envolto de direitos fundamentais constitucionalmente previstos dentre eles o meio ambiente do trabalho equilibrado. Na sequência, tem-se a atuação do Poder Judiciário frente a tutela do direito ao meio ambiente do trabalho, ressaltando, inclusive, a sua importância e o dever de atuação na garantia do referido direito.

**Palavras-chaves:** Meio Ambiente do Trabalho. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Atuação Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** This paper has the aim to show the role of the judiciary in the guarantee of the fundamental right to the balanced work environment . Such guarantee is arranged - a more broadly - in the wording of Article 225 of the Brazilian Federal Constitution and in numerous international conventions ratified in Brazil and even in the Consolidation of Labor Laws in Chapter V of Title II, articles 154 to 201. The aim with this study is also to present what are the regulatory standards for safety and occupational medicine -the most important ones - that must be respected by the companies to guarantee an environment of balanced work, and, in case of default of these, what are the sanctions that can be applied by the judiciary, Soon, in this article, will be demonstrated the historical construction of the human person wrapped constitutionally fundamental

rights provided among them environment through the balanced work. As a result, there is the role of the Judiciary Power forward the protection of the right to the working environment, showing, also its importance and the duty of acting in ensuring that right.

**Keywords:** environment, fundamental-work, federal constitution, Judiciary role.

**Sumário:** 1. Introdução; 2 Dos Direitos Fundamentais; 2.1 Síntese Histórica; 2.2 Do meio ambiente do trabalho enquanto direito fundamental; 3. A atuação do judiciário como garantidor ao meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado; 3.1 das normas regulamentadoras; 3.2 Do elastecimento da competência da justiça do trabalho – emenda constitucional 45/04; 3.3 Das sanções dispostas na nr-28 e sua eficácia diante da atuação do poder judiciário; 4. Conclusão; 5. Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito de pesquisa ressaltar a importância da atuação do Poder Judiciário quando se busca a garantia aos trabalhadores ao direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

Desde os primórdios, os direitos fundamentais foram tratados diretamente como direitos individuais, erradicando o conceito de direito coletivo, fato este que, inquestionavelmente, protelou o desenvolvimento dos direitos sociais.

Com o decorrer dos séculos, a ideia de direito fundamental foi gradualmente arquitetada na sociedade, fazendo com que após muitos anos, fossem previstas pelas legislações e dogmatizadas pela sociedade como um todo, iniciando, assim, processo de evolução na busca pelas garantias e direitos.

Atualmente, os direitos fundamentais estão dispostos na Constituição Federal, ficando a cargo e competência do Estado brasileiro atuar de forma incisiva e direta para que os referidos direitos sejam indistintamente garantidos.

De acordo com as inúmeras convenções internacionais ratificadas no Brasil, a própria CLT em seu Capítulo V, do Título II, artigos 154 a 201, e as proteções específicas previstas no artigo sétimo da Constituição Federal, além da previsão de proteção ao meio ambiente em geral no artigo 225 também disposto em nossa Carta Magna, tem-se a instituição do meio ambiente do trabalho equilibrado como um direito fundamental, determinando o dever tanto do Estado, quanto de toda a população de preservá-lo e defendê-lo.

Dessa forma, faz-se do Poder Judiciário o órgão atuante na busca da referida garantia, podendo aplicar sanções em caso de descumprimento da lei, tendo em vista o elastecimento da competência deste por meio da promulgação da Emenda Constitucional 45/04.

Portanto, o estudo abordará a atuação do Poder Judiciário de forma contributiva na busca por meio ambiente do trabalho equilibrado.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 SÍNTESE HISTÓRICA

Os direitos fundamentais inicialmente foram tratados como direitos individuais, que por sua vez, não eram concedidos a coletividade. Apenas após longo período é que os referidos direitos começaram a ter a correta expressão de força e relevância perante a sociedade.<sup>[1]</sup>

Durante todo o século XIX e até o início do século XX, não se tinha garantia constitucional dos direitos fundamentais. Contudo, em meados do século XX os direitos fundamentais começaram a ter por objetivo a luta pelos direitos coletivos e não mais somente individuais.<sup>[2]</sup>

Dessa forma, com a emergência dos citados direitos, aos poucos estes começaram a ser positivados na legislação, até o momento em que foram instituídos na Constituição Federal de 1988, quando foram subdivididos em 5 capítulos, sendo eles: os direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade, direitos políticos; partidos políticos.<sup>[3]</sup>

Observa-se que, os direitos individuais e coletivos são os direitos diretamente ligados aos seres humanos, sendo assim, do mesmo modo, os que vêm em sequência a estes também se enquadram como sendo individuais e coletivos, visto que são de um e de todos ao mesmo tempo.<sup>[4]</sup>

Neste exato sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra, subdivide os direitos fundamentais como sendo de três gerações:

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade.<sup>[5]</sup>

Quando se aborda a pessoa humana construída ao longo da história, não é possível desprezar a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Americana, que embora tivessem fundamentos diversos, contribuíram para a formação humana.

Enquanto os franceses traziam ideais de liberdade, os americanos pregavam a possibilidade de uma liberdade previamente acordada e concretizada com a participação popular nos poderes públicos. Os direitos fundamentais eram aos poucos concretizados, a custos de muita luta, seja com um pacto totalmente abstrato (francês), ou real e bem próximo (americano).<sup>[6]</sup>

Destarte, observa-se que os direitos fundamentais tiveram reflexo dos ideais de liberdade abstratos da Revolução Francesa, bem como a realidade pactuada dos americanos que viam na obrigação mútua uma forma de concretização de direitos.

## 2.2 DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Em meados do ano de 1972, mais precisamente nos dias 5 a 16 de junho, na capital Sueca – Estocolmo – a Organização das Nações Unidas (ONU), juntamente com a comunidade científica e os Estados, promoveram a primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente.<sup>[7]</sup>



A referida conferência foi basicamente a primeira grande reunião organizada para concentrar as questões ambientais e a primeira atitude mundial a tentar preservar o meio ambiente.

De acordo com a Lei 6.938 de 31 de Agosto de 1981, tem-se a conceituação de meio ambiente, especificamente, no Art. 3º, como sendo: *o conjunto de condições, leis, influências, e interações e ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.*<sup>[8]</sup>

Neste ínterim, corrobora José Afonso da Silva:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.<sup>[9]</sup>

Merece registro também, a conceituação de Paulo de Bessa Antunes, a respeito do meio ambiente

O conceito de meio ambiente está fundado em uma realidade que, necessariamente, considera o ser humano como parte integrante de um contexto mais amplo. Meio ambiente é uma designação que compreende o ser humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação econômica dos bens naturais que, por submetidos à influência humana se constituem em recursos ambientais.<sup>[10]</sup>

Entende-se que o ponto inicial aos estudos e relevância do direito fundamental ao meio ambiente, se deu naquele ano – 1972 – por meio da referida Conferência de Estocolmo, eis que ficou enraizada a ideia de que o homem tem

direito a viver e manter suas relações sociais em um meio ambiente equilibrado, e do mesmo modo, a obrigação de protegê-lo e melhora-lo pra sua geração e para as futuras.[\[11\]](#)

Logo, o meio ambiente, por ser considerado bem jurídico de suma importância para a coletividade foi consignado na constituição Pátria, restando demonstrado a real relevância de tal direito fundamental.

O referido direito encontra-se disposto no artigo 225 da Constituição Federal, que atribui – de forma ampla – o meio ambiente equilibrado como direito de um de e todos ao mesmo tempo, porém devendo ser ressaltado que mesmo sendo propriedade de todos os cidadãos, não se pode abrir mão de parcela nenhuma deste, pois é bem inalienável.

A respeito da constitucionalização do meio ambiente, ensina Antônio Herman Benjamin:

Firma-se uma nova postura (=nova ética), através da qual a fria avaliação econômica dos recursos ambientais perde a sua primazia exclusivista e individualista, uma vez que precisa ser, sempre, contrabalanceada com a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas, os efeitos a longo prazo da exploração. Muitos países, entre eles o Brasil, já ambientalizaram suas constituições. A nossa constituição, em matéria de meio ambiente, situa-se em posição pioneira, dotada que está em um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo.[\[12\]](#)

Entretanto, pode-se afirmar que o art. 225 da Constituição de 1988 não limita em absoluto, a tutela do meio ambiente a apenas um de seus aspectos, mas sim, a todos eles, inclusive ao meio ambiente do trabalho, eis que tem como objetivo tutelar a dignidade e o bem-estar para a sadia qualidade de vida de todos. Assim, ao dispor que para alcançar uma salutar qualidade de vida o homem necessita viver em ambiente ecologicamente equilibrado, incluindo, dessa forma, o meio ambiente do trabalho, tendo em vista o fato de que é no habitat laboral

em que o homem, na maioria das vezes, passa a maior parte de sua vida produtiva.[\[13\]](#)

Nesse viés, corrobora os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira[\[14\]](#):

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida, sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI).

A Constituição Federal no que tange aos direitos fundamentais dogmatizados tem aplicação imediata, ou seja, leis infraconstitucionais vigentes anteriormente a promulgação do novo texto constitucional que contenham norma que afronte ou que respalde atitudes que vão de encontro com os novos dogmas, não são recepcionadas e não terão aplicabilidade e validade.[\[15\]](#)

O direito a um meio ambiente equilibrado, e então inserido o meio ambiente do trabalho, está diretamente ligado ao direito à vida, conforme consolidado na Constituição Federal.

Segue o escólio de Cristiane Derani[\[16\]](#):

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam, constitucionalmente protegidos. Este bem não pode ser desmembrado em parcelas individuais. Seu desfrute é necessariamente comunitário e reverte ao bem-estar individual. Já se disse que o meio ambiente, enquanto bem jurídico, apresenta-se como uma garantia das condições básicas necessárias para a manutenção da vida em geral e da humana em particular.

Destaca-se da garantia fundamental à vida exposta nos primórdios da construção de direitos fundamentais, porque não é simples garantia à vida, mas este direito fundamental é uma conquista prática pela conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se de sua deterioração e construir sua melhoria integral das condições de vida da sociedade.

Atualmente, entende-se que o meio ambiente do trabalho como “macrobem” que protege a vida em todas as suas formas garante a todos o direito a viver em um ambiente que não ofereça risco a saúde e a vida, fato este que o destaca como direito fundamental.<sup>[17]</sup>

Nesse viés, não se pode questionar que a fundamentalidade de um direito encontra suporte no poder constituinte, poder este que advém da própria soberania popular nos Estados democráticos de direito.

Logo, positivado como tal na Constituição Brasileira ou decorrendo de princípios nela insculpidos, a esse direito é impingida a nota de fundamentalidade.

Portanto, torna-se inafastável o entendimento de que o direito ao meio ambiente equilibrado é, sim, direito fundamental, materialmente considerado, uma vez que está inexoravelmente ligado ao direito à vida.

### **3. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SADIO E EQUILIBRADO**

#### **3.1 DAS NORMAS REGULAMENTADORAS**

O legislador objetivando assegurar o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado a todos os trabalhadores regulamentou normas que devem ser seguidas e aplicadas pela coletividade de empregadores.

Na legislação federal, o regramento positivo está disciplinado no Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 154 a 201, que dispõem sobre a Segurança e Medicina do Trabalho. As referidas normas detêm

natureza eminentemente preventiva, ou seja, buscam prevenir eventuais problemas que podem vir a ocorrer no meio ambiente laboral.[\[18\]](#)

Outras regulamentações que possuem extrema relevância são as Portarias Administrativas, sendo elas: Portaria 3.214/78, Portaria 3.3393/87 e Portaria 3.067/88, sendo a de maior relevância a Portaria de n 3.214/78, promulgada em 08 de junho de 1978 pelo Ministério do Trabalho, que aprova as Normas Regulamentadoras como consequência das políticas voltadas para a área do trabalho.[\[19\]](#)

As Normas Regulamentadoras são de observância obrigatória pelas empresas, devendo estas constituir o Serviço especializado em Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT). [\[20\]](#)

Atualmente, em vigor, totaliza o numerário de 35 Normas Regulamentadoras, que necessariamente devem ser seguidas e instituídas pelas empresas, sendo elas:

- NR-1 (Disposições Gerais)
- NR-2 (Inspeção Prévia)
- NR-3 (Embargos ou Interdição)
- NR-4 (Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT)
- NR-5 (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA)
- NR-6 (Equipamento de Proteção Individual – EPI)
- NR-7 (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO)
- NR-8 (Edificações)
- NR-9 (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA)
- NR-10 (Instalações e Serviços de Eletricidade)
- NR-11 (Transporte, Movimentações, Armazenagem e Manuseio de Materiais)
- NR-12 (Máquinas e Equipamentos)
- NR-13 (Caldeiras e Vasos de Pressão)
- NR-14 (Fornos)
- NR-15 (Atividades e Operações Insalubres)
- NR-16 (Atividades e Operações Perigosas)

- NR-17 (Ergonomia)
- NR-18 (Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria de Construção)
- NR- 19 (Explosivos)
- NR- 20 (Líquidos Combustíveis e Inflamáveis)
- NR- 21 (Trabalho a Céu Aberto)
- NR-22 (Trabalhos Subterrâneos)
- NR- 23 (Proteção contra incêndios)
- NR-24 (Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho)
- NR-25 (Resíduos industriais)
- NR-26 (Sinalização de Segurança)
- NR-27 (Registro Profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no Ministério do Trabalho e Previdência Social)
- NR – 28 (Fiscalização e Penalidades)
- NR-29 (Segurança e Saúde no Trabalho Portuário)
- NR 30 (Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário)
- NR 31 (Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura)
- NR 32 (Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde)
- NR 33 (Segurança e Saúde no Trabalho em Espaços Confinados)
- NR 34 (Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção e Reparação Naval)
- NR 35 (Trabalho em Altura)

Destarte, das 35 Normas Regulamentadoras vigentes, interessa destacar as Normas Regulamentadoras de número 6 e 9, eis que disciplinam respectivamente sobre Equipamentos Individuais de Proteção (EPI'S), e do Plano de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA).

Tanto a NR-6, quanto a NR-9 são fartas de imposições, na maioria delas direcionadas aos empregadores, que visam garantir meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio aos trabalhadores de uma forma geral.

A Norma Regulamentadora n. 6 determina a obrigatoriedade por parte da empresa em disponibilizar, inclusive, de forma gratuita, equipamentos de proteção individual em perfeito estado de conservação, para cada trabalhador, sempre que as medidas de proteção não oferecerem completa proteção contra os riscos existentes no ambiente do trabalho.<sup>[21]</sup>

Ainda, o Enunciado 289 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, é taxativo ao dispor que:

“o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não exime o pagamento de adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”.<sup>[22]</sup>

Para refletir sobre a obrigatoriedade de fornecimento de EPI'S, segue recentíssimos julgados sobre o assunto, proferidos pelo respeitável Tribunal do Trabalho da nona região:

TRT-PR-02-06-2015 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FORNECIMENTO DE EPI. INSUFICIÊNCIA QUALITATIVA. O fornecimento de EPIs não exclui, por si só, o direito ao adicional de insalubridade. Imprescindível que os equipamentos de proteção sejam suficientes em quantidade, ou seja, que cada trabalhador receba individualmente todos os itens necessários, bem assim, que todos sejam adequados ao tipo de agente nocivo e, mais que isso, revistam-se de qualidade satisfatória, apta à efetiva neutralização da condição insalubre, circunstâncias a serem atestadas pelo profissional especializado de confiança do Juízo. No caso, constatado, pelo perito, o fornecimento de EPIs inadequado no aspecto qualitativo (luvas de raspa de couro ao invés de luvas de látex e creme para pele), correta a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade pela exposição do reclamante aos agentes químicos (graxa e óleo diesel) sem a devida

proteção. Recurso da ré ao qual se nega provimento. (TRT-PR-01171-2013-653-09-00-4-ACO-17327-2015 - 6A. TURMA Relator: SUELI GIL EL RAFIHI Publicado no DEJT em 02-06-2015).<sup>[23]</sup>

E ainda,

TRT-PR-07-07-2015 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FORNECIMENTO DE EPI, EXIGÊNCIA E FISCALIZAÇÃO DE SEU USO. INDEVIDO Em que pese o perito judicial tenha concluído que o ambiente laboral do Autor era insalubre em razão da exposição a ruído acima dos níveis de tolerância, inferiu também que o fornecimento e efetiva utilização de Equipamentos de Proteção Individual neutralizava a exposição ao agente nocivo, não sendo devido, portanto, o adicional de insalubridade. Recurso ordinário da Reclamada a que se dá provimento, no particular. (TRT-PR-42736-2013-028-09-00-4-ACO-20938-2015 - 7A. TURMA- Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES- Publicado no DEJT em 07-07-2015).<sup>[24]</sup>

Já com relação ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, disposto na Norma Regulamentadora n. 9, observa-se que este é um Programa que deve obrigatoriamente ser implementado por todas as empresas, independente do número de empregados, visto que prioriza as soluções propriamente ambientais.

Nota-se, a não implementação do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais pelo empregador, resultará na aplicação de multa, conforme disposto no artigo 630, § 6º, da CLT:

Art. 630. Nenhum agente da inspeção poderá exercer as atribuições do seu cargo sem exibir a carteira de identidade fiscal, devidamente autenticada, fornecida pela autoridade competente. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)  
[...]



§ 6º - A inobservância do disposto nos §§ 3º, 4º e 5º configurará resistência ou embaraço à fiscalização e justificará a lavratura do respectivo auto de infração, cominada a multa de valor igual a meio (1/2) salário mínimo regional até 5 (cinco) vezes esse salário, levando-se em conta, além das circunstâncias atenuantes ou agravantes, a situação econômico-financeira do infrator e os meios a seu alcance para cumprir a lei. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).<sup>[25]</sup>

Ainda, com relação à aplicação de multa, em caso de descumprimento pela não apresentação do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, segue o entendimento já pacificado nos Tribunais:

TRABALHISTA. EMPRESA DEDICADA À EXPLORAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS: LEGALIDADE. COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO (CLT, ART. 200). 1. Por imposição legal (art. 200 da CLT), o Ministério do Trabalho tem o dever de regulamentar a segurança e proteção dos trabalhadores cuja atividade se relaciona com "depósitos, armazenagem e manuseio de combustíveis, inflamáveis e explosivos, bem como trânsito e permanência nas respectivas". 2. O Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (Norma Regulamentadora n.º 09, instituída pela Portaria/MTE n.º 3.214/78) consiste em uma maneira de o Ministério do Trabalho exercer a sua competência na preservação da saúde dos trabalhadores, prevista no art. 200 da CLT. 3. O descumprimento da apresentação do Programa de Prevenção pela empregadora, autoriza a aplicação da multa do art. 630, § 6º, da CLT. 4. Apelação não provida. (TRF-1 - AMS: 60625 DF 2000.01.00.060625-7, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Data de

Julgamento: 09/11/2009, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.218 de 13/11/2009).<sup>[26]</sup>

O PPRA possui escopo de preservar a integridade e saúde dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e controle da ocorrência de riscos ambientais no próprio ambiente de trabalho.<sup>[27]</sup>

O referido programa necessita ser muito bem estruturado e desenvolvido no momento de sua implantação na empresa, conforme destacado pelo Doutor e Magistrado, Guilherme Guimarães Feliciano, segue:

A estrutura do PPRA deve conter, no mínimo, o planejamento anual com estabelecimentos de metas, prioridades e cronogramas, a estratégia e a metodologia das ações programadas, a forma de registro, manutenção e divulgação dos dados e da periodicidade forma de avaliação do desenvolvimento do programa. Tal avaliação far-se-á, ao menos uma vez no ano (item 9.2.1.1). O desenvolvimento do PPRA coaduna-se com a sua estrutura, incluindo, necessariamente, as etapas de antecipação e reconhecimento dos riscos e da exposição dos trabalhadores, implantação de medidas de controle e a avaliação de sua eficácia, monitoramento de exposição aos riscos e registro e divulgação de dados. A primeira etapa materializa, no plano administrativo, o princípio geral da preservação, de tal modo que a identificação na fase de antecipação, do risco potencial à saúde, ou a constatação, na fase de reconhecimento, de risco evidente à saúde, é o quanto basta para que se adotem as medidas necessárias e suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos ambientais.<sup>[28]</sup>

Dentre as 35 normas em vigor, a NR-9 tem uma maior relevância quando se fala em garantia ao direito fundamental ao meio ambiente do trabalho, eis que está diretamente ligada ao disposto no artigo 225 da Constituição Federal.<sup>[29]</sup>

Nesse sentido, corrobora Sueli Padilha:

O PPRA fala em política gerencial de avaliação e controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no meio ambiente do trabalho. Possui assim a característica de prevenção, e em apenas não sendo possível a eliminação é que se admitem medidas para a redução. Admite, ainda, a interrupção das atividades pelo empregado na ocorrência de riscos ambientais nos locais de trabalho que o coloquem em situação de risco.<sup>[30]</sup>

O empregador possui o dever de implementar o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, contudo, o trabalhador também detém o dever de colaborar e participar da implantação deste no meio ambiente de trabalho, uma vez que é responsabilidade de toda a coletividade a luta pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme disposto em nosso texto Constitucional.

Portanto, conclui-se que o texto normativo, bem como as Normas Regulamentadoras, corrobora de forma positiva para a garantia de um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado para os trabalhadores de forma coletiva.

### 3.2 DO ELASTECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

Em 08 de Dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional de nº45/04.

A referida Emenda trouxe relevantes alterações ao texto Constitucional, sendo uma delas, o elastecimento da competência material da Justiça do Trabalho, positivado no artigo 114, especificamente, no inciso VII.<sup>[31]</sup>

A nova redação do artigo 114, VII, dispõe sobre a possibilidade da Justiça do Trabalho em processar e julgar ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelo Ministério do Trabalho, *in verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar.

[...]

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; [...]<sup>[32]</sup>

Nota-se, a redação do inciso VII é vista pelos doutrinadores como transformadores, mas ao mesmo tempo estabelece uma clara conexão com as relações de emprego, haja vista ser demanda que derivam do desrespeito as normas trabalhistas, seja ela legislação, ou normas regulamentadores, sob cuja ótica essencialmente será solucionada.

Com relação às alterações trazidas pela Emenda Constitucional 45/04, especificamente, artigo 114, VII, os Tribunais já pacificaram entendimento:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. VISANDO A IMPEDIR APLICAÇÃO DE PENALIDADE POR ÓRGÃO FISCALIZADOR DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A pretensão deduzida no mandado de segurança é a de impedir que as autoridades impetradas promovam qualquer medida judicial ou extrajudicial que possa importar a aplicação de penalidade por descumprimento da obrigação de contratar empregados reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, nos termos previstos no artigo 93 da [Lei nº 8.213](#), de 24 de Julho de 1991. 2. Com as alterações do [art. 114 da CF/88](#), introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, à Justiça do Trabalho foi atribuída competência para apreciar e julgar "as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho" (inciso VII), inclusive, portanto, os mandados de segurança visando a impedir que a autoridade impetrada promova a aplicação das referidas penalidades. 3. Conflito conhecido, declarando-se a competência da Justiça do Trabalho. (STJ; CC 120.890;

*Proc. 2012/0015193-7; SP; Primeira Seção; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; Julg. 13/06/2012; DJE 19/06/2012).*<sup>[33]</sup>

Por consequência, com a promulgação da Emenda Constitucional de nº45/04, não só o Ministério Público do Trabalho, mas também o Poder Judiciário passou a ter competência para atuar frente as negligências ocorridas no meio ambiente do trabalho, tendo em vista os inúmeros casos de descumprimento das Normas Regulamentadoras por parte dos empregadores.

### 3.3 DAS SANÇÕES DISPOSTAS NA NR-28 E SUA EFICÁCIA DIANTE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A Norma Regulamentadora de nº 28 dispõe a respeito das sanções/penalidades que devem ser aplicadas às empresas, em caso de descumprimento por parte destas.

Além das disposições contidas na NR-28, a fiscalização e o cumprimento sobre a segurança e saúde do trabalhador devem estar de acordo com as diretrizes dispostas nos Decretos nº 855.841, e nº 97.995, no Título VII da CLT e no parágrafo terceiro do art. 6º da Lei nº 7.855, de 24/10/89, conforme dispõe 28.1-Fiscalização, da NR-28.<sup>[34]</sup>

Em caso de descumprimento, as sanções aplicadas pelo Poder Judiciário ou Ministério Público do Trabalho se subdivide em três tipos, sendo elas: sanções de caráter orientativo, corretivo – aplicação de multas-, ou até mesmo a interrupção das atividades.

Destarte, quando a irregularidade constatada na empresa não é de risco grave, de acordo com o disposto na NR-28, o Magistrado, ou até mesmo o membro do Ministério Público do Trabalho proferirá orientações a fim de regularizar a situação da empresa.

Entretanto, na constatação de alguma irregularidade durante as fiscalizações a empresa poderá vir a sofrer notificação, determinando um prazo para a correção da irregularidade, o referido prazo pode ser de 1 (um) a 60 (sessenta) dias. Caso a empresa notificada não tenha regularizado a situação, será aplicada uma multa, de acordo com os critérios fixados na NR-28.<sup>[35]</sup>

Destaca-se, o papel do agente de inspeção do trabalho, disciplinado na NR-28, limita-se ao estrito cumprimento da lei, ou seja, o agente de inspeção do trabalho, caso constate qualquer irregularidade, possui o dever de lavrar o auto de infração. Todavia, este somente possui legitimidade para notificar, e não para aplicar sanções, como é o caso do Poder Judiciário e do Ministério Público do Trabalho.

Atualmente, mesmo diante de toda a legislação federal, bem como as normas regulamentadoras vigentes e comentadas neste artigo, a realidade é que as empresas – de uma forma geral – não cumprem com a totalidade das obrigações que lhes são impostas, infringindo o direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado.

A referida dificuldade encontrada pelas empresas, decorre do fato de que a implantação da maioria das Normas Regulamentadoras é extremamente onerosa e burocrática.

Porém, de uma forma geral, observa-se que os empregadores não se dão conta de que, o que lhes parece oneroso em um primeiro momento, pode gerar consequências ainda mais gravosas em decorrência das irregularidades cometidas.

Por exemplo, um trabalhador que não recebe o treinamento adequado para desempenhar o serviço para qual foi contratado pode ocasionar acidente de trabalho, envolvendo até mesmo outros colegas da mesma obra.

Por consequência, o simples descumprimento de uma das normas regulamentadoras, pode gerar ainda mais prejuízos aos donos de empresas, eis que serão compelidos, além de sanar as irregularidades por meio de pagamento de multas, a pagar indenizações altíssimas ao trabalhador, ou até mesmo a família do acidentado, por determinação expressa do Poder Judiciário.

Dessa forma, tem-se notado que a atuação do Poder Judiciário na aplicação das penalidades é, sem dúvida, uma forma eficaz pela busca de um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado a toda coletividade de trabalhadores, uma vez que os empresários temem tanto a aplicação das multas, interdição ou embargos das obras, e, ainda, indenizações altíssimas determinadas em sentenças trabalhistas.

Sobre a possibilidade de aplicações de sanções em casos de descumprimento das Normas Regulamentadoras, segue recente julgado:

Portanto, nota-se que as sanções/penalidades já regulamentadas, bem como a legitimidade atribuída ao Poder Judiciário – por meio da Emenda Constitucional 45/04 – para julgar infrações cometidas pelos empregadores, tornam-se instrumentos eficientes a fim de garantir o meio ambiente de trabalho equilibrado a coletividade dos trabalhadores.

#### **4. CONCLUSÃO**

O meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio está enquadrado como direito fundamental de toda a coletividade de trabalhadores. Entretanto, mesmo diante da garantia concedida pelo texto constitucional, bem como das normas regulamentadoras vigentes, este direito não vem sendo totalmente assegurado por parte dos empregadores.

Diante das alterações trazidas pela promulgação da Emenda Constitucional 45/04, o Poder Judiciário passou a desempenhar papel de extrema relevância na busca pela garantia do direito ao meio ambiente do trabalho, diante da aplicação das penalidades aos empregadores infratores.

Observa-se que, o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho, mesmo disposto na Constituição Federal, não seria passível de efetivação, caso não fosse acompanhado pelas sanções que vem sendo aplicadas pelo Poder Judiciário.

Portanto, depreende-se que de nada adianta a positivação dos direitos fundamentais na Constituição sem que haja uma jurisdição ativa, que busque de forma veemente a entrega do direito fundamental a toda coletividade de trabalhadores, sob pena de incorrer em um descaso não só com quem sofre com a sua escassez/privação bem como com o próprio texto constitucional, tornando-o vazio de sentido e ausente de convicção.

#### **5. REFERÊNCIAS**

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BENJAMIN, Antônio Hermam. *Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem*. In: \_\_. 10 Anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMSP, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: . Acesso em 21 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Ministério do Trabalho e Emprego. NR 28 - Fiscalização e Penalidades*. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Ministério do Trabalho e Emprego. NR 9 - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais*. Disponível em: . Acesso 17 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência Nº 120.890 - SP (2012/0015193-7)*. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 629502*. Relatora Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em: 03/12/2013. DJe 16/12/2013. Disponível em: . Acesso em: 13 de mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional Federal, 1ª Região. AMS: 60625 DF 2000.01.00.060625-7*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Data de Julgamento: 09/11/2009, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.218 de 13/11/2009). Disponível em: . Acesso em 21 ago. 2015.



\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional do Trabalho, 9ª Região. TRT-PR-42736-2013-028-09-00-4-ACO-20938-2015 - 7A. TURMA-* Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES- Publicado no DEJT em 07-07-2015. Disponível em: >. Acesso em 20 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 289 do TST.* Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[BRITO JÚNIOR, William de Almeida.](#) *A nova competência da Justiça do Trabalho ditada pela Emenda Constitucional Nº 45/2004.* Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003.

\_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Letícia Gozzer; DAMASCENO, Marcos Vinícius Nogueira; SANTOS, Roberta de Souza. *A Conferência de Estocolmo e o pensamento ambientalista: como tudo começou.* Disponível em: . Acesso em 03 ago. 2015.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.

ESTEVES, João Luiz Martins. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal.* São Paulo: Método, 2007.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem Jurídico Ambiental: Por uma Tutela Coletiva Diferenciada.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho; aspectos gerais e propedêuticos.* Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*. São Paulo. LTr., 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental*. São Paulo: LTr., 2001.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

NORMAS REGULAMENTADORAS – As consequências do descumprimento. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6 ed. Editora: LTr., 2011.

PORTAL EDUCAÇÃO. *Principais normas regulamentadoras – Segurança do trabalho*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr., 1997.

SADY, João José. *Direito do Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Robsneia Paula Machado. *O meio ambiente do trabalho equilibrado como direito fundamental do trabalhador*. Disponível em:

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr., 2001.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. OLIVEIRA, Cláudio Rogério T. Oliveira. *(Re)significação dos Princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

#### NOTAS:

[1] ESTEVES, João Luiz Martins. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 23.

[2] ESTEVES, João Luiz Martins. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 23.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

[4] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-24.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

[6] ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 250-253.

[7] COSTA, Leticia Gozzer; DAMASCENO, Marcos Vinícius Nogueira; SANTOS, Roberta de Souza. *A Conferência de Estocolmo e o pensamento ambientalista: como tudo começou*. Disponível em: . Acesso em 03 ago. 2015.

[8] BRASIL. *Lei Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981*. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2015.

[9] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 2.

[10] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 6.

[11] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

[12] BENJAMIN, Antônio Hermam. *Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem*. In: \_\_. *10 Anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: IMSP, 2002, p.101.

[13] SOUZA, Robsneia Paula Machado. *O meio ambiente do trabalho equilibrado como direito fundamental do trabalhador*. Disponível em:

[14] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6 ed. Editora: LTr., 2011, p. 79.

[15] FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem Jurídico Ambiental: Por uma Tutela Coletiva Diferenciada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 61.

[16] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007, p. 263.

[17] MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*. São Paulo. LTr., 2001, p. 91.

[18] FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho; aspectos gerais e propedêuticos*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[19] PORTAL EDUCAÇÃO. *Principais normas regulamentadoras - Segurança do trabalho*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[20] PORTAL EDUCAÇÃO. *Principais normas regulamentadoras - Segurança do trabalho*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[21] FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho; aspectos gerais e propedêuticos*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125414/Rev20Art12.pdf/c44e2910-96d2-4d0a-9cc5-1c8e64720c2e>

[22] BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 289 do TST*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[23] FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho; aspectos gerais e propedêuticos*. Disponível em . Acesso em 14 ago. 2015.

[24] BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho, 9ª Região. TRT-PR-42736-2013-028-09-00-4-ACO-20938-2015 - 7A. TURMA- Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES-Publicado no DEJT em 07-07-2015*. Disponível em: >. Acesso em 20 ago. 2015.

[25] BRASIL. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: . Acesso em 21 ago. 2015

[26] BRASIL. *Tribunal Regional Federal, 1ª Região. AMS: 60625 DF 2000.01.00.060625-7*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Data de Julgamento: 09/11/2009, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.218 de 13/11/2009). Disponível em: . Acesso em 21 ago. 2015.

[27] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR 9 - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais*. Disponível em: . Acesso 17 ago. 2015.

[28] FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho; aspectos gerais e propedêuticos*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[29] FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho; aspectos gerais e propedêuticos*. Disponível em: . Acesso em 14 ago. 2015.

[30] PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo. LTr., 2001, p. 66.

[31] **BRITO JÚNIOR, William de Almeida. A Nova Competência da Justiça do Trabalho Ditada Pela Emenda Constitucional Nº 45/2004. Disponível em: >. Acesso em 15 ago. 2015.**

[32] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

[33] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência Nº 120.890 - SP (2012/0015193-7)*. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

[34] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR 28 - Fiscalização e Penalidades*. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

[35] **NORMAS REGULAMENTADORAS – As consequências do descumprimento**. Disponível em: . Acesso em 15 ago. 2015.

## ASPECTOS JURÍDICOS DO MERCOSUL: CONTEXTO DA CRIAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DO BLOCO

**CRISTIANE SAMPAIO DIOGO:** Procuradora do Estado de Mato Grosso. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

**RESUMO:** A integração da América Latina faz parte de um processo bastante remoto e representa os anseios de grande parte do povo latino-americano. Em 1991, foi criado o MERCOSUL juntamente à Argentina de início e posterior adesão do Paraguai e Uruguai por meio do Tratado de Assunção. Ao MERCOSUL foi atribuída personalidade jurídica de Direito Público Internacional, em 1994, por meio do Protocolo de Ouro Preto. Foram criados 3 órgãos: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL, que possuem capacidade decisória e detém natureza intergovernamental, ou seja, a estrutura institucional do Mercosul, relativa a seus órgãos decisórios, não engloba a supranacionalidade. As normas emanadas de tais órgãos terão caráter obrigatórios, com exceção das propostas, devendo, quando necessário, serem incorporadas ao patrimônio jurídico de cada país membro. Foram criadas e consolidadas medidas de caráter social e laboral, especialmente se considerarmos a ampla competitividade e a redução das tarifas alfandegárias, gerando nos integrantes do bloco como um todo. O Protocolo de Olivos visou estabelecer a solução dos conflitos que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, e das decisões obrigatórias dos órgãos do Mercosul. Ademais, quando imprescindível regulamentou que poderão ser estabelecidos mecanismos expeditos para resolver divergências entre Estados-Partes sobre aspectos técnicos regulados em instrumentos de políticas comerciais comuns.

---

### INTRODUÇÃO

De início, impende-se ressaltar que a integração da América Latina faz parte de um processo bastante remoto e representa os anseios de grande parte do povo latino-americano, o qual, em sua maioria, possui identidade histórica e cultural comum.

Com efeito, frise-se, apenas a título ilustrativo, o pan-americanismo preconizado por Simón Bolívar, no século XIX, visando à integração da América

Espanhola, bem assim diversos movimentos esparsos que perpassaram a história latino-americana.

Como marco inicial de interação entre os povos latino-americanos, e aqui de forma mais contundente e organizada, tem-se a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), no ano de 1960, objetivando primordialmente a organização em uma zona de livre comércio na região integrada, permitindo:

“a formação de mercados mais abrangentes e dinâmicos, que facilitariam o processo de substituição das importações”.<sup>[1]</sup>

Não tendo cumprido com seu objetivo primordial tal associação foi sucedida pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), na década de 80, tendo com fulcro a consecução dos objetivos anteriormente pactuados. Observe-se que aqui não houve a fixação de um prazo para a criação de uma zona de livre comércio, mas apenas a primazia de tal meta.

De fato, a ALADI norteou alguns progressos na interação internacional. Baseando-se nela, o Brasil e a Argentina firmaram algumas integrações bilaterais, merecendo destaque a Declaração do Iguazu (1985), o Programa de Integração e Cooperação Econômica Brasil –Argentina (1986) e o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (1988), que posteriormente, com a adesão do Paraguai e do Uruguai tornar-se-ia o Tratado de Assunção, formalizando o Mercosul, em 1991.

A ALADI, ainda hoje, existe, com sede em Montevideu e representa um importante papel dentro do MERCOSUL, na medida em que os membros da Associação, se celebrarem acordos de livre comércio com o bloco e adotarem a democracia como regime político.

Importante ressaltar, nesse íterim, que a República Federativa do Brasil predispôs, em sua Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental, a promoção da integração regional com os países vizinhos, *in verbis*:

“Art. 4º (...)

Parágrafo único: A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural

dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Assim, cumprindo com um dos princípios basilares do Estado brasileiro foi criado, em 1991, juntamente à Argentina de início, conforme supracitado, e posterior adesão do Paraguai e Uruguai o MERCOSUL, por meio do Tratado de Assunção. Em 2012, a Venezuela passou a integrar tal bloco econômico.

Ocorre que, à época da entrada da Venezuela, surgiram diversas dúvidas acerca da possibilidade ou não da entrada de tal país sem a ratificação do Paraguai, o qual se encontrava suspenso. Em que pese as regras do processo decisório preverem que todos os países devem aprovar, consensualmente, medidas relativas ao funcionamento do MERCOSUL, o STF entendeu que, como o Paraguai estava suspenso, passou a haver um consenso entre todos os países, sendo desnecessária a ratificação de tal país para o ingresso da Venezuela.

Como membros associados, tem-se a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru. Saliente-se que tais Estados não compõem o bloco, apenas firmaram acordos de livre comércio com este, visando à eventuais zonas de livre comércio. Podem, ainda, participar das reuniões dos órgãos do MERCOSUL, quando convidados, não tendo, contudo, direito a voto.

## **1. OBJETIVOS, NATUREZA JURÍDICA E DIREITO DO MERCOSUL.**

Paulo Henrique Gonçalves Portela traça alguns dos objetivos do Mercosul:

“contribuir para o desenvolvimento da região por meio da criação de um espaço econômico comum, que permita a ampliação dos mercados nacionais, a elevação do grau de competitividade das economias dos Estados-membros, o fortalecimento das posições dos países do bloco nos foros internacionais, a obtenção de vantagens comerciais com outros parceiros, a modernização econômica e, em suma, a melhor inserção internacional de seus integrantes. Para isso, o MERCOSUL pretende criar um mercado comum entre seus membros, incluindo, portanto, uma zona de livre comércio, uma união aduaneira e a livre circulação dos fatores de produção”.<sup>[2]</sup>



Primordialmente, foi estabelecida uma zona de livre comércio, em que os países signatários não tributariam as importações uns dos outros. Converteu-se, em 1995, em união aduaneira, na qual os componentes estabeleceriam uma tarifa externa comum, com fulcro no crescimento inter-regional. Tal estágio, todavia, resta incompleto, em virtude da grande quantidade de produtos nas listas de exceções à tarifa externa do bloco <sup>[3]</sup>.

Saliente-se que, de acordo com a jurisprudência do STF todas as determinações dos órgãos do bloco nos Estados e dos tratados concluídos no âmbito deste, dependem da incorporação ordinária nos respectivos ordenamentos internos. Com efeito, não há qualquer prioridade de quórum ou qualquer outra facilidade para incorporação das diretrizes e tratados firmados pelo MERCOSUL.

Assim é que, não há previsão de um ordenamento jurídico comunitário, de efetividade supranacional, prevalente sobre os demais estados e prelecionando as diretrizes e seguimento das normas do Mercosul no direito interno, tal qual se vê na União Européia.

Decerto, possuindo uma ordem jurídica própria dotada de função jurisdicional e força coercitiva para determinar o cumprimento do direito por ele declarado, a integração entre os membros bem assim os delineados seriam, de certa forma, melhor alcançados, tendo em vista não haver oposição severa à implantação das diretrizes impostas.

Observe-se que ao MERCOSUL foi atribuída personalidade jurídica de Direito Público Internacional, em 1994, por meio do Protocolo de Ouro Preto. Com isso, o bloco regional passou a ter capacidade jurídica para realizar e concretizar os objetivos esposados em seu tratado constitutivo bem assim comparecer em juízo, alienar bens móveis e imóveis, celebrar acordos sede e quaisquer outros atos reservados à personalidade civil.

O direito do MERCOSUL, por sua vez, representa um ramo do direito que se compõe de normas jurídicas, buscando a integração dos sistemas jurídicos dos países membros do bloco econômico. Alguns doutrinadores o classificam como direito de integração, diferindo, todavia, do da União Europeia, já que neste, consoante visto, representa uma interação mais “sofisticada”.

Divide-se, pois, em direito originário, decorrente dos tratados constitutivos, ulteriormente vistos (Tratado de Assunção, Protocolo de Brasília, por exemplo) e direito derivado, o qual representa as decisões, resoluções e diretrizes dos órgãos do MERCOSUL, sendo estas, obrigatórias para os Estados-membros.

Mencione-se, por fim, os princípios, os quais estão delineados expressa e implicitamente no âmbito dos tratados constitutivos do bloco econômico, tais como os princípios da gradualidade, da flexibilidade e do equilíbrio.

## **2. PRINCIPAIS TRATADOS REGENTES DO BLOCO.**

### **2.1. Tratado de Assunção**

Consoante fora visto, o Tratado de Assunção, firmado em 1991 (Decreto 350, de 21/11/1991), representou o pacto de criação do Mercosul. Traz à tona, pois, diretrizes gerais acerca da conformação e regência do Mercosul, frente à comunidade internacional, bem assim à integração entre os povos, em caráter regional.

De início, em seu art. 1º, preleciona a livre circulação econômica e a eliminação de barreiras e restrições ao mercado, bem assim o estabelecimento de uma tarifa externa comum (restrita, consoante mencionado no tópico 1).

Com o objetivo primordial de fomentar o crescimento e desenvolvimento salutar da economia dos países integrantes do bloco, preleciona, ainda, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, dentre outros. Destaca, ainda, o compromisso dos Estados no processo de integração do bloco regional.

No art. 2º, traz-se à baila o princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre os estados partes, a fim de estabelecer uma integração, ainda que com diversas características econômicas entre os Estados-membros.

Enfatizando, ademais, a necessidade de diferenciar, de forma especial, atingindo a isonomia entre os estados, o ritmo entre os países menos desenvolvidos do bloco, tal como o Uruguai e o Paraguai (Art. 6º).

No que tange à matéria tributária (Art. 7º), todos os produtos originários do território de um Estado-Parte gozarão, nos outros estados, do mesmo tratamento aplicável ao produto nacional.

Preleciona, no art. 17, como idioma oficial o português e o espanhol, bem assim a versão oficial dos documentos, o qual terá como idioma o do país sede de cada reunião ou assembleia.

A adesão do presente tratado, segundo o art. 20, será objeto de aprovação unânime dos demais Estados-Partes. Ressalve-se aqui a adesão da Venezuela, de acordo com o que foi prelecionado no tópico 1, a qual foi dispensada a aprovação do Paraguai, membro temporariamente suspenso do bloco.

## **2.2 Demais tratados**

Apenas a título ilustrativo, faz-se menção a diversos tratados firmados, para garantia do objetivo almejado pelo Mercado Comum do Sul, dentre os quais: Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias (1993), tendo com objetivo predispor sobre a solução de litígios, sendo derogado posteriormente pelo Protocolo de Olivos, em 2004 (objeto de tópico específico); Protocolo de Ouro Preto (1994), o qual, conforme já visto, foi responsável por denotar o MERCOSUL de personalidade jurídica; Protocolo de Ushuaia (1998) sobre compromisso democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile (2002), estabelecendo a necessidade do regime democrático para o implemento dos direitos referentes ao tratado em sim.

Frise-se, ademais, que diversos outros tratados foram firmados, sobre temas específicos, visando atingir finalidades como a educação, solução de controvérsias, arbitragem, seguridade social, extradição e assistência jurisdicional, dentre outros. Cite-se, por exemplo, o Protocolo de Las Leñas; o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional; o Protocolo de medidas cautelares, o Protocolo de Defesa e Concorrência do Mercosul; o Acordo Multilateral de Seguridade Social; o Acordo sobre Arbitragem Internacional do Mercosul; o Acordo de Extradicação; o Acordo de admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas; dentre outros.

Imprescindível salientar que tais tratados respeitam o mandamento do Tratado de Assunção, trazendo à tona a integração e consecução dos objetivos

almejados, bem assim o funcionamento efetivo do bloco regional, conforme os ditames prelecionados no Tratado.

### **3. ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO**

Como forma de desconcentrar as atividades do MERCOSUL, visando atingir os objetivos orgânicos do bloco econômico, dotado de personalidade jurídica internacional, foram criados alguns órgãos.

De acordo com o Art.2º do Protocolo de Ouro Preto, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL, possuem capacidade decisória e detém natureza intergovernamental, ou seja, a estrutura institucional do Mercosul, relativa a seus órgãos decisórios, não engloba a supranacionalidade, como na União Europeia.

Tal natureza intergovernamental pode ser entendida como uma solução intermediária entre a soberania tradicional e a supranacionalidade, apresentando-se como uma via alternativa. É que o Estado mantém sua soberania, no que se refere ao auto-regramento e, ainda assim, faz parte de um processo de integração.

O Conselho do Mercado Comum foi criado pelo Tratado de Assunção (Art. 9º), tendo suas competências delineadas do Protocolo de Ouro Preto (Seção I – Art. 3º ao 9º), o qual passou a delimitar as funções do Conselho, sem, contudo, alterar o quadro definido no Tratado de Assunção.

Representa, pois, o órgão superior do Mercosul, responsável pela condução política do processo de integração bem assim pela tomada de decisões para assegurar o cumprimento do Tratado de Assunção e a constituição final do mercado comum. Tais competências serão manifestadas por meio de decisões, as quais vincularão os Estados Partes, fazendo parte, pois, do Direito derivado do Mercosul.

Compõe-se de Ministro das Relações Exteriores, os quais coordenarão as reuniões do Conselho, e Ministros da Economia. A Presidência do Conselho, por sua vez, será exercida pela rotação dos Estados-Partes, num período de seis meses. Reunir-se-ão, pelo menos uma vez por semestre, sendo obrigatória a presença do Presidente de cada Estado-Membro.

São funções do Conselho:

Art. 8. (...)

I. Velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;

II. Formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado

comum;

III. Exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul;

IV. Negociar e assinar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso, nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14;

V. Manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam elevadas pelo Grupo Mercado

Comum;

VI. Criar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam

remetidos pelas mesmas;

VII. Criar os órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los;

VIII. Esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas Decisões;

IX. Designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul.

X. Adotar Decisões em matéria financeira e orçamentária;

XI. Homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum;

O Grupo Mercado Comum (GMC), por sua vez, representa o órgão executivo do Mercosul, sendo integrado por quatro membros titulares e alternados, por país, nomeados pelos respectivos governos e coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. Observe-se que tais membros devem ser necessariamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, da Economia e dos Bancos Centrais, reunindo-se quantas vezes se fizerem necessárias para a consecução dos

objetivos. Pode, ainda, quando julgar necessário pode convocar membros de diversos órgãos da Administração Pública ou da própria estrutura do Mercosul.

As manifestações do GMC operam-se por meio de resoluções, sendo, da mesma forma que o Conselho, vinculantes aos estados partes.

As atribuições do Grupo são:

Art. 14. (...)

I. Velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;

II. Propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum;

III. Tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum;

IV. Fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum;

V. Criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos;

VI. Manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências;

VII. Negociar, com a participação de representantes de todos os Estados Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul;

VIII. Aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul;

IX. Adotar Resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum;

X. Submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento Interno;

XI. Organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar.

XII. Eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;

XIII. Supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul;

XIV. Homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social;

Por fim, como órgão de capacidade decisória, a Comissão de Comércio do Mercosul (Art. 16 a 21), é encarregada de assistir o Grupo Mercado Comum, sendo competente para velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem assim para fiscalizar as matérias relacionadas a política comum.

Compõe-se de forma semelhante à GMC, manifestando-se por meio de diretrizes e propostas, sendo que somente as diretrizes são obrigatórias aos Estados-Partes, as propostas representam meras recomendações.

São funções da Comissão:

Artigo 19: (...)

I. Velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio;

II. Considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum;

III. Acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos

Estados Partes;

IV. Analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum;

V. Tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados

Partes;

VI. Informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas;

VII. Propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul;

VIII. Propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul;

IX. Estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos;

X. Desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum;

XI. Adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação.

Ressalte-se que os três órgãos supramencionados representam os órgãos decisórios do MERCOSUL. Observe-se que as normas emanadas de tais órgãos, conforme supracitado, terão caráter obrigatórios, com exceção das propostas, devendo, quando necessário, serem incorporadas ao patrimônio jurídico de cada país membro. Ou seja, se tais normas tiverem caráter de lei e interferirem,



diretamente, no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes deverão passar pelos ordenamentos internos. As que não tiverem tal característica podem ser incorporadas por meio de portarias e ministérios.

Ocorre que, no âmbito do Estado brasileiro, muitas normas já promulgadas não precisam da incorporação no país, na medida em que foram feitas considerando regras já existentes e em vigor no Brasil, sendo dispensável qualquer ato que faça ingerir a norma dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no âmbito da estrutura organizacional, há diversos outros órgãos, sem caráter decisório e desprovido de natureza intergovernamental, representando meras entidades técnicas de consecução dos objetivos, dentre os quais se pode mencionar a Secretaria Administrativa do Mercosul e o Foro Consultivo Econômico-Social.

Destaque-se o Parlamento do Mercosul, criado em 2005, substitutivo da Comissão Parlamentar Conjunta, representa um órgão unicameral, sediado em Montevideu. Alguns doutrinadores, como Florisbal de Souza Del’Olmno consideram-no como um órgão intergovernamental. Saliente-se que tal órgão representa os interesses dos cidadãos dos Estados-Partes e é voltado a contribuir para a qualidade e equilíbrio institucional, na tentativa de construir um espaço comum que reflita o pluralismo e as diversidades da região.

#### **4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E HUMANOS**

De se ver que apesar de ter um viés essencialmente econômico, o Mercosul, em que pese não deter em seus tratados constitutivos normas reguladores de direitos garantistas, é perpassado por um amplo processo integracionista, tendo em vista o intuito de formação de um mercado comum.

Assim é que resta evidente a necessidade de consolidação de medidas de caráter social, especialmente se considerarmos a ampla competitividade que a redução das tarifas alfandegárias bem assim que as demais vantagens gerarão nos integrantes do bloco como um todo.

Alguns doutrinadores, como a Ministra do TST Maria Cristina Peduzzi criticam sobremaneira a ausência de menção às demandas sociais no âmbito dos

tratados internacionais, prelecionando que estas são, de fato, olvidadas, frente aos interesses comerciais e tributários de implementação do sistema.

Portanto, diversos vem sendo os esforços no sentido de regular, especialmente, as relações laborais. Cite-se como marco a Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998, estabelecendo diversas diretrizes das relações de trabalho, nos ditames da Organização Internacional do Trabalho. No âmbito da seguridade social, traz-se a colação, o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul.

Em 2008, foi criado no Brasil o Programa Mercosul Social e Participativo, visando a uma maior participação da sociedade nos temas que envolvem o mercado comum, por meio de diálogos entre os mais diversos setores sociais.

Observe-se que ainda não há, como na União Européia, uma integração entre os trabalhadores dos mais diversos países integrantes do bloco, em que a mão-de-obra pode livremente estabelecer-se nos países, fixar residência e buscar trabalho. É que, conforme o próprio mandamento predisposto no tratado internacional de Assunção, o Mercado Comum implicará na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, sem qualquer menção à classe trabalhista.

No entanto, com o objetivo de facilitar a circulação de pessoas dentro do bloco foi pactuado o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul (2009), predispondo que basta a posse de documentos como, os relativos à nacionalidade, o passaporte válido, a certidão de nascimento e a certidão negativa de antecedentes penais, para a concessão de residência temporária e posterior conversão em permanente, se requestado.

Por fim, traz-se a colação o entendimento de Lafayet Pozzoli:

“ os tratados assinados entre os países latino-americanos parecem atribuir bem poucos direitos aos cidadãos, enquanto o aspecto econômico ainda é o mais privilegiado”<sup>[4]</sup>.

Concernente ao tema dos direitos humanos cumpre trazer à colação o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos

Direitos Humanos do Mercosul (2005), dando primazia à cooperação e promoção efetiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Estabelece para a consecução desses objetivos um mecanismo de consultas envolvendo os Estados do Mercosul e um Estado-membro do bloco onde estejam ocorrendo graves violações dos direitos humanos, seja em situação de crise institucional seja durante a vigência de estados de exceção.

Não servindo as consultas, as medidas serão mais drásticas, tomadas mediante consenso de todos os Estados-membros, que poderão incluir a suspensão do direito de participar do MERCOSUL ou dos direitos e obrigações emergentes do fato de o Estado integrar tal bloco.

Traz-se à baila a questão atual da Venezuela, em que os direitos humanos estão sendo violados contra os opositores da atual gestão, de Nicolás Maduro. Diversas estão sendo as afrontas à dignidade da pessoa humana conquanto nenhum Estado-Membro do Mercosul tenha se curvado a tomar alguns dos mecanismos imprescindíveis ao combate da situação existente na Venezuela, por ser considerada uma situação interna.

Ora, conforme visto, o bloco regional aqui estudado repugna o desrespeito e a violação aos direitos humanos. Nada mais do que razoável o reconhecimento por parte dos Estados-Membros de uma situação caótica e deprimente envolvendo os venezuelanos.

Deve, pois, o Mercosul aplicar as medidas coercitivas existentes no acordo de proteção aos direitos humanos firmado pelos integrantes do bloco bem assim quaisquer reprimendas para fazer cessar a drástica situação que acomete os cidadãos da Venezuela.

## **5. MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

Impende-se ressaltar, inicialmente, que o sistema de solução de controvérsias e o seu funcionamento passaram por quatro fases distintas: a) anexo III do Tratado de Assunção; b) Protocolo de Brasília; c) Protocolo de Ouro Preto; d) Protocolo de Olivos.

Uma das principais queixas relativas o MERCOSUL residia na fragilidade de seus mecanismos de solução de controvérsias. Decerto, no anseio, conforme fora delineado no decorrer do trabalho, de construir uma integração dos países formalizados em um bloco de livre comércio, com uma estrutura flexível, os conflitos porventura existentes foram olvidados frente à necessidade de interação.

No entanto, com o crescimento do bloco regional e da elevada importância dada a este, restou imprescindível a construção de um sistema que fosse dotado de segurança jurídica e resolvesse os anseios dos negócios firmados em seu âmbito. Envidam esforços, atualmente, os Estados-Membros para a criação de um sistema de soluções de controvérsias cada vez mais equiparado ao Europeu.

Na fase inicial (Anexo III do Tratado de Assunção), a previsão para a solução das controvérsias surgidas da aplicação das normas contidas do Mercosul seriam resolvidas por meio de negociações diretas entre os Estados envolvidos. Se ainda assim a questão controvertida persistisse, tal seria encaminhada ao Grupo Mercado Comum, órgão executivo do Mercosul que resolveria o litígio em 60 dias.

O Protocolo de Brasília (Decreto 992, de 10/09/1993), dispôs que o Órgão de Solução de Controvérsias era responsável para a resolução dos conflitos referentes à interpretação, à aplicação ou ao não cumprimento das diretrizes gerais do Tratado de Assunção, bem assim dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul, das resoluções do Grupo do Mercado Comum e das decisões do Conselho de Mercado Comum.

Observe-se que, apesar de terem sido criados para resolver os litígios existentes entre os componentes do bloco, os particulares também podiam provocar o procedimento, o qual se dividia em três fases: negociações diretas, intervenção do Grupo Mercado Comum e Procedimento Arbitral.

O Protocolo de Ouro Preto, por sua vez, criou o procedimento geral para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul, dispondo que a parte reclamante apresentará estas perante a Presidência da Comissão. De se ver que tal protocolo não impediu a utilização do Protocolo de Brasília, uma vez que a reclamação limita-se às questões de competência da Comissão.

O Protocolo de Olivos (Decreto 4.982/2004), firmado em 2002, representou um mecanismo bastante sofisticado no que tange à solução das controvérsias derogando o Protocolo de Brasília. Ainda assim, os conflitos surgidos sob o regime do Protocolo de Brasília continuaram sendo regidas por este enquanto sua apreciação não tivesse totalmente concluída.

Tal protocolo visou estabelecer a solução dos conflitos que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, e das decisões obrigatórias dos órgãos do Mercosul. Ademais, quando imprescindível regulamentou que poderão ser estabelecidos mecanismos expeditos para resolver divergências entre Estados-Partes sobre aspectos técnicos regulados em instrumentos de políticas comerciais comuns.

Em geral, o Protocolo de Olivos insere uma regra de eleição de foro, no qual os Estados Partes da controvérsia tem a faculdade de escolha entre o sistema do Mercosul ou outro sistema competente para decidir o litígio. De se ver, todavia, que uma vez iniciado o procedimento, outro não poderá ser adotado, a *posteriori*.

Estruturou o mecanismo de solução de conflitos, por meio da criação de três instâncias: negociações diplomáticas, arbitragem e Tribunal Permanente de Revisão.

A primazia da resolução dos conflitos é dada às negociações diretas entre as partes em litígio. Trata-se, pois, de meio não jurisdicional de resolução dos conflitos visando à solução mais “amigável” entre as partes e a ausência de conflitos discrepantes e diretos entre ambos os Estados. Apesar de solução ter contornos políticos, resta evidente o respeito às normas do MERCOSUL.

Iniciam-se, pois, por meio da iniciativa dos Estados, não podendo exceder o prazo de 15 dias. Posteriormente ao acordo durante as negociações, os Estados-Partes em uma controvérsia informarão ao Grupo Mercado Comum, por intermédio da Secretaria Administrativa do Mercosul, sobre as gestões que se realizarem durante as negociações e os resultados destas. É facultado, ainda, aos estados, na falta de acordo, recorrerem ao Grupo Mercado Comum, o qual emitirá recomendações a respeito do conflito, apreciando-o, discricionariamente, no prazo máximo de trinta dias.

A segunda instância é a dos tribunais arbitrais ad hoc, a qual somente será provocada se houver fracasso nas negociações supracitadas. Tal tribunal será composto por três membros, sendo dois nacionais dos estados envolvidos na lide, elencados na lista de árbitros da Secretaria Administrativa do Tribunal e o terceiro, de outro Estado, como presidente do foro arbitral.

A decisão do tribunal, por óbvio, deve ser fundamentada nas normas do MERCOSUL e deverá ser proferida por meio de laudo arbitral, em 60 dias prorrogáveis por mais trinta, determinando ainda, se for o caso, medidas de natureza cautelar.

Com relação ao Tribunal Permanente de Revisão, insta salientar que este representa uma espécie de órgão revisor por excelência. Com efeito, tal tribunal, considerado a grande inovação deste protocolo, é o órgão jurisdicional competente para julgar em grau de recurso as decisões dos tribunais arbitrais. Ainda, é competente para examinar questões não decididas em negociações diplomáticas quando as partes quiserem desde logo levar o caso a tal tribunal, além de poder emitir opiniões consultivas sobre o direito da integração.

No caso de recurso proveniente do tribunal arbitral, o prazo a ser observado é o de quinze dias, estando tal impugnação limitada às questões de direito às interpretações jurídicas explanadas no laudo arbitral. O prazo para contestação por parte do outro Estado é de 15 dias, devendo após transcorrido este, iniciar o prazo de contagem de trinta dias, para decidir a respeito do conflito.

O julgamento é definitivo e a decisão é obrigatória, salvo eventual recurso de esclarecimento, que possui efeito suspensivo, em até 15 dias após a notificação do laudo, com o intuito de solicitar explicações sobre seu teor e a forma de seu cumprimento. Equivalente, portanto, a um embargo de declaração, no âmbito do direito interno.

O descumprimento do laudo, de caráter obrigatório, impõe ao Estado desobediente diversas medidas compensatórias seguidas, se não cumpridas aquelas, medidas coercitivas, como a suspensão de concessões ou de outras obrigações e direitos equivalentes.

Será composto por cinco membros, sendo quatro destes indicados pelos Estados-Partes, nacionais destes, com mandato de dois anos, renovável por mais um período igual e consecutivo, e o outro escolhido por unanimidade entre estes, por um período de três anos, não renovável. Tais árbitros, além de obrigatoriamente serem juristas, devem ter conhecimento pleno do arcabouço normativo do Mercosul e agirem com imparcialidade na resolução dos conflitos.

Observe-se que a parte tem disponibilidade sobre o pedido da reclamação. Assim é que em qualquer fase dos procedimentos, quem apresentou a controvérsia poderá desistir da reclamação.

Os particulares lesados também detêm legitimidade para formalizar reclamação contra um Estado-Membro do Mercosul, o que se dá junto à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado onde tenham domicílio pessoal ou profissional. Saliente-se que ao particular é ilegítima a provocação do particular na reclamação direta ao Tribunal Arbitral ou Tribunal Permanente de Revisão.

## CONCLUSÃO

Por fim, deve-se ter em mente que o Brasil, no que tange ao recebimento de tal norma internacional, não deve obrigatoriamente incorporar o reconhecimento do laudo arbitral e dos demais sistemas de soluções de controvérsias. Nada impede, contudo, que o judiciário passe a decidir de acordo com as decisões advindas de tais laudos, o que frequentemente ocorre no Brasil e que serve de regra aos demais países pertencentes ao bloco econômico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados Internacionais no Brasil e Integração**. São Paulo: LTR Editora. 1998.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5ª Ed. Bahia: Juspodvim, 2013.

## NOTAS

[1] AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Manual do Candidato**, 2008, p. 261.

[2] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5ª Ed. Bahia: Juspodvim, 2013, p. 1032.

[3] MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito da Integração, Direito Comunitário, MERCOSUL e União Européia**. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 132.

[4] POZZOLI, Lafayette. **Direito comunitário europeu**. São Paulo: Método, 2003, p. 354.



## **O FUNK E SEUS BAILES: REGULAMENTAR OU CRIMINALIZAR?**

**ADALBERTO DE OLIVEIRA CORDEIRO JÚNIOR:** Mestrando em Direito Penal. Defensor Público do Estado de Pernambuco. Tem especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior da Advocacia de Pernambuco-ESA e Faculdade Joaquim Nabuco de Recife - PE, tem especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB e é Bacharel em Direito pela ASCES/UNITA - Universidade Tabosa de Almeida de Caruaru - PE.

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar a polêmica proposta legislativa de proibir ou criminalizar o funk e seus bailes no Brasil, trazendo à baila a discussão sob o prisma constitucional.

Palavras – chave: proposta; legislativa; funk; criminalizar.

---

### **INTRODUÇÃO**

O Brasil, país de dimensões continentais, nação emergente e em pleno desenvolvimento social, e, não obstante, umas das maiores economias do mundo, é tido como um país de contrastes sociais, geográficos e econômicos, de extremos de pobreza e de riquezas. Tal assertiva indica e nomina nosso país, como um país de muitos Brasis.

No que toca à riqueza cultural brasileira, nosso país, de norte a sul, em seu regionalismo, apresenta valores culturais de um povo oriundo e miscigenado de diversas raças como o índio, o negro e o branco que compõem com louvor a população brasileira. A cultura regionalizada destes povos deu origem a um país histórica e culturalmente diferenciado de outros países.

A cultura de um povo é um elemento histórico e intrínseco à formação de um Estado como nação. Sem valores culturais e sem o elemento povo não se pode falar em nação.

O elemento cultural está, no Brasil, disseminado por todas as regiões e classes sociais. Cada Estado-membro ou cada região do Brasil com seus valores culturais próprios e oriundo daquele povo. A exemplo, a cultura Nordestina, com sua música típica, com sua dança, com suas crenças, religiões, seus padroeiros e suas devoções. Há também em outros Estados-membros e regiões manifestações culturais próprias de cada povo.

A cultura é fruto, elemento e identidade intrínsecos de um povo, sendo aquela a essência natural deste.

Cultura de um determinado povo não se classifica em níveis e não se mensura como boa ou ruim, como melhor ou pior, como de pobres ou de ricos, mas como a identificação de um núcleo social.

Como já foi mencionado, as manifestações culturais se expressam de diversas maneiras e em todos os rincões de nosso país.

## **DESENVOLVIMENTO**

Tratando de cultura musical, não há dúvidas, que o Brasil é um celeiro de diversidades de ritmos musicais, como o forró, o axé, o samba, e, outros ritmos mais recentes como o funk.

Nas últimas décadas, mormente nos primeiros anos do século XXI, cresce em nossa cultura musical brasileira o fenômeno do ritmo funk em nosso país, oriundo e trazido dos Estados Unidos. O funk teve seu crescimento nas favelas ou periferias da cidade do Rio de Janeiro. Fenômeno musical este cada vez mais difundido e crescente entre a população jovem brasileira.

Antes de qualquer inserção no mérito do fenômeno do funk, este é tido como ritmo musical e até mesmo como estilo de vida, o qual retrata uma realidade social. Não podemos nos olvidar que o funk é, além de um ritmo musical, uma manifestação cultural oriunda de um determinado grupo social.

A cada dia, o funk ganha, cada vez mais, adeptos e seguidores de um lado, mas de outro lado crescem também o número de pessoas não simpatizantes deste ritmo musical.

Socialmente, o funk está inserido na sociedade brasileira como ritmo musical, e ainda como meio de subsistência e, porque não dizer, como expressão de cultura popular.

Economicamente, citado ritmo musical traz oportunidades de empregos diretos e indiretos, movimentando o mercado da indústria fonográfica e retirando cantores e artistas de um meio social precário, oportunizando a estes uma vida mais digna.

No mês de maio de 2017, chegou ao Senado Federal uma sugestão legislativa propondo o fim do funk no Brasil, tendo como relator o Senador Romário (PSB-RJ). A polêmica sugestão legislativa foi assinada por mais de 20 mil pessoas e será discutida no Senado, podendo ou não virar projeto de lei a ser apreciado por aquela casa legislativa. A proposta busca tornar o funk como crime contra a saúde pública das crianças, dos adolescentes e da família.

Argumenta a sugestão legislativa que o funk deve ser criminalizado afim de ser abolido no Brasil na visão de seus idealizadores, haja vista que nos bailes funks proliferam o tráfico de drogas, a exploração sexual, o consumo de drogas, os estupros entre outros crimes, e, ainda, as letras das músicas de funk fazem apologia a diversos delitos, inclusive ao cometimento de crimes contra policiais.

A proposta legislativa de criminalização do funk e de seus bailes, nas grandes e até em cidades de menor porte no Brasil, é medida extrema e absurdamente ineficaz quanto ao enfrentamento da violência e da criminalidade daí oriundas.

O funk não deve ser discutido pelas pretensões a favor ou contra um ritmo musical, não se deve levar ao debate se tal ritmo é de determinada classe social ou se é “lixo” ou não. Não deve ser esta a discussão, mas sim discutir-se o que advém ou o que ocorre nos bailes funks.

O debate legislativo proposto em torno deste assunto não deve se esquecer que o funk e suas letras retratam um cotidiano social, sendo tal ritmo musical, sem dúvidas, uma manifestação cultural. O funk é a identidade de um povo, que expressa sua realidade dentro de um contexto social.

O funk, pretensões à parte, está inserido na nossa cultura como ritmo musical, sendo considerado parte integrante do patrimônio cultural brasileiro e protegido pela Constituição Federal de 1988 como legítima manifestação cultural de um povo.

O debate acerca do tema em foco é válido e legítimo. Criminalizar por criminalizar, proibir por proibir, não é lógico, nem é sensato, e, sob o prisma jurídico, é inconstitucional.

Neste sentido, vejamos trechos da vigente Constituição Federal<sup>[1]</sup> que visam a proteção da cultura brasileira:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e **apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.** (grifo nosso)

§ 1º **O Estado protegerá as manifestações das culturas populares,** indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (grifo nosso)

...

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - **as formas de expressão;**
- II - **os modos de criar, fazer e viver;**
- III - as criações científicas, **artísticas** e tecnológicas;

...

§ 3º **A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.**

...

Conforme se percebe a Constituição Federal de 1988 protege a cultura e as manifestações culturais de nosso povo, e qualquer projeto legislativo que vise a criminalizar ou proibir o ritmo musical funk será tido por inconstitucional por ferir a lei suprema de nossa República.

Além de proteger as manifestações culturais brasileiras, a CF de 1988 dispõe como direito e garantia fundamental do indivíduo o seguinte:

*“É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”* [2] (grifo nosso)

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

= e coibidos pelas autoridades policiais.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em: 23/07/2017.

NOTAS:

[1] Arts. 215 e 216 da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

[2] Art. 5º, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

## UMA ANÁLISE DA LEI 12.529/2011 E A COMPREENSÃO DO SISTEMA ECONÔMICO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (CADE)

**RODRIGO DEAMICI DA SILVEIRA:** Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

**RESUMO:** Considerando as relações econômicas com o aumento da velocidade dos mercados, atingida com o processo de globalização, juntamente a tendência de radicalização da competitividade entre os atores econômicos determinada pela vigência do neoliberalismo, é notável a movimentação das empresas no sentido de buscar cada vez mais controle sobre as etapas do processo produtivo bem como a redução de seus custos. Para atuar contra medidas que impossibilitam o bom funcionamento do mercado existe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE), importante órgão para economia nacional que é regido atualmente pela Lei 12.529/2011. Diante da complexidade do próprio mercado é difícil definir quando existe um crime ou infração à ordem econômica, ou não, sendo necessário analisar alguns fatores e definições trazidos pela própria lei, os quais nos propomos a debater no presente trabalho.

**Palavras-chave:** CADE ; antitruste; Lei 12.529/2011

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 2. Conceitos e definições jurídico-econômicos; 3. Análise dos atos de concentração; 4. As condutas lesivas à concorrência; 5. O CADE e as inovações da lei 12.529/2011; Conclusão.

---

### INTRODUÇÃO

Com o mercado ganhando cada vez mais relevância e um neoliberalismo descontrolado, transformando pessoas e tudo que é possível em produtos, não é de se esperar que exista alguma “autorregulação” do mercado no tocante à questões éticas e sociais. Seja no desastre em Mariana (MG), que acabou com a vida do Rio Doce, no trabalho em condição de escravidão que grandes marcas submetem pessoas e na própria forma como se vendem esses produtos, o mercado cada vez mais nos dá mostras de que não existe limite para obtenção de lucro.

Encarando esta realidade, torna-se importante trazer à baila a o Sistema Brasileiro de Defesa à Concorrência. Diz-se isto porque, ao imaginarmos a forma como algumas empresas obtém poder dentro do mercado, é de se pensar que elas podem exercer monopólio, comprando seus concorrentes ou se fundindo com eles, por exemplo. Tais atos de concentração são julgados e analisados pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Nesta seara, é importante destacar a atuação do Cade, além das questões trazidas pela lei 12.529/2011, bem como torna-se importante a revisão de alguns termos econômico-jurídicos e sua aplicabilidade nos julgamentos dos Tribunais Administrativos da legislação antitruste.

## 1. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Como já visto, há várias formas de empresas operarem de forma conjunta para poder obter alguma vantagem. Há pouco tempo, por exemplo, o banco Itaú comprou 50% do banco Unibanco, se tornando o maior da área em todo hemisfério sul. Quando tal fenômeno chega à outras áreas é possível que aconteça o monopólio do mercado, que enfraquece o exercício da livre concorrência e, conseqüentemente, leva ao consumidor uma pior qualidade com um preço também menos atraente. Diante disto, existe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é um instituto que divide opiniões entre os profissionais da área, havendo fortes nomes e defesas acirradas dos dois lados. O professor André Santa Cruz Ramos, em sua obra, é incisivo ao afirmar

pela visão liberal adotada na presente obra, não se deve esperar que aqui se encontrem elogios à Lei 12.529/2011 e ao órgão que ela disciplina. Numa economia de livre mercado genuíno, é absolutamente desnecessária a existência de um órgão antitruste, razão pela qual o CADE deveria ser extinto, e não reformulado por uma lei que lhe deu ainda mais poder para perseguir empresas e “planejar” a economia (RAMOS, 2014, p.355)

Por outro lado, o grande doutrinador Fabio Ulhoa defende o instituto, lhe dando grau constitucional e tecendo que

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal, pela Constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Estes mecanismos, basicamente, configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o referido regime, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal. (ULHOA, 2012, p.48)

Neste debate nos identificamos mais com a figura constitucional do instituto que, diante de um capitalismo feroz, tem a missão de proteger a sociedade e o próprio mercado.

## 2. CONCEITOS E DEFINIÇÕES JURÍDICO-ECONÔMICOS

Primeiramente, é necessário fixarmos e revermos alguns termos e definições jurídico-econômicos para delinear os aspectos sobre o sistema brasileiro de defesa à concorrência, bem como seu objeto de análise.

Ao falarmos sobre cartéis, poder de mercado e concorrência é necessário entendermos ao que se refere o termo “mercado relevante”. De forma bem simplificada, mercado relevante é a unidade de análise para a avaliação do poder de mercado, onde busca-se a definição de um espaço onde não seja possível a substituição de um produto por outro, seja porque o produto não tem substitutos ou porque não é possível obtê-lo.

“Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo



que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste” (US DEPARTMENT OF JUSTICE, 1992, apud, POSSAS)

Esta definição é de fundamental importância para o nosso estudo, uma vez que o Cade usa destas definições para delinear onde o poder de mercado pode ser inferido. Assim, para que se caracterize a possibilidade de exercício de poder de mercado, primeiramente é necessário que se defina qual mercado relevante é afetado por um ato de concentração ou uma conduta.

Dito isto, estabelece o art. 36 da lei 12.529/2011, em seu parágrafo segundo, que *“presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”*.

Assim, para que se caracterize o poder de mercado faz-se necessária uma análise complexa, que parte da existência de posição dominante, mas envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como a existência de barreiras para adentrar naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de concorrência. Se mesmo com posição dominante em um mercado relevante, a empresa aumentar seus preços e de forma unilateral podendo ser contestada pelos concorrentes efetivos ou em potencial, essa empresa não possui poder de mercado.

Importante salientar que a existência de poder de mercado, por si só, não constitui uma infração à ordem econômica, sendo necessário que haja abuso deste poder, que se caracteriza através de atividades ou comportamentos que utilizem esta superioridade para prejudicar a livre concorrência.

O poder de mercado por si só não é considerado ilegal, mas quando uma empresa ou grupo de empresas abusa desse poder adotando uma conduta que fere a livre concorrência, a prática configura-se em abuso de poder

econômico. Esse abuso não está limitado a um conjunto restrito de práticas específicas, uma vez que a análise sobre a possibilidade de uma conduta causar dano à concorrência é complexa e são muitos os fatores analisados para que se possa caracterizar determinada prática como abuso. (CADE, 2016)

Por este motivo a legislação é ampla, permitindo ao Cade a atuação de reprimir condutas que, após investigação, possam ser consideradas abusivas.

Os inquérito administrativos estão dispostos no art. 66 da Lei 12.529/11, sendo procedimentos investigatórios de natureza inquisitorial, instaurados pela superintendência-geral, tendo como objetivo a apuração das infrações à ordem econômica.

Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

§ 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.

O inquérito deverá ser encerrado no prazo de 180 dias, contados da data de sua instauração, prorrogados até 60 dias, renováveis, quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

Quando já existirem fortes indícios de práticas lesivas ao mercado, a Superintendência-Geral tem até 10 dias úteis, a partir da data do encerramento do inquérito, para decidir sobre a instauração do processo administrativo ou seu arquivamento.

Além disso, como ocorre no inquérito administrativo, o processo poderá ter início também mediante representação do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas casas, bem como da Seae/MF, das agências reguladoras e da ProCade.

### **3. A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO**

O art. 88 da Lei 12.529/2011 dispõe:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Tais números foram atualizados pela portaria interministerial 994, de 30 de maio de 2012, devendo assim ser notificados ao Cade os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume total de negócios no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior à 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual equivalente ou superior à R\$ 75 milhões.

Os pedidos de aprovação dos atos de concentração devem ser enviados ao Cade e instruídos com informações e documentos indispensáveis à instauração do

processo administrativo, estabelecidos na Resolução nº2, de maio de 2012. Tais pedidos geram uma taxa de R\$ 85 mil.

O art. 88 da lei 12.529/11 prevê que o controle prévio dos atos de concentração deve ser realizado em um prazo máximo de 240 dias, a contar do protocolo de petição ou sua emenda. Tal prazo pode ser aditado por até 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, onde devem ser especificadas as razões para a extensão, o prazo para prorrogação e as providências que sejam necessárias para o julgamento do processo.

#### **4. AS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA**

Mas, afinal, quando uma conduta é lesiva à concorrência e por este motivo uma infração à ordem econômica? Por mais que extensa, cabe aqui transcrever o art. 36 da lei 12.529/11, visto que encontra-se uma lista exemplificativa, mas não exaustiva, de condutas que podem causar danos à concorrência:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as

condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Uma das condutas lesivas concorrência bem recorrentes no âmbito comercial mundial, principalmente com o fortalecimento do capitalismo, é o cartel, que

é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível. Os cartéis, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. (CADE, 2016)

Outra prática rechaçada pelo ordenamento pátrio vigente é a questão do preço predatório, que é a prática deliberada de preços abaixo do custo visando

eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado conquistado com a prática predatória.

Qualquer empresário que se sinta prejudicado deve fazer a denúncia junto aos órgãos de defesa da concorrência para que estes procedam às investigações. Somente a análise mais detalhada dos preços, custos e demais condições do mercado poderá determinar se realmente se trata de preço predatório ou se a empresa acusada somente é mais eficiente do que as concorrentes.

#### **5. O CADE e as inovações da lei 12.529/2011**

Com jurisdição em todo o território nacional o Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE) é uma autarquia federal em regime especial. Regime esse que confere privilégios específicos para aumentar sua autonomia, a fim de garantir uma maior proteção a ordem econômica. O Conselho foi criado pela Lei nº 4.137/62 como um órgão que integra o Ministério da Justiça. No momento da criação o CADE tinha atribuições diferentes das que tem hoje. Sua atribuição abrangia a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas com atuação no território nacional.

Com o advento da Lei nº 8.884/94 o órgão foi modificado para uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Nessa lei eram deliberadas as atribuições do CADE, da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda. Estes entes unidos são responsáveis pela defesa da livre concorrência no Brasil.

Em 2011 ocorreu uma nova alteração legislativa, da qual adveio a promulgação da Lei nº 12.529/11. Esta medida trouxe diversas alterações no campo administrativo para efetivação do controle realizado pelo CADE.

Com a sua vigência, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi totalmente reestruturado. Seu “esqueleto” administrativo foi modificado, visando o aprimoramento, eficiência e celeridade nas investigações e julgamento das condutas anticompetitivas, e nas análises das operações



concernentes à concentração de empresas.  
(VORONKOFF, 2014, p.148)

A nova lei de concorrência estabeleceu como seus órgãos o Cade e o Seae (Secretária de acompanhamento econômico).

A responsabilidade do Cade é julgar e punir administrativamente em instância única pessoas físicas e jurídicas que cometam qualquer tipo de infração à ordem econômica, não havendo possibilidade de recurso para outro órgão. Também analisa os atos de concentração, de modo a reprimir a excessiva concentração que impossibilita a concorrência.

Pode-se dizer que o Cade possui três funções: função preventiva (controle de fusões, incorporações e outros atos de concentração econômica), função repressiva (combate à cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência) e função educativa (instruir o público sobre a importância da concorrência, bem como as condutas nocivas ao sistema econômico).

## **CONCLUSÃO**

Diante de tantas operações societárias possíveis no direito brasileiro, é altamente necessário que algum sistema regule o bom funcionamento do mercado, pois a “mão invisível” já se mostrou falha em diversas tentativas de regulação, mostrando, de forma contrária, que serve somente para o aumento das desigualdades.

Com o avanço da globalização e o aumento do poder de diversas empresas multinacionais o monopólio do comércio passa a ser uma realidade que está diante de nossos olhos, bastando um descuido da sociedade para que forças mais poderosas possam moldar a seu bel-prazer o funcionamento da sociedade como um todo, visto que o mercado passa substancialmente por uma necessidade de qualquer cidadão.

Fica nítido que o objetivo do CADE e de todo o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é acabar com o monopólio, que significa a existência de apenas um ofertante de um determinado bem ou serviço.

Assim, é muito importante que os acadêmicos, cidadãos e empresários estejam cientes das funções do sistema antitruste brasileiro, bem como é muito importante que se saiba a forma como as empresas podem operar para, de forma consciente ou não, dominar o mercado e exercer seu poder de forma abusiva

### REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial: direito de. 24ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 4ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: . Acesso em: 21 nov. 2016.

POSSAS, Mario Luiz. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência.** Disponível em [https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/112721/mod\\_resource/content/0/Teoria\\_Ecn\\_RI/POSSAS\\_1996\\_Os\\_conceitos\\_de\\_mercado\\_relevante\\_e\\_de\\_poder\\_de\\_mercado.pdf](https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/112721/mod_resource/content/0/Teoria_Ecn_RI/POSSAS_1996_Os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf)

\_\_\_\_\_. LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm). Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. LEI Nº 12.249/11. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em 25 de novembro de 2016.

VORONKOFF, Igor. **O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração.** RDC, Vol. 2, nº 2, Novembro 2014, pp. 144-179

## **A LEI N. 9.099/95 SOB A PERSPECTIVA DE ACESSO À JUSTIÇA**

**ANA LUISA IMOLENI MIOLA:** graduada em Direito, pela Universidade Estadual de Maringá-UEM, aprovada nos concursos para defensor público na Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal verificar, sob o aspecto crítico, a problemática do acesso à justiça por meio da Lei nº 9.099/95 e dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Serão abordados os princípios norteadores e a gênese da Lei nº 9.099/95, bem como as ondas renovatórias do acesso à justiça, conforme obra de Mauro Cappelletti, com enfoque na terceira onda renovatória. Analisa-se, ainda, a realidade prática dos Juizados Especiais Cíveis e as causas pelas quais não houve a concretização do direito fundamental do acesso à justiça. Por fim, são trazidas as inovações do atual Código de Processo Civil acerca da autocomposição e as implicações sobre o acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Lei n. 9099/95; acesso à justiça; ondas renovatórias.

**ABSTRACT:** The main objective of this article is to verify, under a critical aspect, the problem of access to justice through Law 9,099 / 95 and the Special Civil Courts in Brazil. The guiding principles and the genesis of Law 9999/95 will be discussed, as well as the renewal waves of access to justice, according to Mauro Cappelletti, focusing on the third renewal wave. It also analyzes the practical reality of the Special Civil Courts and the reasons why the fundamental right of access to justice has not been fulfilled. Finally, the innovations of the current Code of Civil Procedure concerning self-determination and the implications of access to justice are brought forward.

**Key-words:** Law no. 9099/95; access to justice; Renewal waves.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

Os procedimentos adotados nos Juizados Especiais Cíveis, previsto pela Lei 9.099/95, obedecem aos princípios da oralidade, informalidade, economia

processual e celeridade. Dessa forma procurou-se um processo mais rápido, no qual se busca sempre a conciliação, conforme artigo 2º Lei 9.099[1]:

A Lei 9.099/95 trata do artigo 1º ao artigo 59 sobre o procedimento civil e do artigo 60 ao 92 sobre o procedimento criminal. Na seara cível, os Juizados Especiais tratam de causas cíveis de menor complexidade, sendo que o próprio legislador regulou quais são elas.[2]

Dessa forma, como se percebe pelo dispositivo legal, os Juizados abarcam grande parte das causas cíveis que chegam até o Judiciário, exigindo uma grande estrutura física e profissional, o que, infelizmente, já se antecipa, não é a realidade brasileira.

Ressalta-se, ainda, que, no âmbito Federal, há os Juizados Especiais Federais, que são regidos pela Lei nº 10.259/01, a qual não é objeto da presente pesquisa, mas divide com a Lei 9.099/95 e a Lei nº 12.153//09, a qual regula os Juizados Especiais da Fazenda Pública, a responsabilidade pela busca ao acesso à justiça e celeridade no Poder Judiciário brasileiro.

## **2 DA GÊNESE DA LEI Nº 9.099/95**

Antes do advento das Leis n. 9.099/95 e 10.259/01, as quais disciplinam os Juizados Especial Cível Estadual e Federal, respectivamente, no dia 7 de novembro de 1984, preconizou-se uma inovação no sistema jurídico brasileiro com a criação dos “Juizados Especiais de Pequenas Causas” com competência apenas para as causas cíveis de valor não superior a 20 (vinte) salários-mínimos[3].

Esses Juizados tiveram por base o denominado *Small Claims Courts* de origem Americana, os quais tinham a finalidade de solucionar os conflitos de menor complexidade[4], e tornar o Judiciário mais célere e eficaz.

No Brasil, porém, somente em 1988 que se nota uma maior mudança no cenário jurídico com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Marcada pela recente democracia, a Carta Maior prezou por ampliar o direito fundamental ao acesso à justiça ao dispor: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”[5].

O constituinte, ainda, previu a criação de Juizados Especiais para julgar causas cíveis de menor complexidade e causas criminais de infrações de menor potencial ofensivo, conforme artigo 98 da Carta Maior.[\[6\]](#)

Ocorre que, apenas no ano de 1995, instituiu-se a Lei 9.099 e, com ela, nasceram os atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sendo extintos os Juizados de Pequenas Causas. Houve, portanto, a inauguração de um novo sistema jurídico no Brasil:

Com a entrada em vigor da Lei 9099/95, de 26 de setembro de 1995 (*DOU*27.09.1995 P.15.034-15.037) que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória (o que não se confunde com competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu funcionamento técnico-procedimental.[\[7\]](#)

A Lei atendeu ao comando da [Constituição Federal](#) de 1988 e, assim, com o nascimento sucessivo das Leis 10.259/01 e 12.153//09, criou-se no Judiciário brasileiro o microsistema jurídico da celeridade e consensualidade, pelo menos na teoria.

## 2.1 DOS PRINCÍPIOS

A Lei 9.099/95, em busca de agilizar os processos de menor complexidade e concretizar o acesso à justiça, consagrou alguns princípios norteadores dos Juizados Especiais, os quais serão detalhados adiante.

### 2.1.1 Do Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade preconiza a necessária observância da forma oral no transcorrer da causa, com o objetivo de agilizar o processo e chegar a uma tutela estatal eficiente.

Acerca do referido princípio, Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Junior lecionam:

Chama-se processo oral a um modelo processual que se contrapõe ao processo escrito. À toda evidência, o processo oral não é um modelo de processo em que quase se prescindia por completo do uso da palavra escrita, do mesmo modo que o processo escrito não dispensa inteiramente o uso da palavra falada. Oralidade ou escritura dizem respeito à prevalência de uma forma sobre a outra. Quando se diz, portanto, que o processo dos Juizados Especiais Cíveis é um processo oral, está-se com isso querendo dizer que a palavra falada prevalece sobre a escrita. A oralidade como ensina Cappelletti se manifesta no processo civil moderno na fase introdutória, muito mais do que na postulatória. Esta é normalmente escrita. Apesar disso, nos Juizados Especiais Cíveis o processo pode ser oral desde a fase postulatória, já que, como se verá, tanto a demanda do autor como a resposta do réu podem ser oferecidas oralmente[8].

O processo oral possui os seguintes elementos: concentração, imediação, identidade da pessoa física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

São representações deste princípio no procedimento dos Juizados: a possibilidade de pedido oral pelo autor, a defesa na forma oral, a instauração da execução mediante pedido oral, e o mandato verbal, entre outros atos presentes nestes juizados.

Dessa forma, o processo oral é aquele em que há possibilidade de as partes se manifestarem oralmente, sem necessidade de abrir prazos ou confecção de peças processuais, ou seja, é uma faculdade, escolha das partes.

Assim, teoricamente, os processos seriam mais ágeis e diminuiria a burocracia dos processos judiciais. No entanto, como se verá adiante, a oralidade não é uma marca na maioria dos atos processuais dos Juizados Especiais, que ainda guarda muita compatibilidade com os atos processuais do processo civil ordinário.

### 2.1.2. Do Princípio da simplicidade

Recorremos, neste ponto, ao dicionário para explicitar a essência do princípio da simplicidade:

sim.pli.ci.da.de  
*sf (lat simplicitate)* 1 Estado, qualidade ou natureza do que é simples. 2 Qualidade do que não é dividido ou composto. 3 Ausência de complexidade na forma ou estrutura. 4 Ausência de complicação; facilidade, inteligibilidade: *A simplicidade do assunto dispensava explicações.* 5 Falta de requinte ou de artificialidade. 6 Emprego de expressões simples, fáceis, não elevadas ou obscuras; singeleza da composição ou da distribuição das partes do discurso ou das ideias. 7 Falta ou abstenção de aparato, de pompa; naturalidade. 8 Despretensão, desafetação, modéstia. 9 Candura, ingenuidade, modéstia, pureza. 10 Falta de malícia, de intenção secreta ou dissimulada. 11 Franqueza, sinceridade. 12 Falta de astúcia, manha ou velhacaria. 13 Falta de perspicácia ou sagacidade. 14 Credulidade excessiva; extrema candura; misto de credulidade e de ignorância. 15 Parvoíce, patetice. *Antôn* (acepções 1, 2, 3 e 4): *complexidade*; (acepções 5, 7, 8 e 9): *afetação*.<sup>[9]</sup>

Entende-se, portanto, que simples é o antônimo de complexo, é algo claro, despretensioso, sem rigor, sem complicações.

Nesse sentido, o princípio da simplicidade prevê que o procedimento do Juizado Especial deve ser simples, sem rigorosidades, intuitivo, para que as partes

possam expor as pretensões, interesses e a defesa correspondente. Tanto é que, diante de uma causa complexa o processo será o comum ordinário, em decorrência da maior rigorosidade.

A intensão do legislador foi que o processo se desenrole de forma clara, singela e acessível para toda população brasileira, impedindo, assim, que hajam obstáculos para a efetivação da tutela judicial. Torna-se o processo eficaz e permite-se o acesso à justiça pelos cidadãos, que precisam do Judiciário para resolver seus conflitos, mas esbarravam em complexidades processuais e formais que os impediam de conhecer o processo judicial e de, assim, participar da solução dos seus próprios conflitos.

No entanto, desde já, sinaliza-se que a prática jurídica observada nos Juizados não consagrou o espírito da Lei nº 9.099/95, conforme desejava o legislador, já que ainda há rigorosidades e burocracia que impedem as partes de participarem da solução dos conflitos, minando a ideia de celeridade do procedimento especial.

### **2.1.3 Do Princípio da informalidade**

Na esteira do princípio da simplicidade, a informalidade prevê um maior desapego às formas processuais rígidas, despropositadamente solenizadas. Para que, assim, as partes possam obter do Judiciário, um resultado efetivo, com o mínimo de tempo, rigor e custas.

Dessa forma, o que se busca é a maior efetividade do Judiciário brasileiro, ou seja, quanto maior informalidade, menos tempo, menos gasto financeiro mais efetivo o processo será, ou seja, as partes chegam ao resultado eficaz, não frustrando as partes pelo grande decurso do tempo para a solução dos litígios.

Uma concretização prática do princípio da informalidade é a possibilidade de acesso ao Juizado Especial, em alguns casos, sem o acompanhamento de advogado. Uma grande vitória dos brasileiros rumo ao acesso à justiça. No entanto, infelizmente, como se observa nos Juizados pelo Brasil, as partes ficam com receio de comparecerem sem advogados e acabam não usando a prerrogativa lhes dada pelo legislador.



Ressalta-se que, em nome da informalidade, não é possível a remoção de garantias individuais das partes, como contraditório e ampla defesa. Muito pelo contrário, ela permite que todos participem, entendam o procedimento e obtenham mais rápido uma solução eficaz.

#### **2.1.4 Do Princípio da economia processual**

De acordo com o princípio da economia processual, as partes devem ter o máximo de efetividade na atuação estatal com o menor emprego das atividades jurisdicionais, economizando custos.

Como preconiza Ada Pellegrini:

Apesar da importância do princípio da economia processual, é inegável que deve ser sabiamente dosado. A majestade da Justiça não se mede pelo valor econômico das causas e por isso andou bem o ordenamento brasileiro ao permitir que todas as pretensões e insatisfações dos membros da sociedade, qualquer que seja seu valor, possam ser submetidas à apreciação judiciária (CF., art. 5º, inc. XXXV); e é louvável a orientação do Código de Processo Civil, que permite a revisão das sentenças pelos órgãos da denominada jurisdição superior, em grau de recurso, qualquer que seja o valor e natureza da causa.

Exemplos da aplicação desse princípio ao processo civil são encontrados na regra de indiferença na escolha do interdito possessório adequado (CPC, art. 920), bem assim nas regras processuais sobre nulidades processuais, quando os atos tiverem alcançado sua finalidade e não prejudicarem a defesa (arts. 154, 244, 248).

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que

recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação desse princípio encontra-se em institutos como a reunião de processos em casos de conexidade ou continência (CPC, art. 105), a própria reconvenção, ação declaratória incidente, litisconsórcio, etc[10].

Neste diapasão, a economia processual se relaciona com o princípio da instrumentalidade das formas, pois, segundo este, caso o ato processual não tenha observado a forma legal, mas atinja a sua finalidade, ele deverá ser aproveitado no processo, tornando o processo mais econômico na medida em que não há necessidade de refazer o ato processual viciado.

Ainda, há afinidade com o princípio da celeridade, já que prevê a rapidez na tutela jurisdicional, o que ocasiona a economia processual, indubitavelmente.

### **2.1.5 Do Princípio da Celeridade**

Foi a Emenda Constitucional n.º 45 de 08, de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º na Constituição Federal de 1988, 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”.

Destarte, a celeridade é, um princípio que não rege só os processos nos Juizados Especiais, mas sim todo o processo judicial, ou administrativo, ao qual se submete as partes.

De acordo com o princípio da celeridade, todos têm direito a uma rápida solução do conflito e uma tutela judicial efetiva, ou seja, o Judiciário age rápido e aplica o direito ao caso concreto, satisfazendo as partes e não minando as suas expectativas pelo decurso do tempo.

Para a efetivação da celeridade no Judiciário brasileiro foi necessário a criação de institutos e regras processuais, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis. Pode-se citar como exemplos da concretização do princípio da celeridade a concentração dos atos processuais, imediatismo da audiência de conciliação,

impossibilidade de intervenção de terceiros, irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

No entanto, infelizmente, assim como os outros princípios, não se presencia, diariamente, nos Juizados Especiais Cíveis pelo Brasil, a efetuação do direito à celeridade, pois há longas pautas, com datas espaçadas, maior preferência por peças escritas, e uma crescente demanda que inviabiliza um trabalho célere dos juízes e serventuários da Justiça.

## 2.2 DA AUTOCOMPOSIÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Autocomposição é o procedimento em que as próprias partes do processo – autor e réu - chegam à solução do seu litígio ou contribuem densamente para solução, ficando ambas satisfeitas. Ou seja, é aquele procedimento em que as partes são as protagonistas, participando ativamente do processo.

### 2.2.1 Da estrutura dos Juizados Especiais Cíveis

Os Juizados Especiais Cíveis são compostos, basicamente, pelo juiz togado, juiz leigo e o conciliador. Três figuras processuais que, juntas, permitem uma maior consensualidade na solução dos conflitos frente o Judiciário, já que não há apenas a figura daquele juiz imparcial que julga conforme a lei, de forma individual, sem espaço para que as partes participem da solução.

Necessário advertir, no presente momento, que a consensualidade pela autocomposição é o objetivo do legislador, no entanto, não é a realidade brasileira.

No que se refere ao juiz togado, ele é o responsável por dirigir a tramitação dos processos, devendo observar durante todo o procedimento o respeito aos princípios norteadores dos Juizados e os princípios processuais constitucionais, como isonomia, contraditório e ampla defesa. A própria Lei n. 9.099/95 descreve a tarefa do Juiz togado em seus artigos 5º e 6º<sup>[11]</sup>.

Como se observa, há uma maior liberdade do juiz no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, já que é possível a livre apreciação das provas e determinação das mesmas. Além disso, lhe é permitido, com previsão expressa, julgar como

entender justo e equânime, conforme o fim social da lei e o bem comum, ou seja, o juiz não fica restrito à legalidade estrita do ordenamento, podendo julgar como for o melhor para as partes no caso concreto.

Esta maior liberdade no julgamento, felizmente, é uma grande tendência no judiciário brasileiro, pois, a partir do neoconstitucionalismo, que concedeu força normativa aos princípios, os juízes podem julgar apenas com base em princípios, mesmo que haja previsão legal diversa ou haja lacuna.

O que se busca, atualmente, é a busca pela justiça, não a aplicação da lei estrita. Assim, ao juiz é necessário que haja maior sensibilidade e atenção para verificar a exigência de cada caso, cada conflito, entender qual é a melhor solução à cada um especificadamente, na busca da concretização dos direitos e garantias fundamentais de cada participante do processo.

No entanto, frente à presença do juiz leigo e conciliador, o juiz togado não presencia todos os atos processuais, apenas verifica o respeito às normas e princípios, como já dito. Permite-se, assim, uma maior consensualidade nas soluções dos litígios e participação das partes.

Em relação ao juiz leigo, ele pode presidir a audiência de conciliação, no entanto, seu maior papel é na fase instrutória, a qual ele preside enviando recomendações ao juiz togado para decisão judicial, conforme artigos 37 e 40 do Diploma legal<sup>[12]</sup>.

Ainda, conforme Lei 9.099/95, os juízes leigos devem ser advogados com mais de cinco anos de experiência e são impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais enquanto atuam como juízes leigos<sup>[13]</sup>.

Por fim, os conciliadores auxiliam as partes do processo a chegar a uma conciliação, antes da atuação do juiz. Busca-se que as próprias partes entendam o conflito e cheguem a uma conclusão sozinhas, cabendo ao juiz apenas homologar acordos e transações que concretizem a justiça e satisfaçam as partes.

Sem dúvidas, a conciliação é a maior vitória em busca da consensualidade no Brasil e o instituto mais importante da Lei 9.099/95.

De acordo com a lei colecionada acima, os conciliadores são escolhidos, preferencialmente, entre os bacharéis de Direito, pois assim, podem auxiliar melhor as partes.

#### 2.2.1.1 Da conciliação

A conciliação é um ato judicial através do qual as partes do processo ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. Ou seja, é pela conciliação que se nota o maior sinal da justiça consensual nos Juizados, já que ela permite que as partes cheguem à solução do seu litígio.

Neste diapasão, há um protagonismo das partes e uma concretização dos princípios norteadores dos Juizados Especiais, como a celeridade, a economia processual, a informalidade e a simplicidade.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que as partes, chegando à solução por elas próprias, se sentem mais satisfeitas com o desfecho da lide, não mantendo um conflito interno, de insatisfação com a decisão judicial ou, ainda, evitando o prolongamento da lide por meio de interposição de recursos até as últimas instancias, em decorrência de inconformismo.

No entanto, infelizmente, como se constata na realidade dos Juizados Especiais, não há grande sucesso nas tentativas de conciliação, seja pela inexperiência dos profissionais que não usam as técnicas necessárias para a conciliação, bem como pela displicência dos Estados, Distrito Federal e União, que não investem na qualificação dos profissionais dos Juizados Especiais.

### **3 DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO**

Como já exposto, o acesso à justiça, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser um direito fundamental de todos. A partir disso, legisladores e operadores do Direito passaram a ter a responsabilidade de concretizar tal direito.

Ainda, na nossa recente história democrática, se busca o acesso à justiça, que está longe de ser realidade, mas que está entre os esforços do Legislativo e Judiciário.

### 3.1 DAS ONDAS RENOVATÓRIAS

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra *Acesso à justiça*, identificaram a presença de três ondas renovatórias do acesso à justiça[14].

A primeira onda refere-se à assistência judiciária aos economicamente necessitados, sendo, então, relacionada à barreira econômica que há para o acesso à justiça. No Brasil, esta onda se manifestou na Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, bem como com a Constituição Federal de 1988 e com a instituição da Defensoria Pública.

Já a segunda onda refere-se à tutela pelo Poder Judiciário dos interesses difusos, que não possuem sujeitos determinados. No Brasil, tal onda se concretizou com as Leis da Ação Popular, de Política Nacional do Meio Ambiente, de Ação Civil Pública, de Ação de improbidade, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e Adolescente e do idoso.

Por fim, a terceira onda, objeto do presente trabalho, se relaciona com o acesso à justiça no seu sentido mais amplo, ou seja, a concretizações de técnicas processuais e de profissionalização mais eficazes para se consolidar o acesso à justiça. A qual, no Brasil, se buscou por meio da Lei nº 9.099/95, o que, no entanto, não obteve muito êxito, como se verá adiante.

### 3.2 DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, já havia previsto o direito à Justiça. No Brasil, em 1988, se nota uma maior mudança no cenário jurídico com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, marcada pela recente democracia, prezou por ampliar o direito fundamental ao acesso à justiça ao dispor: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”[15].

Para Mauro Cappelletti, “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”[16].

Nesse sentido, na procura de complementar e efetivar este acesso à justiça, o Poder Constituinte previu a criação de Juizados Especiais para julgar causas cíveis de menor complexidade e causas criminais de infrações de menor potencial ofensivo., sendo regulamentados pela Lei 9.099/95.

O "Acesso à Justiça" não é algo tão fácil de definir. Mauro Cappelletti, como já explanado, com muita maestria, relacionou tal expressão com três ondas, que concretizariam esse acesso à justiça. Para o autor, o acesso à justiça será assegurado quando o Estado possibilitar que todas as pessoas possam reivindicar seus direitos junto ao Judiciário. Ou seja, é necessário uma facilidade de provocação e uma resposta eficaz e eficiente do Judiciário.

Para Mauro Cappelletti, o acesso à Justiça seria realmente alcançado se ocorressem alterações processuais e estruturais que fossem marcadas pelo informalismo, celeridade, oralidade, concentração e livre apreciação das provas, acesso menos oneroso às instâncias judiciais, ampliação e concretização dos métodos alternativos, como o juízo arbitral, conciliação e com incentivos econômicos para a solução de litígios fora dos tribunais<sup>[17]</sup>

No entanto, cabe ressaltar que esses ideais previstos por Cappelletti para o acesso à justiça, não foram aludidos nem levados em consideração pelos legisladores da Lei nº 9.099/95, que, teoricamente, deveriam concretizar a democracia por meio do verdadeiro acesso à Justiça, pois é o diploma normativo que consolida a terceira onda renovatória de acesso à Justiça no Brasil, como já dito.

O ideal seria legislar em conformidade concreta com a Constituição Federal, além de trazer um procedimento totalmente novo, uma lei inovadora que trouxesse benefícios primeiramente ao indivíduo no que diz respeito ao acesso à justiça e depois ao judiciário. Todavia, não é essa a realidade. Em verdade, a lei foi e é uma ilusão de progresso e inovação.

#### **4 DA LEI 9.099/95 E O ACESSO À JUSTIÇA**

A Lei 9.099/95 se originou no cenário jurídico brasileiro como sinal de concretização de acesso à justiça, mais precisamente no que se refere à terceira onda renovatória, como ressaltado anteriormente. Mas, com o passar dos anos a

prática do dia-a-dia dos Juizados Especiais demonstrou que o diploma legal não chegou ao seu objetivo ideal.

#### 4.1 DA REALIDADE DOS JUIZADOS CÍVEIS NO BRASIL

A Lei 9.099/95 se mostra ineficaz em relação à resolução de conflitos intersubjetivos, pois ainda não há um incentivo eficaz do Judiciário, diploma normativo igualmente eficaz e profissionais capacitados para a conciliação e mediação.

No mesmo sentido, à luz do ensinamento de Roberto Portugal Bacellar, o sistema judicial como um todo não resolve o conflito, pois a “lide sociológica” ainda fica sem solução, já que o judiciário só soluciona a “lide processual”. Ou seja, a verdadeira pacificação social viria com o consenso das partes, o que não é concretizado.

Como demonstra os ensinamentos de Roberto Bacellar:

A par dessas questões já conhecidas, o sistema judicial, em parcela significativa dos casos, não resolve a “lide sociológica”, mas apenas a “lide processual” (aquela descrita no processo judicial). Distingue-se, portanto, aquilo que é trazido pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário daquilo que efetivamente é interesse das partes. Lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes as petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites da “lide processual”, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociologica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados aos processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos. O Poder Judiciário, com sua estrutura atual, trata apenas superficialmente da



conflitualidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo o conflito[18].

Nesse sentido, não há, em verdade o acesso à justiça no Brasil. Isso porque, conforme Bacellar, a verdadeira justiça se alcança com o consenso, com a resolução alternativa, em que as partes são as protagonistas e resolvem seus conflitos apenas amparadas por um profissional capacitado em técnicas de mediação e conciliação:

A finalidade do Poder Judiciário é a pacificação social e, portanto, independentemente do processo e do procedimento desenvolvidos para a resolução dos conflitos no âmbito do que se denomina monopólio jurisprudencial, também cabe ao Judiciário incentivar mecanismos e técnicas que mais aproximem o cidadão da verdadeira justiça [...] A verdadeira justiça só se alcança quando os casos ‘se solucionam’ mediante consenso. Não se alcança a paz resolvendo só parcela do problema (controvérsia); o que se busca é a pacificação do conflito com a solução de todas as questões que envolvam o relacionamento entre interessados.[19]

Ao se deparar com o procedimento real dos Juizados Especiais, logo se nota uma desvalorização da conciliação e protagonismo das partes na resolução de seus conflitos. Hoje, em decorrência do excesso de processos, da indiferença dos advogados pela oralidade e falta de profissionalização dos auxiliares da justiça, as audiências de conciliação não duram ao menos dois minutos, as partes são incentivadas a se conciliarem de forma superficial e tudo isto em “processo industrial”, pois é uma audiência atrás da outra, sem o cuidado e atenção que cada conflito merece.

A idealização do legislador foi coerente, mas não concreta. Dever-se-ia prever a obrigação de especialização em conciliação para a atuação como conciliador, não apenas bacharel em direito. Também seria crucial uma atenção de conciliadores com cada conflito e pessoas, uma maior demanda de tempo que seria mais eficaz, já que levaria à conciliação de fato.

Além disso, o magistrado deve ter a sensibilidade de também incentivar a conciliação das partes em audiência de instrução e também deveria se especializar nas técnicas de mediação e conciliação.

Os problemas da falta de profissionalização e grande demanda podem ser bem resolvidos por meio de uma legislação mais eficaz e uma conscientização dos servidores e auxiliares da Justiça. Além desses problemas, nota-se na prática dos Juizados entraves burocráticos e falta de incentivo financeiro do Estado em proporcionar infraestrutura com ambiente adequado para conciliação, em mutirões de conciliação, na profissionalização dos profissionais e mais contratações para se chegar ao ideal para a demanda brasileira.

Como já explanado, a Lei consagra princípios primordiais ao acesso à justiça, porém, no dia-a-dia dos Juizados, não há a concretização da celeridade, informalidade, oralidade e simplicidade. O que se nota é uma morosidade em decorrência do abandono da oralidade pelos advogados, pelo excesso de demanda, pela falta de profissionais e falta de incentivo.

Enfim, não há a eficácia do acesso à justiça no Brasil, mas há caminhos para se chegar lá. A Lei 9.099/95 já demonstrou a preocupação do legislador com esse direito fundamental. Mas isto não basta, resta, ainda, uma evolução do Estado e dos operadores do direito.

#### 4.2 DOS NOVOS RUMOS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM BUSCA DO ACESSO À JUSTIÇA

Como se notou pelo capítulo anterior, o acesso à justiça ainda não é uma realidade no Brasil. No entanto, o Direito brasileiro está em processo de mudança em busca da garantia ao acesso à justiça.

A grande novidade no cenário jurídico é o novo código de processo civil que trouxe grandes mudanças e uma busca de efetivação do acesso à justiça.

Todo o novo código é estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Pela primeira vez no Judiciário Brasileiro, há uma lei que disciplina a mediação e conciliação.

Logo nos primeiros artigos, o novo Código de Processo Civil, artigo 3º, §2º traz uma nova norma fundamental; o princípio da promoção pelo estado da solução por autocomposição. É a consagração de uma política pública, uma meta do Estado para adotar atos que estimulem a solução por meio autocomposição. Ou seja, é a busca do protagonismo das partes, para que elas resolvam seus conflitos com amparo do Estado e, assim, a lide processual e sociológica sejam solucionadas.

Como se nota pelo dispositivo legal, o estímulo à autocomposição deve vir do Estado e de todos integrantes da justiça. Ou seja, juízes, advogados e defensores devem pautar suas atuações na busca pela autocomposição. Essa valorização da autocomposição é algo ainda não visto na prática forense brasileira.

Ainda, demonstrando grande evolução, o próprio legislador oferece benefícios às partes que chegarem à autocomposição, como a dispensa das custas processuais, mesmo que o processo esteja em instrução[20].

Em seguida, outra novidade é a previsão expressa do princípio da cooperação, no artigo 6º. O objetivo é transformar o processo em um ambiente cooperativo, em uma comunidade de trabalho em que vigorem a lealdade e o equilíbrio entre os sujeitos do processo[21].

Dessa forma, há o estabelecimento definitivo do modelo de processo cooperativo no Brasil, no qual, os sujeitos do processo devem dialogar na busca da igualdade e equilíbrio, levando a uma decisão justa e ao verdadeiro acesso à justiça.

Por fim, há uma seção destinada aos conciliadores e mediadores, na medida de regular a atuação. Há nessa medida, a previsão de princípios destinados à conciliação e mediação, como o princípio da independência do conciliador e mediador, princípio da imparcialidade do conciliador e mediador, princípio da confidencialidade, da oralidade, informalidade e da decisão informada.

Há a previsão de centros judiciários de solução judicial de conflito, os quais terão competência para as audiências de conciliação e mediação. Os

conciliadores e mediadores capacitados serão os responsáveis pelas audiências de conciliação. Além disso, serão centro de desenvolvimento de política pública, incentivando a resolução alternativa e estudos sobre o tema.

Além disso, o novo código resolve a problemática de falta de capacitação ao prever um requisito mínimo para a atuação, a capacitação mínima[22].

Portanto, prevê-se, de agora em diante, o ambiente adequado para a conciliação, que será destinado apenas para isto e a capacitação dos profissionais. Isto, sem dúvidas, leva a uma valorização e efetivação da solução alternativa de conflitos e, em consequência, ao acesso à justiça, pois, na medida em que as partes participam da resolução de seus conflitos, há uma decisão justa.

Convém ressaltar que o atual Código de Processo Civil demonstra uma preocupação do legislador com a democratização do processo, autocomposição e acesso à justiça, por consequência, trazendo ao Poder Judiciário uma maior efetividade, eficiência e justiça.

Conforme discurso do Ministro Celso de Mello, o Código de Processo Civil:

Propiciar não só maior acessibilidade do cidadão ao sistema de jurisdição estatal ou aos modelos alternativos de composição dos litígios mediante conciliação, arbitragem ou mediação, mas conferir, também, real efetividade à cláusula constitucional que assegura a todos os cidadãos o direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas.[23]

Ressalta-se que as ditas evoluções se aplicam ao procedimento comum, mas que devem, sem dúvida, interferir nos procedimentos sumaríssimos, pois a Lei 9.099/95 não se mostrou eficaz na autocomposição, no regramento da conciliação e mediação e no acesso à justiça. Portanto, é crucial que se aplique o novo regramento aos processos sumaríssimos para se chegar à concretização do direito fundamental do acesso à justiça.

Por fim, cumpre advertir que deve-se conter os ânimos de evolução, na medida em que a prática jurídica pode não coincidir com o texto normativo, já que no plano concreto a norma pode-se demonstra ineficaz. Espera-se uma nova evolução real, na concretização da autocomposição, celeridade, economia processual e o tão inalcançável acesso à justiça.

## **5 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na história legislativa do Brasil, observa-se grande evolução desde a a Constituição Federal de 1988, que assegurou o acesso à justiça em todas as ondas renovatórias. A Carta Maior deixou ao legislador infraconstitucional a tarefa de normatizar a respeito, o que demorou alguns anos, mas ocorreu.

O trabalho legislativo foi razoavelmente bom. Todavia, há algumas lacunas, no que se refere à terceira onda renovatória de amplo acesso à justiça.

A lei 9.099/95, na prática, não se mostrou muito eficaz no acesso à justiça em decorrência de vários fatores, como omissões legislativas, excesso de demanda e falta de incentivo do Estado aos Juizados Especiais, com profissionalização e infraestrutura.

Chegou-se à conclusão de que a verdadeira justiça é aquela em que as partes saem totalmente satisfeitas, àquela em que elas participam da resolução do seu conflito, para que a lide processual e sociológica sejam solucionadas.

Nesse sentido, entendeu-se que a autocomposição é a melhor forma para se atingir a justiça. No entanto nota-se que o Judiciário Brasileiro, mesmo que por meio do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, não incentiva a autocomposição e muito menos a concretiza.

Visualizou-se, ao final, um novo diploma normativo que poderá concretizar o acesso à justiça, ou, ao menos, ser um grande passo ao seu alcance. O atual Código de Processo Civil traz como princípio norteador do processo civil brasileiro a promoção pelo Estado da solução por autocomposição, a cooperação no processo e disciplina a conciliação e mediação, trazendo profissionalização e centros específicos para a prática. Finalmente, demonstra-se grandes possibilidades de maior acesso à justiça no Judiciário Brasileiro.

## 6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BAROUCHE. Tônia de Oliveira. **O juizado especial e a proposta de acesso à justiça**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/19873/o-juizado-especial-e-a-proposta-de-acesso-a-justica#ixzz3nzXUkqn3>> Acesso em: 08 de mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

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

BRASIL. **Lei nº 9.099**. Brasília, DF: Senado, 26 de setembro de 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis e federais: uma abordagem crítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; Grinover, ADA PELLEGRINI. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Malheiros editores LTDA. 2010

CONSULTOR JURÍDICO. **Para Celso de Mello, novo CPC vai democratizar acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/celso-mello-cpc-democratizar-acesso-justica>> Acesso em: 09.mar.2017.

DIDIER, Fredie Jr.. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009, v.1.

NETO, Fernando da Costa Tourinho e JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à lei [9099/95](#). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOTAS:

[1] Art. 2º, Lei nº 9.099/95: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

[2] O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

[3] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.118-119

[4] BAROUCHE. Tônia de Oliveira. **O juizado especial e a proposta de acesso à justiça**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/19873/o-juizado-especial-e-a-proposta-de-acesso-a-justica#ixzz3nzXUkqn3>>  
Acesso em: 08 de mar. 2017.

[5] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Artigo 5º, XXXV Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

[6] Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

[7] NETO, Fernando da Costa Tourinho e JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei 9099/95**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.43.

[8] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis e federais: uma abordagem crítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.8

[9] Dicionário Michaelis. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=simplicidade> Acesso em 08.mar.2017.

[10] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; Grinover, ADA PELLEGRINI. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Malheiros editores LTDA. 2010, p.79-80

[11] Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

[12] Art. 37. A instrução poderá ser dirigida por Juiz leigo, sob a supervisão de Juiz togado.

Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

[13] Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

[14] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11

[15] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: Artigo 5º**, XXXV Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



[16] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.11

[17] Id. Ibid. p. 11 e p.91

[18] BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: **A nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.223

[19] Id. Ibid. p.222

[20] Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

§ 3º se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

§ 4º se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade

[21] Art. 6º Todos os sujeitos do processo **devem cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[22] Art. 167. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

[23] CONSULTOR JURÍDICO. **Para Celso de Mello, novo CPC vai democratizar acesso à Justiça**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/celso-mello-cpc-democratizar-acesso-justica>> Acesso em: 09.mar.2017.

## **A ALIENAÇÃO PARENTAL E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

**ÍTALO SILVA DANTAS:** Advogado.  
Bacharel em Direito. Faculdade 7 de Setembro.

**Resumo:** O princípio da afetividade possui, embora não positivado expressamente em nosso ordenamento jurídico, encontra respaldo em várias disposições constitucionais, de forma implícita. O princípio em questão é, em verdade, a consideração que se faz a partir do que se tem por indispensável à uma família, independentemente da forma que venha a ganhar. Vale salientar, ademais, que seus preceitos refletem imediatamente na alienação parental, que prejudica sobremaneira suas disposições.

**Palavras-chave:** Princípio da afetividade. Alienação parental.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho busca, inicialmente, traçar linhas gerais acerca do princípio da afetividade, demonstrando que, nada obstante a ausência de disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro, diversas determinações constitucionais acabam por consagrá-lo de forma implícita.

A partir disso, desenvolve-se a ideia de ferimento do postulado em comento a partir da alienação parental. Para tanto, busca-se demonstrar que o ato de alienação, odiável pelo senso comum, é reputado ilegal quando levados em conta os preceitos que emanam do princípio da afetividade.

Embora não se esgote o tema nesse estudo, o processo de desintegração do princípio da afetividade é demonstrado a partir do processo de alienação parental.

### **2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

“afeto” é elemento já reconhecido por doutrinadores como uma referência à construção das relações em família. Também se acentua tal elemento em texto de Dias (2009) como fundamento de uma corrente doutrinária que julga ser este um dos elementos base para compreensão do atual conceito de família.

O princípio da afetividade interessa a essa discussão por desbiologizar a paternidade e priorizar o vínculo de afeto no ambiente familiar introduzindo o conceito de parentalidade socioafetiva que, em texto de Tartuce (2010) é citado como referência a uma nova forma de parentesco civil.

Flávio Tartuce (2010, p. 8) interpretando textos da Constituição Federal classifica em quatro os “fundamentos essenciais do princípio da afetividade”, assim distribuídos:

1º - a igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme art. 226, § 6º da CF;

2º - a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§ 5º e § 6º do art. 226 da CF);

3º - A comunidade forma por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família § 4º do art. 226 da CF;

4º - **O direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.** (art. 227) (grifo nosso).

Acentua-se nesse quarto parágrafo que a convivência familiar é direito fundamental já reconhecido também no Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante lei nº 8.069/90, conforme se vê no caput do art. 19 desse dispositivo:

Art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada

a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990, não paginado).

Nesse sentido, convém destacar que atos como o da prática da alienação parental que prejudica a relação de afeto da criança ou do adolescente em ambiente familiar, impedindo o desenvolvimento normal da personalidade desses sujeitos de direito, fere, por assim dizer, um direito fundamental e, por conseguinte, configura-se como afronta ao princípio da afetividade.

Entendida, conforme caput do art. 2º da Lei de Alienação Parental ou Lei nº 12.318/2010 como: “a interferência na formação psicológica da criança e do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo a estabelecimento ou à manutenção e vínculo com estes”. Maiores detalhes, ver em: FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graziela. **Alienação parental**: comentários à Lei nº 12.318/2010. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 20.

O princípio da afetividade não está expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, nem no Código Civil. Esse princípio pode ser interpretado considerando-se o art. 1º, inciso III, § 7º do art. 226 e caput do art. 227 da Constituição Federal e chama para si, a necessidade de relações familiares embasadas em situações de respeito, afetividade e solidariedade.

Trata-se de um princípio que tem como objetivo valorizar mais as pessoas “na qualidade singular que lhes é inerente”, assim como as relações familiares tornando as pessoas mais humanas em suas relações com seus entes. Rosenvald (2007) ao comentar acerca da afetividade, cita que esta é a base que forma as relações sociais e as relações em família, sendo um elemento importante para que essas relações se dêem com respeito.

Outro ponto importante que se destaca quando se fala desse princípio é o fato de o afeto estar associado à solidariedade que as pessoas usam quando precisam compartilhar valores. Acerca desse termo, Cabral e Lacerda (2010, não paginado) dizem que:

[...] a solidariedade se constitui indispensável característica do grupo que estabelece laços afetivos, divide um espaço físico e suas experiências emocionais, muitas vezes, compartilhando alegrias e vitórias, por outras, dores e insucessos, cujo objetivo maior é atender reciprocamente às necessidades e garantir o direito à dignidade de cada um de seus membros.

Nesse mesmo tom, corroboram Farias e Rosenvald (2008, p. 72) ao discorrerem que:

[...] o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, construída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente.

O elemento basilar que dá nome ao Princípio da afetividade, o afeto, confunde-se com termos como “laços afetivos”, “cuidado com o outro”, “afetividade” ou ainda “responsabilidade”, todos elementos sem os quais se tornaria impossível construir boas normas de convivência e relações em família (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 72).

### **3 A ALIENAÇÃO PARENTAL E A DESINTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

O ato de alienação parental é interpretado como ato que fere direitos da criança e do adolescente em convívio familiar. Nesse sentido, é oportuno dizer que em uma família na qual se tenha comprovado essa

prática, há uma desintegração do princípio da afetividade e por assim dizer pode-se tornar confusas as relações de afeto ali construídas.

Cuidar com responsabilidade protegendo o outro é uma situação de afeto e, portanto, condizente com as posições assumidas pelos genitores e demais cuidadores na família. Uma família na qual se preze pelas boas relações afetivas deverão prevalecer, em tese, três aspectos, quais sejam: “criar sólidos laços afetivos, auxiliar a dinâmica das relações familiares através da cooperação recíproca e minimizar os conflitos a fim de promover o equilíbrio no âmbito familiar” (CABRAL; LACERDA, 2010, não paginado).

Cabral e Lacerda (2010) também pontuam os valores que podem ser direcionados a essa condição de afetividade no ambiente familiar. Ou seja, uma família que está se constituindo com relação de afeto e de valor, deverá constituir-se a partir de uma base sólida de respeito, confiança, cuidado, atenção e afeto, que seja no âmbito das relações hierárquicas (mesmo nível de hierarquia familiar, exemplo: de irmão para irmão) ou verticais (marcada por diferentes níveis hierárquicos. exemplo: pai para filho). Vê-se, pois:

De fato, a esfera do "ser" é a que se liga diretamente à preservação da dignidade da pessoa humana, pois muito mais importantes são os valores a ela inerentes do que aqueles que se referem aos direitos subjetivos, de conteúdo patrimonial. Assim, os direitos pessoais ou existenciais compreendem uma gama muito maior e infinitamente mais valiosa que os direitos meramente materiais. Exatamente por trabalhar com esse objeto de estudo de conteúdo ético, as questões concernentes à família se revestem de especial importância devido ao seu caráter de direito extrapatrimonial, decorrentes da dignidade da pessoa humana (CABRAL; LACERDA, 2010, não paginado).

Assim, fica compreendido que o princípio da afetividade normatiza relações de convivência humana entre pessoas que fazem parte de um mesmo grupo social e a família inclui-se como um desses grupos.

#### **4 CONCLUSÃO**

Os laços afetivos possibilitam que as pessoas se amem, se respeitem e desejem a felicidade reciprocamente - atitudes que permitem construir pontes sobre os abismos emocionais, ligando as pessoas por vínculos perenes. O afeto é o propulsor do desenvolvimento do senso de respeito e de cuidado nas relações familiares. Aliás, não apenas sob as vestes jurídicas, mas também em outros ramos das ciências humanas e sociais.

Ou seja, trata-se de um princípio fundamental para que a família viva e sobreviva sem maiores queixumes, respeitando-se a buscando, juntos, se construirão. O Direito não se esqueceu dessa necessidade e contempla no princípio da afetividade esse diálogo proposto nas relações sociais de afeto que unem familiares nos mais diferentes níveis sociais.

Dessa forma, a alienação parental se revela como uma violenta forma de atentado aos preceitos advindos do princípio da afetividade, posto que impede que a criança ou o adolescente relacione-se de forma saudável com os seus pais, biológicos ou afetivos, deixando, dessa forma, de cultivar o afeto existente entre eles.

## **BIBLIOGRAFIA**

CABRAL, Tinoco Boechat; LACERDA, Hildeliza. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. . Acesso em: 5 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson<sup>o</sup> **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2010. Disponível em: . Acesso em: 1 abr. 2015.

## **PRÁTICAS PUBLICITÁRIAS E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA**

**FERNANDO COSTA SANTOS BEZERRA:**  
Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado.

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é demonstrar o impacto negativo da publicidade dirigida ao público infantil e a importância de regulamentá-la, impondo limites, fundamentados no princípio da proteção integral à criança. A metodologia utilizada foi a divisão em capítulos, partindo de uma análise geral para uma específica sobre o tema. De início, há a contextualização do tema com conceitos e princípios. A seguir, com o intuito de demonstrar a proteção legal do direito da criança, no Brasil, analisaremos a Constituição Federal (CF-88), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBAP). E, por fim, será visto a necessidade de uma lei que regule especificamente a publicidade dirigida às crianças, que somente visam ao lucro em detrimento do pleno desenvolvimento da criança.

**Palavras chave:** Criança. Publicidade. Consumo. Legislação.

---

### **INTRODUÇÃO**

A regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil é alvo de discussões entre doutrinadores, operadores do direito e a sociedade, na busca de maior proteção às crianças quanto aos abusos cometidos pelas empresas publicitárias.

A criança necessita de proteção especial, em virtude da sua vulnerabilidade e condição especial de pessoa em desenvolvimento e criação de sua personalidade, devendo ser preservada de influências negativas, em virtude de valores irrecuperáveis, necessários para a construção de uma sociedade saudável e ética.



As consequências da influência da mídia na vida das crianças afetam desde o seu físico quanto o psicológico, podendo permanecer por uma vida inteira, se estendendo também a toda família.

Apesar de existir normas que indiretamente já proíbem a publicidade neste sentido, a prática continua a existir, sem punições suficientes, necessitando de lei específica, mais restritiva e severa.

Com efeito, é justamente esse o objetivo deste trabalho, demonstrar as ações da mídia em relação à criança, suas consequências e buscar soluções efetivas capazes de conferir maior eficiência à proibição da publicidade direcionada às crianças a partir da colaboração da família, sociedade e criação de Lei que regulamente especificamente esse tipo de publicidade.

Desse modo, será avaliada a profundidade da importância da criação de Lei proibitiva, cuja possibilidade gera impasses quanto ao princípio constitucional da liberdade de expressão, defendido principalmente pelas empresas publicitárias que são contra a intervenção estatal neste sentido.

## **1. RELAÇÃO DE CONSUMO**

### **1.1 Relação de consumo. Conceito e princípios**

O doutrinador Machado Segundo<sup>[1]</sup> preceitua que a relação de consumo tem suas origens na formação das sociedades complexas, na qual há uma divisão das pessoas em grupos, ou melhor, classes, que procuram defender e priorizar suas ideias e objetivos, gerando, conseqüentemente, um conflito interno na sociedade, fruto também do anseio do homem por liberdade e necessidade de conviver com seus semelhantes.

Leciona, também, Cavalieri Filho<sup>[2]</sup> que, o dia 15 de março de 1962, foi um dos marcos mais importantes para a história do direito do consumidor, quando o presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy afirmou:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente

organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.

E continuado seu discurso, o presidente dos Estados Unidos reconheceu os direitos do consumidor, citando também quatro direitos fundamentais ao consumidor (direito à saúde e à segurança, direito à informação, direito à escolha e direito a ser ouvido), que tiveram repercussão mundial, fazendo com que o dia 15 de março passasse a ser o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

Em 1973, a ONU – Organização das Nações Unidas, na 29ª Sessão em Genebra, reconheceu os direitos fundamentais do consumidor, e em 1985, positivou o princípio da vulnerabilidade no plano internacional, fazendo com que cada país positivasse a proteção do consumidor em sua jurisdição interna, melhorando a qualidade de produtos e serviços.

No Brasil, foi a emenda nº. 1/69 da Constituição de 1967 que trouxe a proteção consumerista, e a Constituição de 1988 consagrou essa proteção ao consumidor em seu artigo 5º e a recente criação de uma lei específica, em 1990, para reger em harmonia as relações de consumo – o Código de Defesa do Consumidor – que atualmente é um exemplo a ser seguido por outros países, por ser eficaz, como afirma Antonio Prudente de Almeida[3].

Passa-se agora, a destacar os princípios mais relevantes para o presente trabalho norteadores das relações de consumo, adotados como técnica legislativa que norteia, direciona e proporciona maior celeridade na aplicação do direito no caso concreto. A doutrina define os seguintes princípios:

a) Vulnerabilidade do consumidor

Esse princípio declara a condição de vulnerável do consumidor, de modo que presume objetivamente que todos os consumidores são vulneráveis, não sendo suscetível de prova em contrário em lide processual. Essa vulnerabilidade se dá em face do poder técnico e econômico do fornecedor, com o objetivo de igualar, equilibrar a relação consumerista sem que haja prejuízo para ambas as partes, e sim uma satisfação mútua.

Luiz Antonio Rizzato Nunes [4] discorre pontualmente sobre o poder técnico e econômico do fornecedor:

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais.

O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é exceção à regra geral.

O poder do fornecedor está também no fato de ser o agente ativo que escolhe o que produzir e o que fornecer, ou seja, qual o produto e serviço que colocará no mercado consumidor, de modo que o consumidor deve escolher entre aquilo que lhe é imposto pelos fornecedores, detentores dos meios de produção, ficando aqueles a mercê, portanto, de consumir o que estes produzem.

Essa aparente desigualdade surge como forma fundamental de se estabelecer a igualdade perante a lei, conforme estabelece o artigo 5º da Constituição Federal, que, segundo Almeida<sup>[5]</sup>:

Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais ser tratados desigualmente na exatamedida de suas desigualdades.

b) Princípio da Hipossuficiência e inversão do ônus da prova

Diferentemente da vulnerabilidade, todo consumidor é hipossuficiente até que se prove o contrário, trata-se de uma presunção subjetiva.

A hipossuficiência é um critério processual utilizado quando necessário para garantir o princípio de igualdade, entre o consumidor e o fornecedor.

O juiz pode, em relação ao consumidor, considerar a sua hipossuficiência jurídica, de informação ou econômica e estabelecer, em decorrência disto e da verossimilhança das alegações, que também é um pressuposto, a inversão do ônus da prova.

Ao inverter o ônus da prova do consumidor para o fornecedor, se impõe a este a obrigação de demonstrar em juízo, em sua defesa, que as alegações do consumidor não condizem com a verdade.

Nesses casos, considera-se que o fornecedor é detentor do saber técnico, ou seja, das informações dos meios de produção de suas mercadorias, e possui maior poder econômico, possibilitando-o de arcar com as despesas do processo, bem como das despesas decorrentes da produção de provas, além de ser suficiente juridicamente, posto que dispõe de um apoio jurídico, ou seja, de profissionais de direito, mais qualificados, fato este também ligado ao poder econômico.

Assim, o juiz assegura a inversão do ônus da prova ao consumidor, conforme disposto no art. 6º, VIII do CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

c) Princípio da informação e transparência.

É direito fundamental do consumidor a informação clara e precisa, conforme garante o artigo 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor:

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

O intuito do legislador, ao redigir esses artigos, foi suprir a hipossuficiência de informação do consumidor médio, e impulsionar o conhecimento deste sobre seus direitos, deveres na relação de consumo, bem como das qualidades e riscos que os produtos e serviços oferecem.

Luiz Antonio Rizzato Nunes<sup>[6]</sup>, preceitua:

Dever de informar: com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços e etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.

Assim, está o fornecedor obrigado a prestar todos os esclarecimentos sobre os produtos e serviços que expõe no mercado consumidor, indispensáveis para a decisão de consumir ou não, devendo ser transparente desde a concepção do produto até o pós-venda, no qual deverá estar de prontidão para prestar informações, evitando-se assim o abuso do poder econômico.

Como ensina o Ilmo. Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva<sup>[7]</sup>:

O princípio da transparência, essencialmente democrático que é, ao reconhecer que, em uma sociedade, o poder não é só exercido no plano da política, mas também da economia, surge no Código de Defesa do Consumidor, com o fim de regulamentar o poder econômico, exigindo-lhe visibilidade, ao atuar na esfera jurídica do consumidor.

Não basta que o fornecedor abstenha-se de falsear a verdade, de modo que a omissão também não é aceita, como bem explica o Ilmo Fábio Ulhoa <sup>[8]</sup>:

De acordo com o princípio da transparência, não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento.

Nos contratos, de igual modo, deverá prevalecer o princípio da informação e transparência, como ensina Cláudia Lima Marques<sup>[9]</sup>:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Ademais, usar-se-á o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor quando havendo omissão de informação em cláusula contratual, e, diante de uma dúvida, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor:

Art. 47 do CDC: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

## 1.2 Publicidade, Propaganda e Mídia

Publicidade, segundo Momberger<sup>[10]</sup>, é toda informação utilizada para promover a venda de determinado produto:

O objetivo da publicidade é persuadir o comprador para que este adquira o produto anunciado, despertando-lhe necessidades e o desejo em satisfazê-las através da aquisição dos produtos anunciados.

São utilizados, para veicular a publicidade, diversos meios de comunicação, que são denominados em sua generalidade de mídia. Ao falar de mídia, Edson Benetti discorre sobre sua funcionalidade:

Sua função básica, em face dos objetivos/estratégias de mercado e comunicação, é propor caminhos (estratégias e táticas) para que a mensagem chegue ao público alvo. Nesta tarefa, o profissional de Mídia procura, através de pesquisas existentes, identificar meios e veículos de comunicação que atinjam o consumidor na qualidade e quantidade (perfil) exigidos pelos objetivos de marketing.

A propaganda difere da publicidade pelo seu objeto, enquanto que nesta é o lucro, ou seja, promover a venda de determinado produto, naquela é difundir determinada ideia ou ideologia, excluindo-se o caráter econômico. Senão vejamos.

A propaganda é aquela que visa difundir uma ideia, difundir conceitos e valores de um sistema ideológico.<sup>[11]</sup>

Porém, vê-se ser comum a utilização dos dois termos, publicidade e propaganda, para um significado, como por exemplo, na própria Constituição Federal, em seu artigo 220 § 3º inciso II e § 4º.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º - Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Bem como na linguagem cotidiana de renomados profissionais publicitários, como Vera Aldrighi<sup>[12]</sup>:

A propaganda é uma tática mercadológica, um instrumento de vendas. ...a propaganda tem importante função específica: a persuasão do consumidor.

Ao falar sobre publicidade, utilizou a autora, da palavra propaganda, isso porque, culturalmente são empregadas indistintamente no vocabulário da população, embora tecnicamente possuam conceitos distintos.

## 2. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PROTEÇÃO À CRIANÇA

Com o intuito de demonstrar a base legal que se fundamenta a necessidade de legislação específica que regule, com restrições severas, a publicidade dirigida ao público infantil, analisaremos a Constituição Federal (CF-88), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código de Defesa do



Consumidor (CDC) e o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBAP).

Na Constituição Federal (CF-88), em seu primeiro artigo, inciso três, está amparado o direito da dignidade da pessoa humana:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

Assim deve-se buscar o desenvolvimento da criança amparado ao direito à dignidade da pessoa humana, de modo a preservar a saúde, o bem-estar e a educação.

A Constituição, em seu artigo 227, estabelece o dever, como sociedade, como família, de garantir, dentre outros direitos de similar importância, a dignidade da criança.

Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Não se deve, portanto, responsabilizar exclusivamente o Estado pela proteção e formação física e moral das crianças.

Em decorrência do poder de autoridade que pais, tutores, professores possuem sobre as crianças e adolescentes eles possuem o dever de protegê-los, tanto fisicamente como psicologicamente, evitando que sejam negligenciados e explorados.[\[13\]](#)

Todos são igualmente responsáveis por assegurar tais direitos às crianças, inclusive, a família e a sociedade aparecem antes mesmo do Estado na ordem da escrita do texto constitucional do artigo supracitado, sugerindo serem os primeiros e principais responsáveis, conforme diz Momberger<sup>[14]</sup>:

Todos são responsáveis igualmente pela criança e adolescente e não é obrigatoriedade de nenhuma dessas entidades assumirem a responsabilidade com exclusividade, nem pode alguma delas se eximir de assumir a responsabilidade que lhe é devida.

Assim, é o adulto que possui a capacidade de discernimento para distinguir o que é verdade e o que não é. Segundo Magy<sup>[15]</sup>:

Acho que as maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda. O público adulto consegue discernir o que é exagero do que é verdade. Ele sabe que um comercial assinado por determinado fabricante foi pago por este fabricante e, portanto, quem está falando bem deste produto é o próprio fabricante.

Sendo este, portanto, mais um motivo de se prestar a ser o filtro necessário para as crianças, fundamentado no princípio da proteção integral, consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 1º do ECA traz princípio da proteção integral:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Trata-se de um princípio basilar da Lei 8.069/90, cujo fundamento se estabelece na fragilidade e vulnerabilidade da criança, destinado à assegurar a esta a ampla assistência quanto ao seu desenvolvimento físico e mental, conforme Chaves<sup>[16]</sup> discorre sobre o conceito de proteção integral:

Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da

concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte.

Conforme preceitua o artigo 3º do ECA, a criança tem plena capacidade jurídica quanto aos direitos fundamentais, ou seja, são sujeitos de direitos:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A mídia possui forte influência na formação de opiniões, padrões de comportamento e disseminação de valores na vida das crianças, pois, estas tem bastante contato com a tecnologia dos meios de comunicação, que estão por toda parte, mas, diferentemente, dos adultos, não têm capacidade de reconhecer a publicidade pelo seu caráter persuasivo, e sendo sujeitos em processo de formação física e psíquica, absorvem tudo aquilo que se quer transmitir.

Assim, a publicidade dirigida às crianças, por ser abusiva, não faculta o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças, em condições de liberdade e de dignidade.

Os artigos transcritos a seguir reafirmam o artigo 227 da Constituição Federal e atribuem à família e a sociedade a responsabilidade de, no sentido amplo, cuidar das crianças, não sendo um dever privativo do Estado:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 70 - É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Apesar disso, os pais esperam do Poder Público uma maior observância ao público infantil, em especial às publicidades dirigidas a este. Segundo dados estatísticos, do ano de 2010, do Instituto Alana<sup>[17]</sup>, organização sem fins lucrativos:

Sete em cada dez pais entrevistados afirmam que são influenciados pelo pedido dos filhos, na hora da compra e 73% dos pais concordam que deveria haver restrição ao marketing e propaganda voltada às crianças. Para os pais, os maiores influenciadores dos pedidos dos filhos, entre sete itens estimulados, são as propagandas (38%). Em segundo patamar estão os personagens de TV ou filmes e programas de TV (18% e 16% respectivamente)

A criança merece atenção especial em virtude da sua vulnerabilidade, hipossuficiência e da sua condição de pessoa em desenvolvimento, que exige maiores cuidados e é por isso que se faz necessário respeitar essa população mais frágil e preservá-la de distorções em busca de um desenvolvimento sadio de sua personalidade. Os artigos a seguir buscam proteger a condição peculiar da criança e o desenvolvimento de sua pessoa:

Art. 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 17 - O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da

imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 53 - A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho(...)

Art. 71 - A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Hoje, os meios audiovisuais são os principais veículos de informações e de entretenimento, tanto por ter se popularizado em todas as classes sociais, como pelo fato da maioria da população ter dificuldade de acesso a eventos presenciais artísticos e culturais. Assim, o artigo 76 do ECA tem a finalidade de proteger as crianças à exposição desnecessária e maléfica aos programas de televisão e emissoras de rádio que não convém para a formação de sua personalidade:

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

No entanto, vê-se que os programas infantis, quando existe, porque são poucos nas emissoras abertas, não cumprem seu papel fundamental de educar artística e psicologicamente a criança quando se atém a oportunidade de estimular o consumo exacerbado, ainda que permitindo publicidades com esta finalidade, conforme Momberger<sup>[18]</sup>:

O objetivo maior das empresas de televisão é gerar lucros, somente poucos programas na televisão atendem à finalidade educativa, pois os programas são pagos por anunciantes que querem vender seus produtos ou serviços.

Assim como na Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente não possui dispositivo sobre a publicidade dirigida às crianças.

Em seu artigo 36, o Código de Defesa do Consumidor preceitua:

Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

A criança tem hipossuficiência de discernimento, não sendo a ela cabível o papel de fácil e imediatamente identificar a publicidade como tal em seu objetivo persuasivo.

Por essa razão, é que a publicidade deveria ser direcionada aos pais e não às crianças. Acontece que, os pais estão cada vez mais ausentes do lar em função do emprego, ou, quando estão presente, utilizam a televisão como babás das crianças, como meio de distração dos seus filhos.

Segundo pesquisa realizada pela PNT - Painel Nacional de Televisão IBOPE, a criança brasileira de 4 a 11 anos, em 2006 passava em média 4 horas 51 minutos e 19 segundos assistindo à televisão, em 2012, esse número aumentou para 5 horas e 17 minutos. É mais tempo assistindo televisão do que na sala de aula da escola, que são em média 4 horas.

Assim, a mídia, pode passar a ser, em razão de maior tempo em contato com a criança, o primeiro fator de criação e construção da subjetividade e valores, e não mais a família ou a escola..

Segundo censo do IBGE[19], no ano 2010, são, aproximadamente, 41 milhões de crianças até onze anos de idade, ou seja, na visão dos comerciantes, há um mercado de 41 milhões de consumidores em potencial, sem capacidade de discernimento.

São trainees uma vez que através do sistema de vendas, são treinados consumidores que não questionam, não pensam e não criticam.[20]

Ademais, esses milhões de consumidores são bastante estimulados pela publicidade a consumir e convencer os pais a satisfazerem suas vontades e desejos, o que acaba trazendo um problema social, que é colocar as crianças contra os pais, como se estes fossem aqueles que negassem o desejo, os vilões.

A criança brasileira, que constitui cerca de um terço da população, representa um mercado de consumo respeitável, sendo as crianças decisoras para grande parte das compras e influenciadoras para outro tanto.[\[21\]](#)

Os pais também acabam cedendo aos desejos e apelos da criança para suprir uma carência que causam na criança por estarem cada vez mais ausentes do ambiente familiar, tentando suprir uma necessidade que não é material.

Ela pedirá o produto anunciado, na realidade, porém, pede atenção, pede o amor, colocado como premissa da compra.[\[22\]](#)

O autor Eduardo Fernandes[\[23\]](#) bem discorre sobre o tema:

A criança passou de mero ser inocente a consumidor em potencial. Não se vende nada mais aos pais, mas sim a ela, que deve ter a vontade e, com poder de persuasão quase infalível, convencer os pais a comprarem tudo que lhe for interessante.

No artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, está vedada a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança e capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança:

Art. 37- É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O artigo é o único dispositivo da legislação brasileira que fala da relação publicidade e criança, porém, observa-se ser brando, é necessária uma lei mais específica, restritiva e severa, com aplicação de multas de alto valor.

O legislador, ao estabelecer que é abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, não classificou ou estabeleceu um limite de idade para a publicidade dirigida às crianças para que não seja considerada abusiva. As determinações são genéricas, não é explicado o que é considerado falta de experiência da criança, nem o que é considerada deficiência de julgamento em relação à publicidade, ou, em que fase da vida das crianças a publicidade não mais seria considerada abusiva quando dirigida ao público infantil.<sup>[24]</sup>

Um exemplo foi o caso de uma publicidade da ADES, que induzia a criança a pensar que se bebesse o suco da ADES se transformaria em um leão acrobata, estimulando o consumo. Acontece que conseqüentemente induzia as crianças a pensar que poderia pular de janelas. Venilson Fonseca<sup>[25]</sup>, um dos participantes de um movimento informal da sociedade civil de pais e mães, que se uniram e criaram um sítio eletrônico (<http://infancialivredeconsumismo.com/index.php/about/>) a favor da regulamentação estatal da publicidade, através de uma reportagem de autor desconhecido, que relatou o fato, redigiu a seguinte reclamação à empresa:

Gostaria de lhes dizer que repudio veementemente o comercial do Ades no mundo de Max, mostrando duas crianças correndo, pulando e se transformando em seres antropomórficos. O fato é que a criança demora um bom tempo para conseguir separar a realidade da fantasia e eu, como pai de uma criança de 3 anos, tenho tido dificuldade em explicar a ele que o fato de tomar Ades não o transformará em um Leão acrobata. Além disso, a propagando o influenciou a tal ponto dele achar que pode pular de janelas. Lamentável.



O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP) é um código criado no final dos anos 70, instituído em 05 de maio de 1980, por representantes da própria publicidade brasileira, com o objetivo de autorregulamentar a publicidade, zelando pelos direitos do consumidor e do publicitário, para que, evitasse um controle repressivo por parte do Estado, que ameaçava retroagir quanto ao direito de liberdade de expressão.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma ONG organizada por agentes econômicos como, anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação com a finalidade de aplicar as recomendações do CBAP.

As entidades fundadoras do CONAR são: Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV (ABERT), Associação Nacional de Editoras de Revistas (ANER) e Associação Nacional de Jornais (ANJ).

Qualquer pessoa física tem legitimidade ativa para, gratuitamente, denunciar ao CONAR. As empresas só tem legitimidade ativa após se associarem ao CONAR. Após o trâmite da denúncia, salvaguardado a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova, as sanções de um julgamento procedente, em que se constate uma infração ao CBAP, são: recomendação de alteração do anúncio ou suspensão da sua veiculação em todo o país.

Em seu artigo 37, garante direitos essenciais da criança, sugerindo recomendações à mídia:

Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

(...)

Acontece que, além de não ser muito conhecido popularmente, o CBAP não tem a força de lei e é de adesão voluntária das empresas publicitárias, de

modo que suas recomendações e normas só atingem as empresas associadas, conforme importante ressalva de Momberger[26]:

Deve-se frisar que as normas e sanções impostas pelo CONAR atingem somente seus membros, ou seja, os associados e os que se submetem ao Código e seus princípios, não atingindo, portanto, os que não são membros desta associação.

Em seu artigo 23, o CBAP prevê:

Artigo 23 - Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.

É exatamente se beneficiar da credulidade dos pais que a mídia faz ao produzir publicidades voltadas às crianças, com o intuito de seduzi-las e criar nelas a necessidade de consumir e pedir aos pais.

A comunicação dirigida às crianças deve considerar sua faixa etária, sendo que as crianças mais novas gostam de cartoons, jingles, imagens, ação e efeitos especiais, histórias familiares, bastante música e ruído, percebem os anúncios fazendo parte da programação, aceitando como verdade o que se passa no mundo da fantasia. Já as crianças um pouco mais velhas faz distinção entre a programação e as peças publicitárias, gostam de cartoons e de um pouco de fantasia e ação, principalmente os meninos, que gostam de personagens divertidos e frequentemente tomam os personagens como modelo de comportamento.

As histórias infantis, o desenho animado e mesmo programas educativos na TV se utilizam frequentemente destas estratégias sem que os pais se apercebam disso, mesmo porque a programação geralmente vem sob a capa do divertimento inocente ou da ciência.[27]

A mídia incentiva o consumismo das crianças e adolescentes, na maioria das vezes, de maneira não explícita, abusando da confiança do consumidor, e desrespeitando o princípio da informação e transparência, como por exemplo, em um caso julgado pelo CONAR[28] em março de 2013:

**CLARO - A EMOÇÃO DE TER O 1º  
SMARTPHONE NÃO PODE ESPERAR**

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2013

Representação nº:009/13

Autor: Conar, mediante queixa de consumidor.

Anunciante: Claro

Agência: Ogilvy & Mather

Relator: Conselheiro Raul Orfã Filho

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b" do Código.

Resumo: Para três consumidores, de Curitiba (PR) e São Paulo (SP), há apelo direto de consumo dirigido a criança em filme para a TV criado pela Ogilvy & Mather para a Claro. O filme mostra personagem em torno de doze anos de idade divulgando uma promoção para a compra do primeiro celular.

O anunciante e sua agência enviaram defesa ao Conar, argumentando que o filme divulga as vantagens, inclusive de segurança, de uma criança ter seu próprio celular. Não consideram haver estímulo de consumo, mesmo porque só um adulto pode aderir ao serviço. Alegam, por fim, que as crianças e adolescentes já nasceram "na era digital", sendo que tais aparelhos fazem parte do cotidiano delas.

O relator não aceitou esses e outros argumentos e propôs a alteração do filme, em especial na sua locução. "A mensagem do comercial precisa ser

avaliada em sua totalidade e, mesmo reconhecendo a inexistência da vocalização de apelo direto de consumo, reconheço sim a sugestão de consumo enfatizada pela apresentação de diferentes crianças usando smartphone e pela locução que, combinada às imagens, reforça a ideia exposta no título da peça", escreveu o relator em seu voto. Além disso, ele lembrou que o filme foi veiculado em programas dirigidos a menores de idade. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Vê-se claramente a intenção de estímulo ao consumo das crianças por parte do anunciante, mascarado de argumentos não convincentes.

Além do mais, esse é um exemplo atual de uma publicidade que sofreu um processo no CONAR, porém, há muitas que ainda estão sendo veiculadas, ou já foram veiculadas e não sofreram qualquer sanção.

### 3 DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

#### 3.1 Das Consequências Negativas da Publicidade na Vida das Crianças.

O consumismo estimulado precocemente acarreta sérios prejuízos à saúde do futuro adulto, como por exemplo, a onimania, doença do consumismo desenfreado.

Acontece que, a mídia, ao investir na persuasão ao mercado infantil, está investindo também na formação de futuros adultos consumistas, implantando desde cedo o desejo e a prática do consumo e a valorização do ter ao invés do ser, ou seja, você é aquilo que você tem.

Entre 2 e 7 anos, a criança tende a identificar palavras e símbolos com os objetos, o que mostra como é fácil iludi-la. A criança nesta idade também

não tem ainda total domínio da relação entre classes de coisas, podendo ser vítima da sua percepção.

São fases então de extrema importância na formação de uma postura adequada com relação ao consumo, e também fases decisivas.<sup>[29]</sup>

Além disso, podemos dizer, seguramente, que a criança deixa de viver valores essenciais da vida para sofrer as consequências das ações da mídia: a vaidade, erotização precoce, perda da inocência, obesidade, exclusão social, introspecção, valorização material, entre outros problemas sociais.

Hoje, é muito comum ver crianças de quatro anos usando batom, outras bem maquiadas, com roupas de adulto, cujos desejos passaram a ser um carro, um apartamento enorme, roupas de marca entre outros objetos que não mais vinculam à infância. Querem ser a projeção da boneca Barbie ou como determinado personagem ou ator que viram na TV.

A influência destes personagens de televisão sobre criança é muito forte, as crianças procuram identificar-se com seus ídolos e, portanto, aceitarão tudo que lhes é dito e oferecido, devido à credulidade e senso de lealdade que possuem.<sup>[30]</sup>

Quanto à obesidade infantil crescente, além do tempo que a criança passa em média na frente da televisão, sem se exercitar com brincadeiras saudáveis, é estimulada visivelmente pela mídia, ao promover a venda de salgadinhos, biscoitos, *fastfoods*, refrigerantes.

Vale destacar a opinião do Deputado SALVADOR ZIMBALDI, redigida em seu relatório<sup>[31]</sup> apresentado na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), da Câmara dos Deputados, sobre o PL 5.921/2001, que trata da regulação da publicidade dirigida a crianças:

A publicidade não somente abusa e explora a vulnerabilidade da criança, como também compromete o desenvolvimento saudável delas, por exemplo, estimular o consumo habitual de alimentos com alto teor de sais,

açúcares e gorduras, contribuindo sobremaneira para o aumento da taxa de obesidade infantil no Brasil.

Atualmente temos uma verdadeira epidemia, na qual uma a cada três crianças estão obesas ou com sobrepeso e carregam consigo problemas de saúde que eram antes exclusivamente de adultos, como a diabetes tipo II, a hipertensão arterial, alguns tipos de câncer e outras doenças crônicas não transmissíveis. Isso também se explica pelo fato de que 89,7% dos alimentos anunciados destinados a crianças são ricos em gordura e açúcares.

A publicidade de alimentos destinada à criança não se atém ao valor nutritivo do produto que anunciam e sim às técnicas de chamar a atenção da criança, como por exemplo, se utilizam bastante das cores e da ideia de diversão. Transmitem, portanto, a noção errada de alimentação e nutrição.

Segunda, pesquisa da ANVISA (2006), 80% da publicidade de alimentos dirigidas ao público infantil é de produtos com alto valor calórico e baixo valor nutricional.

Um exemplo bastante conhecido é da publicidade da marca de chocolate BATON, em que a criança aparecia hipnotizando a mãe falando “compre batom”.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA, no dia 15 junho de 2010, publicou a Resolução nº 24, nos seguintes termos:

Dispõem sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências.

De acordo com essa Resolução, é dever da publicidade de alimentos com baixo teor nutricional alertar para possíveis riscos à saúde e embora não seja

específica para produtos infantis, abrangeria toda e qualquer publicidade destinada à venda de alimentos com baixo teor nutricional.

Porém, a Resolução, no dia 06 de outubro de 2010, foi suspensa pela liminar concedida pela 16ª Vara Federal de Brasília, através de recurso interposto pela Associação Brasileira da Indústria da Alimentação (ABIA) alegando que a ANVISA não tem competência para legislar sobre publicidade.

A ANVISA recorreu da decisão, mas o TRF negou provimento à apelação, com fundamento no artigo 220, parágrafo 3º, inciso II da [CF/88](#):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANVISA. REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA E PUBLICIDADE DE PRODUTOS NOCIVOS À SAÚDE OU AO MEIO AMBIENTE. EXIGÊNCIA DE AVISO SOBRE OS MALEFÍCIOS NA RESPECTIVA EMBALAGEM. RDC/ANVISA 24/2010. SUSPENSÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. I - Nos termos do § 3º do art. 220 da CF, compete à lei federal "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente". II - Não compete à ANVISA disciplinar, por meio de resolução, a questão referente à propaganda e à publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde ou ao meio ambiente, ante a ausência de previsão legal. III - Por mais louvável que seja a iniciativa e, quiçá necessária a medida, em proteção à saúde, não se pode olvidar o princípio da legalidade, CF art. 5º, II. IV- Recurso de apelação e remessa oficial a que se nega provimento. [\[32\]](#)

Ademais, a condição de uma criança para se enturmar e fazer amigos está determinada pela possibilidade de ostentar um certo tênis, um certo brinquedo, e

assim por diante, quando outrora seria uma certa habilidade de, por exemplo, jogar bola ou empinar pipa.

Aquela criança cujos responsáveis não tem condições de presentear com brinquedos caros e suprir seus desejos consumistas, fica a margem, inferiorizada, infeliz e frustrada por não ter determinados brinquedos e conseqüentemente se enturmar no grupo de amigos. Do mesmo modo se sentem infelizes e frustrados os responsáveis que não tem condições de comprar os brinquedos desejados pela criança, e precisam assisti-la insistindo e triste.

Assim, é fácil constatar que a infância encurtou, sendo o mundo adulto inserido no universo da criança capitalizada. Na TV aberta, por exemplo, quase não se vê programação infantil, o que é mais um agravante no quadro de envelhecimento precoce da criança.

É notável que a publicidade direcionada às crianças necessita de um controle maior do Estado, uma vez que autorregulamentação publicitária, a legislação existente, que não a regulamenta especificamente, e o controle familiar não são suficientes para evitar uma influência negativa da mídia no desenvolvimento da personalidade da criança.

Uma enorme quantidade de apelos é dirigida diretamente á criança, não só para convertê-la ao consumo como para transformá-la em promotora deste consumo. Isto porque se descobriu a nova imagem e o novo papel ativo da criança no núcleo familiar. Se a criança pede “algo” sem identificar o objeto, ela quer saber se os pais a amam, quer se assegurar deste amor através de coisas materiais.

Estatísticas mostram que as crianças filhas de pais separados se convertem em grandes consumidoras devido à competição dos pais, que procuram comprar o afeto dos filhos[33].

A publicidade tem sido um meio de socialização da criança, apresentando objetos, valores e comportamentos. Porém, a criança não tem capacidade de



julgar o que é fantasia e o que é realidade, bem como o que é informação verdadeira do que é incentivo ao consumo.

Assim, a publicidade de produtos destinados à criança deve ser destinada aos pais, que possuem capacidade de análise e discernimento, podendo distinguir sobre a necessidade ou não de tal produto.

Ademais, os problemas sociais e as consequências do consumismo seriam minimizados com o maior controle da publicidade, e conseqüentemente dos valores que a mídia transmite às crianças.

### 3.2 Da Necessidade de Restrições Severas.

Deve haver um despertar do Estado para essa questão, para a proteção que merece a criança em relação às publicidades abusivas e antiéticas, que desperta nas crianças desejos, que, no ponto de vista que ainda existe um alto número de crianças que vivem em condições miseráveis no Brasil, dificilmente serão atendidos.

Treinem-se realmente a criança e o jovem para o consumo, para o conhecimento de marcas e lealdade a elas na disputa de mercado.

Tudo leva a crer que é necessária uma melhor educação da criança e do adolescente em relação ao consumo[34]

No dia 1 de março de 2013, a CONAR incorporou na seção 11 do CBAP recomendações importantes às empresas publicitárias quanto à publicidade dirigida ao público infantil e dentre essas recomendações, a principal e que mais se esperava foi que o *merchandising* dirigido ao público infantil foi considerado abusivo, não mais sendo permitido, conforme o item III do CBAP:

III - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

Porém, mais do que recomendações advindas do próprio setor de publicidade, a sociedade necessita de uma lei mais restritiva e severa, de modo que regulamente especificamente a publicidade dirigida ao público infantil, com aplicação de multas de alto valor caso não seja respeitada, em razão de se estar protegendo valores que podem ser irrecuperáveis.

As crianças merecem ser protegidas, em todos os aspectos, inclusive no que diz respeito à publicidade. O Estado, a sociedade e todos os demais responsáveis pelas crianças possuem o dever de protegê-las contra a abusividade da publicidade. Torna-se necessário observar o que o legislador tem feito, se as crianças e adolescentes realmente são protegidos, se as diversas fases e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento são observadas e respeitadas quando se trata de publicidade dirigida às crianças.[\[35\]](#)

Desde 2001, tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 5.921, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, com a finalidade de proibir a publicidade dirigida ao público infantil. Atualmente, a proposta está em análise na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, mas já passou pela aprovação da Comissão de Defesa do Consumidor, em 2008, e a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, em 2009.

O projeto de lei 5.921, se aprovado, acrescenta um parágrafo ao artigo 37 do Código do Consumidor que diz “é também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

A fundamentação utilizada foi:

Uma das questões que precisa ser avaliada é a da relação entre publicidade e crianças, principalmente com envolvimento de ídolos da população infantil, com a veiculação de matérias que se transformam em verdadeira coação ou chantagem para a compra dos bens anunciados, embora desnecessários, supérfluos ou até prejudiciais, além de incompatíveis com a renda familiar.

Em alguns países é terminantemente proibido que a publicidade se dirija a crianças e produza sua indução. Em outros países existem restrições importantes. Já em outros, como o Brasil, existe um liberalismo total em relação a esse tipo de prática.

Se aprovado, esse projeto de lei será um passo rumo a um país desenvolvido preocupado com o futuro, protegendo as crianças, seu pleno desenvolvimento saudável, buscando erradicar as más consequências advindas desse tipo de atividade, que por falta de uma regulamentação direta, ainda é praticada.

Segundo Rosário Correia Higgs e Francisco Costa Pereira<sup>[36]</sup>:

Ao estruturar a imagem de uma marca ou a descrever as características de produto, a publicidade está a fornecer à criança modelos e opções de comportamento, revelando em simultâneo estilos de vida, associados a interações e valores sociais, característicos da cultura de uma sociedade.

No âmbito estadual, também se tentou erradicar abusos da publicidade brasileira, como por exemplo em São Paulo, onde, o governador, Geraldo Alckimin, em 29 de Janeiro de 2013 vetou o Projeto de Lei nº 193/2008, que havia sido aprovado em 18 de dezembro de 2012 pela Assembleia Legislativa de São Paulo.

Proposto pelo deputado Rui Falcão, o projeto visava regulamentar a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil, restringindo a publicidade de *junkfood*, proibindo a venda de alimentos acompanhados de brinquedos e o uso de celebridades ou personagens fictícios infantis para estimular a venda de alimentos pobres em nutrientes e com alto teor de gorduras saturadas.

Assim como na revolução industrial, os comerciantes priorizam o lucro exorbitante em detrimento da população, pouco importando sua saúde, bem-estar e dignidade, onde antes eram os trabalhadores, hoje são os consumidores,

em especial as crianças, ambos vulneráveis e necessitando de proteção a seus direitos.

Como argumentação do veto, o governador do estado de São Paulo alegou ser de competência exclusiva da União legislar sobre publicidade e propaganda, baseado no artigo 22, inciso XXIX da Constituição Federal.

Segundo, Antonio Serrano [37]:

Pode-se afirmar, com segurança, que o Estado possui competência para legislar sobre consumo, proteção à saúde e proteção à infância e juventude. Ainda, como não existe Lei Federal que regulamente a veiculação de publicidade como público alvo crianças e adolescente, o Estado, consoante artigo 24 parágrafo terceiro da Constituição Federal, possui competência plena para tratar do assunto.

O artigo 24, parágrafo terceiro, da Constituição Federal diz:

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V – produção e consumo; (...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

XV – proteção à infância e à juventude;

§3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Assim, segundo o mesmo artigo 24, incisos V, VIII e XV, da Constituição Federal, pode o Estado legislar concorrentemente com a União em defesa do consumidor e da criança e juventude.

Portanto, o Estado pode sim legislar sobre publicidade infantil, intimamente relacionada às questões de consumo e proteção à infância e à juventude, ante a necessidade e a inexistência de lei federal que assim o faça.

Há necessidade de estender-se a proteção integral às crianças brasileiras também no que diz respeito à publicidade, é assunto relevante e urgente. Não pode o legislador e a sociedade continuar permitindo que interesses econômicos de anunciantes e agentes de publicidade continuem se sobrepondo aos interesses das crianças, permitindo que estas continuem sendo exploradas na sua ingenuidade, sentindo-se inferiores por não possuírem condições de adquirir os produtos caríssimos anunciados pela publicidade.[\[38\]](#)

As empresas publicitárias que são contra a regulamentação estatal da publicidade dirigida às crianças, se utilizam do fundamento da liberdade de expressão para defender a livre publicidade dirigida ao público infantil.

Esse argumento não é suficiente para justificar a inexistência de legislação específica que regule a publicidade dirigida ao público infantil, uma vez que a finalidade é regulamentar a publicidade para expressar-se com responsabilidade e assim conter seus abusos, protegendo o lado mais vulnerável da relação, a criança, defendendo padrões mínimos de moralidade.

## CONCLUSÕES

Foi visto a necessidade de restrições severas e uma regulamentação específica para publicidade destinada a crianças, uma vez que não há lei específica no Brasil que aborde o tema.

Porém não é somente uma lei que trará o devido desenvolvimento e proteção às crianças, conforme os padrões desejáveis. Nem somente os esforços dos pais, professores e educadores que conseguirão este pleito.

É preciso estar ciente de que é impossível privar a criança da televisão e do acesso aos meios de comunicação, por estarem em todos os lugares, e mesmo

com a limitação legal auferida à mídia, sempre vão existir formas negativas de influência sobre a formação das crianças.

É imprescindível, então, um esforço compreendido por todos: pais, Constituintes, educadores e publicitários. Alicerçado por grandes investimentos em educação, somados a trabalhos sociais de conscientização à sociedade, para que os Direitos Fundamentais da Criança possam começar a ter seus valores concretizados e percebidos, sendo posto em prática o princípio da proteção integral às crianças.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARRIOS, Juliana Pereira Matos. **A Publicidade e a Propaganda à luz dos Princípios Constitucionais**. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/437/431>>. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei 8.078 de 11.09.90. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990.

BRASIL. Lei 8.069 de 13.07.90. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Acórdão. Processo nº 0042882-45.2010.4.01.3400/DF Recorrente AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA e Recorrido ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS INDUSTRIAS DA ALIMENTACAO – ABIA.Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. **Acórdão. Regulamentação da propaganda e publicidade de produtos nocivos à saúde ou ao meio ambiente**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://trf->

[1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23104399/apelacao-civel-ac-42882-df-0042882-4520104013400-trf1](http://1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23104399/apelacao-civel-ac-42882-df-0042882-4520104013400-trf1)> Acesso em: 27 de setembro de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **O direito do consumidor no limiar do século XXI**. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, n. 35, jul-set, 2000.

CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O crédito ao consumidor e a estabilização da economia**. Revista da Escola Paulista de Magistratura, 1/96, set./dez. 1996.

CONAR. **Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária**. São Paulo, 1980. Disponível em: . Acesso em: 27 de agosto de 2013.

CONAR. **Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária. Casos 2013**. Disponível em: Acesso em: 11 setembro de 2013.

FERNANDES, Eduardo. **A conturbada relação entre a criança e a mídia**. Observatório da Imprensa, Ed. 576, 09 fev. 2010 Disponível em: <[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a conturbada relacao entre a crianca e a midia](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a_conturbada_relacao_entre_a_crianca_e_a_midia)>. Acesso em: 11 agosto de 2013.

FLORENZANO, Modesto. **As Revoluções Burguesas**. 12ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003.

HIGGS, Rosário Correia e PEREIRA, Francisco Costa. **Publicidade dirigida a Crianças: Personagens, Valores e Discurso**. Instituto Politécnico de Lisboa – Escola Superior de Comunicação Social. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/higgs-pereira-publicidade-dirigida-criancas.pdf>> Acesso em: 11 de setembro de 2013.

INSTITUTO, Alana. **Consumismo na infância**. Disponível em: . Acesso em: 01 de setembro de 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito Tributário e Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MOMBERGER, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**: v. 5: 2ª Parte. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOVIMENTO Infância Livre de Consumismo. **Denúncia: Ades Max sugere situações perigosas para crianças**. Disponível em: <<http://infancialivredeconsumismo.com/index.php/denuncia-ades-max-sugere-situacoes-perigosas-para-criancas/>>. Acesso em: 11 setembro de 2013.

NETO, Antonio Prudente de Almeida. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2645, 28 set. 2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17500>>. Acesso em: 19 abril 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.106.

PROJETO IBGE/Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA/BRASIL (BRA/98/P08), **Sistema Integrado de Projeções e Estimativas Populacionais e Indicadores Sociodemográficos**. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores Sociais/Crianças e Adolescentes/1997/Caracteristicas Gerais/](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Crianças_e_Adolescentes/1997/Caracteristicas_Gerais/)>. Acesso em: 11 agosto de 2013.

RELATÓRIO. Salvador Zimbaldi. **Projeto de Lei nº 5.921/ 2001**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=381A9968343C94D5BB742D902C98246A.node2?codteor=1119939&filename=Tramitacao-PL+5921/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=381A9968343C94D5BB742D902C98246A.node2?codteor=1119939&filename=Tramitacao-PL+5921/2001)> Acesso em: 11 setembro de 2013.

RIBEIRO, Júlio, ALDRIGHI, Vera, IMOBERDORF, Magy, BENETTI, Edison, LONGO, Walter, DIAS, Sérgio Roberto. **Tudo Que Você Queria Saber Sobre**



**Propaganda e Ninguém Teve Paciência para Explicar.** 3ª ed. São Paulo: Atlas. 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Obrigações:** 1ª parte -vol. 4 . São Paulo, 2002.

SERRANO, Antonio. **A Competência Legislativa dos Estados.** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/4125017/>> Acesso em: 11 de setembro de 2013.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTAS:

[1] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito Tributário e Financeiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

[2] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

[3] NETO, Antonio Prudente de Almeida. *História e evolução do Direito do Consumidor.* Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2645, 28 set. 2010](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17500>>. Acesso em: 19 abril 2013.

[4] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.106.

[5] ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2003, p.45.

[6] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2000. p.106.

[7] SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.97.

[8] COELHO, Fábio Ulhoa. *O crédito ao consumidor e a estabilização da economia,* Revista da Escola Paulista de Magistratura, 1/96, set./dez. 1996.

[9] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais.* 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 594-595.

[10] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 23.

[11] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 27.

[12] ALDRIGHI, Vera. *Eficiência Publicitária e Pesquisa de Comunicação*. In: RIBEIRO, Júlio. *Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 57.

[13] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 42.

[14] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 40.

[15] IMOBERDORF, Magy. *Eficiência Publicitária e Pesquisa de Comunicação*. In: RIBEIRO, Júlio. *Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1989. p. 173.

[16] CHAVES, Antonio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 51.

[17] INSTITUTO, Alana. *Consumismo na infância*. Disponível em: . Acesso em: 01 de setembro de 2013.

[18] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 31.

[19] PROJETO IBGE/Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA/BRASIL (BRA/98/P08), Sistema Integrado de Projeções e Estimativas Populacionais e Indicadores Sociodemográficos. Disponível em:

<[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores Sociais/Crianças e Adolescentes/1997/Caraacteristicas Gerais/](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Crianças_e_Adolescentes/1997/Caraacteristicas_Gerais/)>. Acesso em: 11 agosto de 2013.

[20] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 186.

[21] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 185.

[22] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 186.

[23] FERNANDES, Eduardo. *A conturbada relação entre a criança e a mídia*. Observatório da Imprensa, Ed. 576, 09 fev. 2010 Disponível em: <[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a\\_conturbada\\_relacao\\_entre\\_a\\_crianca\\_e\\_a\\_midia](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a_conturbada_relacao_entre_a_crianca_e_a_midia)>. Acesso em: 11 agosto de 2013.

[24] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 158 e 159.

[25] MOVIMENTO Infância Livre de Consumismo. *Denúncia: Ades Max sugere situações perigosas para crianças*. Disponível em: <<http://infancialivredeconsumismo.com/index.php/denuncia-ades-max-sugere-situacoes-perigosas-para-criancas/>>. Acesso em: 11 setembro de 2013.

[26] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 69.

[27] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 187 e 188.

[28] CONAR. Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária. Casos 2013. Disponível em:  
Acesso em: 11 setembro de 2013.

[29] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 193.

[30] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 161.

[31] RELATÓRIO. Salvador Zimbaldi. Projeto de Lei nº 5.921/ 2001. Disponível em:  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=381A9968343C94D5BB742D902C98246A.node2?codteor=1119939&filename=Tramitacao-PL+5921/2001](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=381A9968343C94D5BB742D902C98246A.node2?codteor=1119939&filename=Tramitacao-PL+5921/2001)> Acesso em: 11 setembro de 2013, pp.3.

[32] BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Acórdão. Processo nº 0042882-45.2010.4.01.3400/DF Recorrente AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA e Recorrido ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS INDUSTRIAS DA ALIMENTACAO – ABIA.

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. *Acórdão. Regulamentação da propaganda e publicidade de produtos nocivos à saúde ou ao meio ambiente*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23104399/apelacao-civel-ac-42882-df-0042882-4520104013400-trf1>> Acesso em: 27 de setembro de 2013.

[33] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 186.

[34] GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e da Propaganda*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 2003. p. 191.

[35] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 46.

[36] HIGSS, Rosário Correia e PEREIRA, Francisco Costa. *Publicidade dirigida a Crianças: Personagens, Valores e Discurso*. Instituto Politécnico de Lisboa – Escola Superior de Comunicação Social. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/higgs-pereira-publicidade-dirigida-criancas.pdf>> Acesso em: 11 de setembro de 2013, pp.3.

[37] SERRANO, Antonio. *A Competência Legislativa dos Estados*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/4125017/>> Acesso em: 11 de setembro de 2013.

[38] MOMBERGER, Noemi Friske. *A publicidade dirigida às Crianças e adolescentes: Regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 163 e 164.

## **OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SOLIDARIEDADE FAMILIAR E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**ÍTALO SILVA DANTAS:** Advogado.  
Bacharel em Direito. Faculdade 7 de  
Setembro.

**RESUMO:** Os ramos entendidos tradicionalmente como de direito privado, no atual estágio da ciência jurídica, são fortemente influenciados pelos princípios plasmados na Constituição Federal de 1988, observando-se o fenômeno da constitucionalização do direito. Por essa razão, revela-se importante analisar os postulados constitucionais que influenciam diretamente a aplicação dos temas atinentes ao Direito de Família. Ao evidenciar os pontos de contato entre os elementos supracitados, verifica-se que o ordenamento jurídico deve ser permeado das orientações aduzidas pelos princípios encartados na Magna Carta, isto porque, diante da supremacia própria do diploma constitucional, a interpretação que se deve fazer dos institutos deve se coadunar com as suas disposições. Em virtude disso, portanto, revela-se salutar estabelecer-se essa conexão, em especial no âmbito do Direito de Família.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais. Direito de Família. Constitucionalização do Direito.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

Este trabalho tem por objetivo relacionar os postulados constitucionais com os temas afetos ao direito de família, diante da relevância que os princípios passaram a ter no ordenamento jurídico. No direito privado, em especial, pode-se afirmar que tais postulados ganharam grande relevância a partir do fenômeno da constitucionalização do direito.

Inicialmente, serão explicitadas as características inerentes aos princípios, diferenciando-se das regras, segundo a visão de Ronald Dworkin. Em seguida, serão analisados os princípios constitucionais que possuem ligação com o Direito de Família, apontando-se, por fim, a influência que desempenham neste âmbito.

Para tanto, serão utilizados, essencialmente, as orientações provenientes dos postulados constitucionais, relacionando-as aos temas afetos ao Direito de Família.

## 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Para fins de apresentação dos princípios que se organizam a fim de orientar interpretações no Direito de Família, os princípios de interesse especial desse estudo são aqueles que apresentam a relação existente entre o poder familiar e o interesse de criança e adolescente. Assim, segue apresentação de alguns princípios constantes nesse ramo, considerando o tema e objetivo desse estudo.

Sem especificações mais definidas, princípio pode ser conceituado como:

Princípio: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...]. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc. (FERREIRA, 2010, p. 557).

Dias (2009, p. 58) igualmente fala acerca dos princípios, da seguinte forma:

Os **princípios** são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm **alto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatos de otimização**. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando, mas nitidamente os valores jurídicos e políticos que

condensam. Devem ter conteúdo de **validade universal**. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e, como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, “violado um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (grifo do autor).

Na visão de Antunes (2010, p. 57), os princípios funcionam como mediadores do Direito e têm função substancial nas decisões que requerem do aplicador, não apenas o conhecimento das normas jurídicas, mas requer que esses saibam interpretar e aplicar os dispositivos cabíveis. Por meio de seus conteúdos, os princípios em geral conduzem a aplicação dos artigos e parágrafos constantes encontrados nos dispositivos, sendo, portanto, de grande valia como ferramenta de apoio teórico-prático para aplicação do Direito. Igualmente,

Permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. São padrões “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” [...] ou da “ideia de direito” (ANTUNES, 2010, p. 57).

Em outro tom, Alexy (2007, p. 123) ensina que os princípios são:

[...] normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são segundo isso, mandamentos de otimização assim caracterizados pelo fato de a medida ordenada de

seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.

Interessante nesse texto de Alexy (2007, p. 123), que ao enfatizar possibilidades fáticas e jurídicas para cumprimento dos conteúdos dispostos nos princípios, esse doutrinador traz a bojo de discussão, uma questão a qual não pode ser olvidada e que está implícita em textos de outros mestres, a exemplo de Dworkin (2007), que é o reconhecimento de o “princípio” não ser confundido com “regra”. Segundo Dworkin (2007, p. 39):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Complementando, Botelho (2009) sintetiza que: “Dworkin vai afirmar que tanto as regras, quanto os princípios têm seu foco para as decisões particulares acerca da obrigação jurídica em condições específicas”. Igualmente, Botelho (2009, p. 6) subscreve: “Dworkin compreenderá os princípios jurídicos também como espécie do gênero norma.”. Concluindo, a lógica desses termos é conciliar e não por em estado de divergência os significado de “regra” e “princípio” enquanto elementos de um mesmo discurso jurídico, tendo em vista que cada um possui sua própria natureza e que estas não se opõem. Assim, diz-se que: “[...] regras e princípios distinguem-se em função da natureza da orientação que oferecem, não havendo entre as regras uma dimensão de importância, ao contrário do que ocorre com os princípios” (BOTELHO, 2009, p. 4).

Nesse tom, o termo “mediar conceitos”, supracitado em item anterior, diz respeito à natureza dos princípios e não das regras, tendo em



vista que a estas competem normas para serem ou não aplicadas e de acordo com o certame. Outrossim, tomando-se como base os conceitos de princípios previamente discutidos por Alexy (2007) e por Dworkin (2007), fica como conteúdo aceito nesta discussão que um princípio assume função de axioma para o Direito e considerando-se tamanha a importância que ele apresente junto ao fato, pode assumir função também de regra.

Quando os princípios são aplicados ao Direito de Família, estes tomam uma classificação e visão. É nesse sentido, que se especifica qual é a categorização apresentada, enfatizando-se, contudo, que as enumerações ora postas não seguem uma divisão especial por se entender que têm importância para esta pesquisa apenas aqueles princípios do Direito de Família que fornecem base para interpretar a importância da guarda compartilhada para evitar atos de alienação parental. Seguem-se, portanto.

## **2.1 Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana**

Ancora-se tal princípio no art. 1º, inciso III da Constituição Federal que fundamenta a dignidade da pessoa humana. Na leitura de Simão e Tartuce (2011, p. 34, grifo do autor): “Trata-se daquilo que se denomina **princípio máximo, ou superprincípio, ou macro princípio, ou princípio dos princípios**”.

Trata-se de princípio deveras importante. Seu reconhecimento no âmbito jurídico dá-se, dentre outras características, por orientar as relações públicas ou privadas no Direito, sendo este um dos objetivos fundamentais da República do Brasil.

No Direito de Família, o Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana representa-se como mecanismo de manutenção e proteção à família e proteção à integridade dos membros desse grupo, a partir da condição de respeito e da manutenção dos direitos de personalidade (VILAS-BÔAS, 2010).

A dignidade da pessoa humana, conteúdo base que rege esse princípio, é fundamento de um Estado Democrático de Direito,

especificando-se no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Alude-se a este mecanismo a intenção de uma base para manutenção das relações e vínculos familiares (VILAS-BÔAS, 2010).

De acordo com Simão e Tartuce (2011, p. 34), o Direito de Família presume-se em ramo do Direito Privado no qual a dignidade da pessoa humana melhor se destaca.

Em texto de Tartuce (2010, p. 5, grifo do autor), observa-se:

Como se pode perceber, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Concluindo, podemos afirmar, que o *princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família*.

A dignidade, advoga Nunes (2007, p. 49), “nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado”. Nesses termos, define-se que a dignidade é valor inerente ao ser humano do qual ele já dispõe desde o nascimento.

Complementa essa definição supracitada o texto de Borges (2008, p. 203) no qual a doutrinadora enfatiza que não se deve interpretar o termo “dignidade” apenas como “conotação ética, de valor”. Ela tem significados que superam esse sentido, tratando-se de um “elemento que qualifica e completa o ser humano e dele não pode ser destacado”. Ao dispor de dignidade, o indivíduo tem poder de decisão podendo tomar iniciativas sobre o que é melhor para si no grupo familiar do qual faz parte.

De acordo com Monteiro (2007, p. 18), a proteção da dignidade da pessoa humana tem como finalidade:

[...] propiciar tutela integral à pessoa, de modo que não pode permanecer em departamentos estanques do direito público e do direito privado. Assim, o novo Código Civil privilegia a dignidade da pessoa humana, diante da proteção oferecida à sua personalidade.

Acentua-se com esse doutrinador, a necessidade de que a família possa dispor da “tutela dos direitos da personalidade” para garantir que os laços afetivos e as relações construídas aconteçam conforme o esperado. Para tanto, é de fundamental importância a proteção à dignidade da pessoa humana, que nas relações sociais funciona com um mecanismo para que se obtenha a tutela. Monteiro (2007) explica que a função da dignidade, para esta situação, possibilita à família manter firmes os laços de afeto já construídos assim como preserva no grupo maior, a essência de cada um dos componentes familiares. Assim especifica: “É somente por meio do respeito a esses direitos que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no seio familiar” (MONTEIRO, 2007, p. 19).

Compreende-se que complementa essa discussão, o Princípio da solidariedade familiar, ademais de outros princípios que ainda serão estudados, avançando-se, no texto que segue.

## **2.2 Princípio da solidariedade familiar**

O Princípio da solidariedade familiar apresenta a necessidade de que os componentes familiares possam compartilhar dos mesmos valores, ou, como afirma Dias (2010, p. 67), compartilhem dos “deveres recíprocos”.

Trata-se de princípio que resulta da solidariedade social constituído na Carta Magna, art. 229, caput, que, segundo enfatiza Villas-Bôas (2010) apresenta-se sob dois formatos: externo e interno.

Como fator externo, retrata-se a solidariedade na pessoa do Poder Público e da sociedade civil quando garantem o cumprimento dos direitos

de cada família, ou membro desta, que se encontre em situação de marginalização social no país. Na visão Dias (2009, p. 67), ao se falar de solidariedade, estar-se-á discutindo “[...] o que cada um deve ao outro”. Esse princípio enfatiza a doutrina: “tem origem nos vínculos afetivos e dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, e compreende a fraternidade e a reciprocidade”.

É nesse contexto que a solidariedade se apresenta sob um formato interno: “Já internamente aplica-se esse princípio para dizer que cada membro da entidade familiar tem que cooperar para que o outro consiga concretizar e desenvolver o mínimo necessário para o seu desenvolvimento tanto biológico quanto psicológico”.

Dias (2009) destaca que na hierarquia de cuidados com a família e nesta, em especial, à criança e ao adolescente, os sujeitos que prestam essa atenção situam-se na ordem: família, sociedade e Estado, conforme interpretação da co-responsabilidade no art. 227 da Constituição Federal. Vê-se:

[...] ao gerar deveres recíprocos entre integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta tentar que em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e, finalmente, ao estado o dever de garantir em absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (DIAS, 2009, p. 17).

Logo, compreende-se na constituição desse princípio, que a família está citada como núcleo que tem responsabilidade já auferida pelo próprio ato da tutela devendo estar honrar, sob pena de lei, com essa responsabilidade.

### **2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

Encontra-se tal princípio implícito na interpretação do art. 227, *caput*, da Constituição Federal e também nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Leia-se no art. 227, *caput*, do texto constitucional:

[...] é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, não paginado).

Da análise desse dispositivo supra, depreende-se que à criança e ao adolescente, são assegurados uma gama de direitos que devem estar sob o manto da proteção precipuamente familiar, bem como da sociedade e do Estado, sob pena de violação dos direitos e, por conseguinte, da dignidade da criança (pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos) e do adolescente (aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade).

É imperioso ressaltar que em complementação ao dispositivo constitucional, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que:

[...] a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990, não paginado).

Em texto de Diniz (2007), acentua-se que o Princípio do superior interesse da criança e do adolescente também se ocupa dos interesses desses quando haja separação ou divórcio dos genitores. Sob esse aspecto, os conflitos advindos da guarda e do direito de visita devem ser solucionados de tal forma a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes inseridos na lide.

### 3 CONCLUSÃO

Conforme o explanado neste texto, as disposições constitucionais correlatas ao Direito de Família buscam a concretização do direito à dignidade da pessoa humana, notadamente porque seus preceitos induzem à construção de uma família pautada na ajuda mútua, deixando de conferir proeminência ao homem enquanto patriarca da família, como em tempos remotos.

Dessa forma, desde a promulgação da Constituição Federal e a positivação dos princípios acima relacionados, busca-se dar ao Direito de Família ferramentas capazes de modificar o paradigma familiar até então vigente.

Por fim, diante desse cenário, cumpre destacar que os princípios constitucionais exercem forte influência nos temas relacionados ao Direito de Família, visto que a positivação de postulados nesse sentido servem à transição e perpetuação de uma nova ordem familiar.

### BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2010.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. **A dignidade da pessoa humana**. UNOPAR Científica: Ciências Jurídicas e Empresariais / Coordenadoria de Pesquisa de Pós-Graduação, Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, Universidade Norte do Paraná. v. 1, nº1, mar. 2000. Londrina: UNOPAR, 2008.

BOTELHO, Marcos César. **A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito.** Disponível em:

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Alienação parental: um crime sem punição. Incesto e alienação parental.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: século XXI.** São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, volume 2: Direito de Família.** 38ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 6. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 5.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** 2010. Disponível em: . Acesso em: 1 abr. 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias.** . Acesso em: 1 abr. 2015.

## SERVIÇO PÚBLICO E DIREITO COMPARADO - POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**LEONARDO SILVEIRA ANTOUN NETTO:**  
Advogado. Graduado em Direito pela UERJ (2016). Coautor do Livro: "Orçamento Público no Direito Comparado". 2015. ISBN 85-7674-791-X. Editora Quartier Latin.

**RESUMO:** O artigo busca esclarecer o modelo regulatório brasileiro de serviço de radiodifusão de sons e imagens, comparando-o com os regimes adotados nos Estados Unidos e na França. Nesse passo, após desconstrução crítica da sistemática nacional, os subsídios do direito comparado, com estudos dos modelos norte-americano e francês, trazem possíveis caminhos para a reestruturação da atuação regulatória estatal. Além disso, aportes teóricos do sistema autopoietico de Gunther Teubner e do princípio da reflexividade de Sergio Guerra são extremamente importantes para ancorar a argumentação jurídica. Por fim, a descrição de fenômenos da realidade sensível comprovam as paulatinas alterações pela qual o setor da radiodifusão de sons e imagens passa atualmente, no chamado "direito vivo", o qual evita a fossilização do sistema regulatório adotado.

**Palavras-chave:** Radiodifusão de sons e imagens. Regulação. Agência reguladora. Discricionariedade administrativa. Teoria autopoietica. Reflexividade. Direito Comparado.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. DIREITO COMPARADO: POSSÍVEIS CAMINHOS 2.1 A jurisprudência norte-americana 2.2 O modelo legal francês 2.3 Brasil: convergências e divergências 3. BRASIL: UMA SOLUÇÃO VIÁVEL ENTRE A TÉCNICA E A POLÍTIC 3.1 Proposta: Princípio da Reflexividade e Autopoiesis 3.2 Empiria necessária: a tendência brasileira 3.2.1 Constituição de 1988: a inclusão do Congresso Nacional 3.2.2 Convênios: ANATEL e o aumento do Poder Fiscalizatório 3.2.3 Constituição de 1988 e a postura deferente do Poder Judiciário 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

### INTRODUÇÃO



O presente artigo pretende a análise do modelo de radiodifusão existente no Brasil, verificando suas vantagens e desvantagens. Diante de tal pretensão, o direito comparado surge como importante ferramenta de enriquecimento e aprimoramento do debate. Por meio deste instrumento é possível a construção, em bases mais sólidas, de eventuais saídas para as falhas do setor.

Conforme asseverado por Rui Pinto Duarte, autor português, o direito comparado possui função formativa, provocando reflexão ampla sobre falsos dogmas que permeiam o ordenamento jurídico nacional. Afinal: “uma opção que tenha por base o conhecimento de soluções já experimentadas [pelo direito comparado] é evidentemente mais consciente que a outra que não possua” [1].

Após este breve intróito, passemos a avaliar de que formas se dá a regulação sobre o setor da radiodifusão nos Estados Unidos e na França.

## 1. ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

### 2.1 A Jurisprudência norte-americana

Os Estados Unidos da América adotam modelo liberal no setor das Telecomunicações, em estrita obediência ao *First Ammendment* [2] que consagra expressamente a liberdade de imprensa e de opinião. Não obstante, o Estado se faz presente na atividade por meio do controle da agência reguladora, a *Federal Communications Commission* (FCC).

Segundo estudiosos do tema [3], a regulação da TV aberta (“*broadcast television*”) se intensificou nos anos de 1940/1950, enquanto a TV a cabo passou a ser regulada em 1960, também pela FCC, sob o mote de impedir que a primeira sucumbisse. A importância da regulação na matéria foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana [4]:

Até 1927, a alocação de frequências foi entregue inteiramente ao setor privado, e o resultado foi o caos. Rapidamente tornou-se aparente que as radiofrequências constituíam um recurso escasso cujo uso somente podia ser regulado e racionalizado pelo Governo. Sem controle estatal, a mídia seria de pouco uso por conta da cacofonia

de vozes em competição, nenhuma das quais totalmente audíveis. Por consequência, a *Federal Radio Commission* foi criada para alocar frequências entre os candidatos concorrentes, em fórmula sensível à “conveniência, interesse ou necessidade” públicas.<sup>[5]</sup>

Hoje, a atividade da agência é normatizada pelo *Telecommunications Act de 1934*<sup>[6]</sup> e pelo *Code of Federal Regulations*, em seu título 47. Como sabido, nos Estados Unidos o legislador utiliza-se da técnica de *standards*, estabelecendo tão-somente parâmetros genéricos, termos vagos e princípios a serem preenchidos pela regulamentação das agências reguladoras. Daí se afirmar que a função normativa das agências é “quase legislativa”. Explico: embora tenham força de lei, suas normas estão adstritas aos fluidos *standards* legais (*Telecommunications Act de 1934*) e constitucionais (*First Ammendment*).

Talvez por isso, os objetivos da agência elencados na legislação de 1934<sup>[7]</sup> sejam excessivamente genéricos: “tornar o serviço de telecomunicações acessível, tão distante quanto possível, a todas as pessoas dos Estados Unidos, sem discriminação”; “promover a segurança da vida humana e da propriedade através do uso das telecomunicações”; e “garantir uma execução mais eficaz desta política” <sup>[8]</sup>.

Diante da imprecisão do texto legal, importa lembrar que o país em análise é adepto do sistema da *common law*, sendo certo que o estudo de precedentes da Suprema Corte são de grande valia para a definição do espectro de atuação da *Federal Communications Commission* (FCC) no setor regulado.

Nesse ponto, Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>[9]</sup> é categórica em afirmar que houve evolução na jurisprudência norte-americana acerca do controle jurisdicional de decisões tomadas pelas agências reguladoras. Em um primeiro momento, era propagada a ideia de absoluta deferência às opções técnico-administrativas:

Como decorrência da especialização, reconhecia-se às agências largo grau de discricionariedade técnica, abrangendo uma esfera em que seus atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos,

estavam fora do controle judicial. Isso significa que os aspectos técnicos das decisões eram de competência normativa da agência, escapando inclusive à revisão judicial, a não ser que se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, contrário à intenção do legislador. A Lei de Procedimento Administrativo, de 1946, contém norma expressa incluindo entre as causas de revisão judicial de decisão administrativa, as hipóteses em que as decisões, considerações e conclusões administrativas se julguem arbitrárias, caprichosas, ditadas no exercício abusivo da discricionariedade... (Seção 706). Além disso, toda a matéria de fato era de apreciação exclusiva da agência, ficando também fora do âmbito de apreciação judicial.

Com efeito, até os anos 60 subsistiu certa euforia com as inovações do modelo das agências reguladoras, que se pautava em três eixos: especialização, neutralidade e discricionariedade técnica. Assim, o Poder Judiciário norte-americano tornava a matéria praticamente insindicável.

Sucedem que nas últimas décadas, percebeu-se que o modelo continha falhas, estando sujeito ao incurso de interesses outros, que não o estritamente técnico. Segundo Maria Sylvia, os eixos acima apontados começavam a ruir e, junto a eles, a noção de insindicabilidade das decisões tomadas pelas agências reguladoras.

As noções de *especialização* e de proteção dos interesses setoriais transmudam-se na preocupação global da Administração Pública com a fluida concepção de *interesse público*. Some-se a isso o fato de que a tão festejada *neutralidade* passou a conviver com *juízos políticos de valor*. Em síntese, se verificou “a paulatina submissão das agências à política governamental e o conseqüente controle do Poder Executivo sobre as normas por elas baixadas.”<sup>[10]</sup>

Atento a todo este processo evolutivo, o Poder Judiciário adaptou o posicionamento anteriormente adotado, passando a fiscalizar a motivação, a racionalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade das soluções técnico-administrativas apresentadas pelas agências. É o que pondera a professora titular da Universidade de São Paulo (USP)<sup>[11]</sup>:

Com relação à chamada discricionariedade técnica, que levava a excluir do controle judicial os aspectos técnicos da decisão e, inclusive, da matéria de fato, também foi afetada pela ampliação do controle judicial sobre os atos das agências. Para isso concorreu a aplicação dos princípios da motivação, da racionalidade e razoabilidade dos atos normativos (devido processo legal em sentido substantivo) e da proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei. E é importante ressaltar que a ampliação do controle judicial se deu tanto em relação à adjudication (decisão do caso concreto) como à regulation (ato normativo).

(...)

Em resumo, embora se continue a reconhecer às agências competência normativa para disciplinar aspectos técnicos inseridos em sua esfera de atuação, o processo de elaboração das respectivas normas tem que ser documentado com todos os dados que permitam ao Poder Judiciário examinar a racionalidade da regulação diante dos fatos, ou seja, a correlação entre os fatos (motivos) e a decisão, sem falar na razoabilidade das normas diante do standard contido na lei.

Desse modo, passou-se a exigir a procedimentalização formal das decisões tomadas pelas agências reguladoras, permitindo que o Judiciário verificasse se o órgão técnico ponderou todos os dados, conhecimentos e interesses em jogo.

Após esta breve digressão genérica sobre o tema, concentremos esforços na específica situação da *Federal Communications Commission* (FCC), verificando se os apontamentos genéricos de Maria Sylvia se aplicam especificamente ao setor das Telecomunicações.

Segundo estudos mais liberais<sup>[12]</sup>, a excessiva regulamentação da FCC e do Congresso à título da universalização do serviço, da valorização da cultura local, da

manutenção da competitividade com a televisão paga e do livre acesso à televisão aberta estavam sendo nocivos ao mercado e ao próprio consumidor.

Dentre os instrumentos legislativos utilizados na consecução de tais finalidades, os estudiosos<sup>[13]</sup> destacam: (i) *Network Nonduplication and Syndicated Exclusivity*, que impôs a exclusividade de rede à televisão aberta local em muitas regiões do país, impedindo o livre ingresso da televisão a cabo; (ii) *Compulsory Licenses*, que exigiu das empresas de TV a cabo o pagamento de royalties a um Fundo que tinha por objetivo assegurar os direitos autorais de empresas locais<sup>[14]</sup>; (iii) *Media Ownership*, revogada na última década, era composta por uma série de programas com o fito de evitar a concentração de mercado.

Assim, em tom de crítica à atuação da FCC, concluem Adam Thierer e Brent Skorup<sup>[15]</sup> que a “liberalização global do mercado audiovisual dos Estados Unidos pode ajudar a garantir que volume maior de conteúdo midiático seja desenvolvido e distribuído daqui para frente”<sup>[16]</sup>. Aliás, outros estudiosos que se debruçaram sobre o tema das telecomunicações nos EUA, denunciam a excessiva atuação estatal no setor:

O que distingue os programas de TV de outros conteúdos midiáticos de massa... é a extrema ânsia de Washington de se envolver nos esforços para prevenir o mercado de trabalhar livremente, muitas vezes em resposta a pressões de grupos de interesse e às oportunidades de vantagem política e com quase completa indiferença para com o bem-estar dos consumidores.<sup>[17]</sup>

Uma diferença importante entre mercados de bens de telecomunicações e mercados de outros bens é que a regulação governamental desempenha um papel muito importante na determinação de que tipos e em que qualidade os serviços de telecomunicações podem ser oferecidos, e a que custo. A questão central na lei de telecomunicações é porque produtos e mercados das telecomunicações não são tratados como a maioria dos outros.<sup>[18]</sup>

Desse modo, em que pese o *First Amendment* e o caráter técnico<sup>[19]</sup> da FCC, verifica-se a interferência de escolhas políticas no setor das telecomunicações, exemplificadas pela valorização da cultura local e pelos privilégios concedidos à radiodifusão de sons e imagens em face do serviço de acesso condicionado.

Aqui, portanto, se está diante do fenômeno apontado por Maria Sylvania, segundo o qual a agência vê flexibilizadas as noções de *especialização* e de *neutralidade*. Cumpre perquirir, portanto, se a *discricionariedade técnica* ainda subsiste no setor das telecomunicações.

Nessa perspectiva, o precedente *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969) é comumente referido nos estudos sobre o tema. Neste caso, a Suprema Corte pacificou entendimento acerca dos limites dos poderes da agência reguladora.

O litígio surgiu em virtude da positivação, pelo legislador norte-americano, da “*Fairness Doctrine*”, a qual tinha por meta assegurar ao público o direito à ampla informação, englobando todos os pontos de vista sobre temas de repercussão pública.

Pois bem. Concretizando a vontade legislativa, a FCC regulamentou a matéria, aplicando sanções a ataques pessoais veiculados pelos meios de comunicação. Dentre as empresas condenadas, encontrava-se a Red Lion Broadcasting Co., Inc., que recorreu ao Judiciário para ver anulado o ato administrativo sancionatório. Após regular trâmite, a demanda chegou à Suprema Corte, que assim decidiu:

A história da “*fairness doctrine*” e da legislação conexa mostra **que a ação da FCC no caso Red Lion não excedeu a sua autoridade, e que, ao adotar a nova regulamentação, a FCC estava meramente implementando a política do Congresso.**

(a) A “*fairness doctrine*” começou logo após a criação da *Federal Radio Commission* para atribuição de frequências entre os candidatos

concorrentes, e na medida em que existe uma obrigação afirmativa da emissora em verificar se ambos os lados são apresentados, a doutrina de ataque pessoal e sua regulamentação não diferem da “*fairness doctrine*”.

- (b) **O dever legal da FCC de fiscalizar se as emissoras operam no interesse público, somado à reafirmação pelo Congresso da interpretação da FCC**, em 1959, através da alteração do § 315 da Lei de Comunicações, de que a “*fairness doctrine*” é inerente ao *standard* de interesse público, apoiam a conclusão de que a doutrina e sua vertente do “ataque pessoal” e das regulamentações editoriais políticas **refletem o exercício legítimo da autoridade delegada pelo Congresso.**[\[20\]](#)

Em breves linhas o órgão de cúpula do Judiciário adotou postura deferente à regulamentação introduzida pela agência: “e aqui é dada especial força a este princípio, devido ao igualmente respeitado princípio de que a interpretação do estatuto por aqueles encarregados de sua execução devem ser acatadas, a menos que existam fundadas razões de que esteja equivocada”[\[21\]](#)

Após este julgamento, os limites dos poderes conferidos à FCC pelo Congresso voltaram a ser discutidos no caso *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978). Na hipótese, a parte autora questionava a legitimidade da agência reguladora para definir quando há ou não exibição de material indecente ou obsceno e, ato contínuo, punir a empresa infratora.

Uma vez mais o Tribunal prestigiou a interpretação da agência, citando inclusive o precedente firmado em *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*:

Porque nem as nossas decisões anteriores nem a Língua ou a História apoia a conclusão de que o recurso lascivo é um componente essencial da linguagem

indecente, rejeitamos a interpretação de *Pacifica* acerca do estatuto. Quando essa interpretação é posta de lado, **não há nenhuma base para discordar da conclusão da Comissão de que a linguagem indecente foi usada nesta transmissão.**

(...)

**A abordagem também é compatível com o precedente de *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 US 367*.** Neste caso, o Tribunal rejeitou o argumento de que os regulamentos da Comissão que definem a “*fairness doctrine*” eram tão vagos que inevitavelmente cerceariam a liberdade de expressão dos organismos de radiodifusão. O tribunal *a quo* havia anulado as regulamentações da FCC porque sua imprecisão pode levar à autocensura de programa controverso. [22]

Aliás, especificamente neste julgado foi ponderado algo relevante para o presente trabalho. Segundo o decisório, “de todas as formas de comunicação, a radiodifusão tem a mais limitada proteção da Primeira Emenda”. [23]

Segundo os ministros, isto se dá por duas razões fundamentais: (i) a intensa capilaridade do serviço, presente em quase todas as residências norte-americanas, impede a plena proteção dos ouvintes e telespectadores quanto a programas inesperados, com conteúdo indesejável; (ii) ademais, a radiodifusão é singularmente acessível a crianças, mesmo àquelas novas demais para discernir conteúdo escrito.

Talvez por esta razão, em outros meios de comunicação haja menor deferência da Suprema Corte com a intervenção do Estado na livre circulação da informação (*First Amendment*). À título de exemplo, pode-se citar os seguintes precedentes: *Miami Herald Publishing Co. v Tornillo, 418 U.S. 241* (1974); *Reno v American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844* (1997); *Brown v Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 08-1448* (2011).



Nesse ponto, portanto, há de se reconhecer que o setor da radiodifusão de sons e imagens não acompanhou a evolução jurisprudencial apontada por Maria Sylvia Zanella di Pietro. A Suprema Corte permanece com postura deferente em relação às decisões da FCC no setor, adotando restritiva interpretação do *First Amendment*.

É o que se extrai do recente precedente da Suprema Corte *City of Arlington v. Federal Communications Commission*, julgado em 22.05.2014:

“Julgado: As Cortes devem aplicar a sistemática do “Caso Chevron” para a interpretação de agência reguladora acerca de uma ambiguidade de lei que se relaciona ao alcance da autoridade atribuída pelo estatuto ao ente regulatório (por exemplo, sua jurisdição). Págs. 4-17.

- (a) Segundo o “Caso Chevron”, uma Corte revisora deve primeiramente perguntar se o Congresso falou direta e precisamente sobre a questão em discussão; se sim, a Corte deve conferir efeito à intenção expressa e inequívoca do Congresso. No entanto, **se ‘a lei é silente ou ambígua’, a Corte deve dar deferência à agência reguladora quanto à interpretação da lei, na medida em que seja permitido.**

(...)

**A autoridade de outorga geral de regulamentação valida regras para todas as matérias que a agência é encarregada de administrar.** Isso basta para decidir esse caso, em que **as pré-condições para a deferência administrativa, definida no ‘Caso Chevron’, estão satisfeitas**, porque o Congresso, sem qualquer margem para ambiguidade, revestiu inequivocamente a FCC com autoridade genérica para gerir a Lei de Comunicações, através de regulamentação e adjudicação, e a

interpretação da agência em questão foi proclamada no exercício desta autoridade.”[24]

Portanto, não obstante o influxo de interesses políticos no setor, a Suprema Corte mantém hígido o princípio da deferência quanto à interpretação da FCC no setor da radiodifusão de sons e imagens.

## 2.2 O Modelo Legal Francês

A França, até o início dos anos 80, adotava modelo de monopólio estatal no setor da radiodifusão. A partir de novos marcos regulatórios expedidos em 1981 e 1982, a competência passou a ser de agências reguladoras, que se sucederam ao longo do tempo: primeiro, a *Haute Autorité de la communication audiovisuelle*; em seguida, a *Commission nationale de la communication et des libertés*; e, desde 1989, o *Conseil supérieur de l’audiovisuel* (CSA).

Atualmente, o marco regulatório da matéria é a Lei nº 86-1067/1986, que disciplina o disposto no artigo 34, da constituição francesa de 1958[25] e no artigo 11, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[26].

Segundo a citada lei, o gênero das telecomunicações (“*communication audiovisuelle*”[27]) está sob o controle regulatório do *Conseil supérieur de l’audiovisuel* (CSA), que tem entre suas prioridades institucionais (artigo 3-1): assegurar ‘a igualdade de tratamento’, ‘a independência e a imparcialidade do setor público de radiodifusão’, ‘a livre concorrência e o estabelecimento de relações não discriminatórias entre editores e distribuidores de serviço’; ‘a qualidade e a diversidade de programas’, ‘o desenvolvimento da produção e da criação da radiodifusão nacional assim como a defesa e a ilustração da língua e da cultura francesa’; ‘a coesão social e a luta contra as discriminações no âmbito da radiodifusão’, ‘o direito das mulheres no âmbito da radiodifusão’ e ‘proteção do meio ambiente e da saúde da população’.[28]

Já aqui se percebe grande proximidade entre os objetivos perquiridos pelo legislador da França e do Brasil no setor das Telecomunicações. A diferença recai na forma em que estes foram veiculados: enquanto o direito pátrio optou por cristalizá-los no artigo 223, da Constituição da República; o país europeu traçou

diretrizes genéricas em sua carta constitucional, deixando a cargo do legislador ordinário especificá-los, consoante o dispositivo acima mencionado.

No que se refere ao sistema de concessão do serviço de radiodifusão, há interessante simbiose entre a política e a técnica. É que a legislação atribui tal competência ao ente regulador (artigo 22, lei 86-1067/1986[29]), muito embora exija a comunicação ao Primeiro Ministro, que poderá, no prazo de 15 dias, exigir nova deliberação do CSA (artigo 6º, lei 86-1067/1986[30]).

Aliás, esta decisão do CSA deve ser pautada nos critérios específicos estabelecidos minuciosamente nos artigos 26 e ss., lei 86-1067/1986, sem prejuízo do “interesse de cada projeto para o público, relativamente a necessidades prioritárias que são o sustentáculo do pluralismo do fluxo de expressões socioculturais, a diversificação dos operadores, e a necessidade de evitar os abusos da posição dominante bem como as práticas que obstaculizam o livre exercício da concorrência. (artigo 29, lei 86-1067/1986)”[31].

Outrossim, a lei – e não a Constituição – estabelece prazo máximo à duração da outorga, que não poderá ser superior a dez anos, com exceção do serviço de rádio analógico, que tem tal limite reduzido a cinco anos (artigo 30-6, *in fine*, lei 86-1067/1986[32]). A renovação, por duas vezes, em períodos igual a cinco anos é a regra, só podendo ser afastada nos casos previstos na legislação (artigo 28-1, lei 86-1067/1986[33]).

Talvez com a pretensão de diminuir o déficit de representatividade da agência, a legislação francesa impôs interessantes limitações no que tange ao procedimento de outorga. Em alguns momentos restringe e em outros afasta totalmente a deliberação técnica do *Conseil supérieur de l’audiovisuel*.

Um exemplo de mera restrição é a necessidade de consulta popular exigida pela lei em alguns casos. É o que ocorre, por exemplo, na outorga de serviço que seja suscetível de modificar, de forma relevante, o mercado audiovisual (artigo 31, lei 86-1067/1986[34]).

Já quanto à exclusão da análise técnica da agência, há capítulo na lei que versa exclusivamente sobre “serviços de radiodifusão distribuídos por redes que não utilizam frequências mantidas pelo CSA” [35]. Este nicho é definido por

decreto do Conselho de Estado[36], com a oitiva prévia do CSA, e observadas as rígidas balizas fixadas pelos artigos 33 e ss., lei 86-1067/1986.

Aliás, a legislação francesa inseriu, nitidamente, opções políticas no setor em estudo. Algumas disposições, alheias à técnica, carregam evidente preocupação do legislador com a abrupta desestatização das telecomunicações. Passa-se a ilustrar do que ora se trata.

De modo semelhante ao Brasil, na França também foi criada a política de “*cota de tela*” no setor da radiodifusão, sendo obrigatório, no horário de maior audiência, o mínimo de 60% de programação europeia, sendo 40% necessariamente francesa (artigo 27, 2º, lei 86-1067/1986[37]). No campo do serviço de acesso condicionado, a norma estabelece que caberá ao CSA, mediante decreto, “igualmente definir obrigações adaptadas à natureza particular dos serviços de comunicação sob demanda e de os exonerar da aplicação de certas regras previstas para os outros tipos de serviços.”[38]

Outra medida intervencionista autorizada por lei é a preferência pela radiodifusão de sons e imagens frente aos serviços onerosos de televisão. É o que enuncia o artigo 29-1, in fine, lei 86-1067/1986: “(...),O CSA favorece os serviços ao não exigir qualquer remuneração por parte dos usuários, e ao contribuir para reforçar a diversidade dos operadores, bem como o pluralismo de informações”. [39]

Por fim – e talvez o mais impactante dos fenômenos relatados –, está a remanescência de um setor público de comunicação audiovisual, englobando não apenas a radiodifusão de sons e imagens, mas também o serviço de acesso condicionado. Trata-se aqui de intervenção direta do Estado no setor, por meio de *sociétés nationales de programme*[40] de televisão[41], de rádio e de serviços no exterior. Os presidentes destas empresas públicas são curiosamente nomeados pelo *Conseil supérieur de l’audiovisuel*, em outra interessante simbiose da política com a técnica (artigo 47-4, lei 86-1067/1986[42]).

Por evidente, as inovações legislativas introduzidas geraram grande repercussão à época, levando ao Conselho Constitucional diversas impugnações a dispositivos constantes da Lei nº 86-1067/1986. Em razão do corte epistemológico

estabelecido no presente trabalho, será concentrado o estudo na decisão de nº 88-248, proferida em 1989.

Preliminarmente, importa tecer breves esclarecimentos quanto ao papel do Conselho Constitucional no cenário francês. Este órgão possui disciplina própria na Constituição do país (art. 64, ss.), sendo responsável por decidir, *a priori* e *a posteriori*, acerca da (in)constitucionalidade de normas legais, com eficácia *erga omnes*, vinculando os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

De um lado, o controle prévio é exercido sempre que o tribunal for provocado pelos legitimados previstos no artigo 61, da constituição francesa, a saber, Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

De outro, o controle posterior ocorrerá sempre que a Corte de Cassação (órgão de cúpula da Justiça Judiciária) e o Conselho de Estado (órgão de cúpula da Justiça Administrativa) se depararem com alegação de vício de constitucionalidade e entenderem necessário a pacificação da matéria controvertida pelo Conselho Constitucional (artigo 61º-1, da constituição francesa).

No julgado que se passará a analisar o controle foi preventivo, tendo sido provocado por 60 deputados, em face de projeto de lei que ampliava os poderes da agência reguladora. No âmbito da discussão, foi pacificado entendimento no sentido de que caberia ao CSA fixar a interpretação sobre conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela novel legislação. Veja-se o que foi ponderado pelo Conselho<sup>[43]</sup>:

7. Considerando que os autores do requerimento sustentam que “limitando-se a invocar que se trata de um descumprimento grave”, sem precisar o conteúdo, o legislador deixa espaço para a arbitrariedade; argumentam também que o fato de a lei especificar que “as medidas tomadas em cumprimento da decisão do conselho superior de audiovisual não pode em qualquer

caso ensejar a responsabilidade pessoal do presidente do organismo” é contrário ‘aos princípios que regem o exercício da autoridade de a liberdade do comercio da industria.

Da noção do que é ‘descumprimento grave’:

8. Considerando que ao se referir ao conceito de ‘descumprimento grave’ pelos organismos do setor público audiovisual às obrigações que lhes são impostas nos termos da Lei de 30 de setembro de 1986, dos pedidos no Conselho de Estado previstos no artigo 27 , ou de especificações, o legislador houve por bem excluir, para os descumprimentos sem gravidade, a prática de um procedimento obrigatório relativo às sociedades nacionais do programa ou do instituto nacional de audiovisual; **que caberá ao Conselho Superior do Audiovisual se conformar, sem prejuízo do controle de legalidade, com a distinção feita pela lei de acordo com o grau de gravidade do ‘descumprimento’;** Assim, **não se pode acusar o legislador de ter permanecido abaixo da competência que lhe é dada pela Constituição,** notadamente no artigo 34, no que diz respeito à isenção de responsabilidade pessoal do presidente da organização.

Assim, o que se extrai da decisão é que cabe à Agência Reguladora preencher a indeterminação jurídica de termos vagos utilizados pelo legislador (“*manquement grave*”). Há, portanto, ideia semelhante àquela analisada nos Estados Unidos, onde prepondera o princípio da deferência técnico-administrativa.

Outro ponto relevante suscitado na decisão cinge-se aos limites do poder da agência no exercício de sancionar a liberdade de expressão. Os artigos 42-1 e 42-2 da Lei nº 86-1067/1986 outorgaram ao *Conseil supérieur de l’audiovisuel* o poder de cominar sanções, o que segundo os deputados violaria a separação de poderes[44]. Aqui, uma vez mais, o Conselho Constitucional entendeu por bem preservar o poder outorgado à agência[45]:

27. Considerando que, para a realização desses objetivos de valor constitucional, é dado ao legislador submeter as diferentes categorias de serviço de comunicação a um regime de autorização administrativa; que lhe é dado igualmente cobrar da agência reguladora que assegure a conformidade com os princípios constitucionais em matéria de telecomunicações; que **a lei pode, sem atentar contra o princípio da separação dos poderes, dotar a agência reguladora encarregada de competência para garantir o exercício da liberdade de comunicação dos poderes sancionatórios no limite necessário à realização de sua missão;**

28. Considerando que pertence ao legislador a iniciativa do exercício daquelas medidas destinadas à salvaguardar os direitos e liberdades constitucionalmente garantidos;

29. Considerando que, em conformidade com o **princípio da ampla defesa**, o qual constitui um princípio fundamental reconhecido pelas Leis da República, nenhuma sanção pode ser aplicada sem que ao titular da autorização seja dado apresentar suas observações sobre os fatos que lhe são imputados, bem como que lhe seja garantido o acesso ao respectivo dossiê; que, noutro turno, para as sações previstas nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 42-1, bem como no caso de revogação da autorização mencionada no art. 42-3, o legislador previu a observância a um **procedimento com contraditório que é conduzido por um membro da jurisdição administrativa de acordo as modalidades definidas no art. 42-7; que resulta do art. 42-5 que não pode ser submetido ao Conseil Superieur de l'audiovisuel fatos que remontem há mais de 3 anos se não foi realizado nenhum ato tendente à sua apuração, constatação ou sanção.**

30. Considerando que **o poder de aplicar as sanções previstas no art. 42-1 é conferido ao Conseil Supérieur de l'audiovisuel que constitui uma instância independente;** que resulta dos termos da lei que nenhuma sanção se reveste de caráter automático; que, na forma do art. 42-6, toda decisão que imponha uma sanção **deve ser motivada;** que a diversidade de medidas suscetíveis de serem tomadas com fundamento no art. 42-1 corresponde à vontade do legislador em proporcionar a repressão à 'falha grave' imputada ao titular de uma autorização; que **o princípio da proporcionalidade deve paralelamente incidir** na aplicação de quaisquer das sanções enumeradas no art. 42-1; que o mesmo se aplica às sanções pecuniárias previstas no parágrafo 3º deste artigo; que, nesse contexto, o art. 42-2 que afirma que o montante da sanção pecuniária deve guardar relação com a gravidade das falhas cometidas bem como com as vantagens auferidas com a falha pelo serviço autorizado; que uma mesma falha só pode ensejar uma única sanção administrativa, seja ela legal ou contratual; que resulta da redação do art. 42-1 (3º) que uma sanção pecuniária não pode ser cumulada com uma sanção penal.

O Conselho, portanto, afastou a alegação de violação à Separação de Poderes, princípio tão caro ao Estado francês. Em suas linhas, a decisão esclarece o óbvio: a sanção administrativa depende da observância de um devido processo legal, assegurado o contraditório e a motivação de todos os atos pela autoridade pública.

Por evidente, a postura dos tribunais não está imune a críticas, principalmente de agentes do setor audiovisual. O poder de polícia outorgado à agência reguladora é constantemente criticado, inclusive por juristas. Em artigo<sup>[46]</sup> que versa sobre o tema, Pierre-François Docquir é incisivo:

E se a crítica que se pode fazer em relação às decisões do CSA reside justamente no risco de que a televisão pública renuncie, no futuro, a exibir uma ousadia



finalmente aprovada – para além do primeiro choque –, pela opinião majoritária, é que a liberdade da imprensa constitui uma das condições necessárias à possibilidade de uma sociedade democrática. [\[47\]](#)

A par das críticas, não há dúvidas de que a decisão tomada pelo CSA em procedimento sancionatório pode ser revista pelo Conselho de Estado, na forma imposta pelos artigos 42-8 e 42-13. Aliás, também as decisões que não autorizem ou que cancelem a outorga do serviço público podem ser revistas pelo Conselho de Estado.

A questão é saber sob quais limites se dá tal atuação. Nesse ponto, muito pertinente a contribuição de Maria Sylvia Zanella di Pietro [\[48\]](#):

No que diz respeito às questões técnicas, o Conselho de Estado adota a teoria do erro manifesto, aplicável nos três tipos de controle referidos. Isso significa que a apreciação dos fatos, se tem caráter técnico, é reconhecida como faculdade discricionária da administração, excluída, portanto, do controle jurisdicional. No entanto, naqueles casos de erro manifesto, que salta aos olhos sem necessidade de um perito na matéria, a exclusão de apreciação judicial poderia conduzir ao arbítrio. Com base nessa teoria, o Conselho de Estado tem anulado atos (...).

Por assim dizer, o órgão de cúpula da jurisdição administrativa apenas ingressa no mérito de decisão técnico-administrativo por exceção, e sempre se restringindo à anulação do ato. Em recentes decisões proferidas pelo Conselho de Estado se identifica a aplicação deste instituto. À título de exemplo, pode-se reportar à decisão nº 343073, proferida em 22/04/2013, relatoria de Sr. Jean-Dominique Langlais [\[49\]](#):

3. Considerando, em primeiro lugar, que as disposições do art. 14-1 da lei de 30 de setembro de 1986 autorizam o CSA a regulamentar a prática de colocação de produtos na totalidade dos programas de serviços de telecomunicação.

(...)

6. Considerando que, ao prever que a informação ao público sobre a existência de um programa será assegurada pela aparição durante alguns minutos, de um símbolo durante a transmissão, a decisão impugnada que, de acordo com os termos do parágrafo VII se aplica 'qualquer que seja a origem e condições da produção do programa' não introduz nenhuma discriminação entre as obras cinematográficas francesas e estrangeiras; que a aparição breve e intermitente de um símbolo não atenta, por si só, contra a integridade das obras; que utilizando essa modalidade de informação ao público para as obras cinematográficas, como também **para outros programas cuja transmissão é autorizada, o Conseil Superieur de l'audiovisuel não cometeu erro manifesto na apreciação;** que não revela uma desvantagem a existência de um erro manifesto no fato que as outras disposições da deliberação sejam aplicadas às obras cinematográficas e que sua aplicação não é afastada a partir de certo intervalo a contar da saída da obra.

Nesses termos, o que se verifica na jurisprudência francesa é o reconhecimento de limites à sua própria jurisdição. Com efeito, as opções de natureza puramente técnica escapam da apreciação judicial, restrita à averiguação de "erros manifestos".

### 2.3 Brasil: convergências e divergências

Avaliadas as principais características dos modelos norte-americano e francês, inevitável proceder a breves comparações com o sistema brasileiro em dois aspectos: a sindicabilidade da discricionariedade técnica<sup>[50]</sup> e a radiodifusão prestada diretamente pelo Estado.

Quanto ao primeiro aspecto, percebe-se grande convergência dos tribunais estudados no tópico precedente. Em seu conteúdo, as noções de "*erreur*

*manifeste*” e de “*deference*” são praticamente sinônimas. Tal peculiaridade é, inclusive, mencionada por Maria Sylvia[51]:

É curioso como o Direito norte-americano, de início tão crítico do Direito administrativo francês (negando, por muito tempo, a existência de um Direito administrativo nos Estados Unidos, o que também ocorreu nos demais países integrantes do sistema da Common Law), tenha chegado a soluções tão parecidas. Essa sua tese de só permitir a revisão dos aspectos técnicos quando se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, não difere muito da teoria, acima exposta, do erro manifesto, adotada pelo Conselho de Estado francês.

Assim, embora distintos em sua gênese, a *civil law* francesa e a *common law* norte-americana aqui se tocam, trazendo interessantes subsídios ao sistema jurisdicional brasileiro, que ainda hoje é reticente quanto aos limites do controle da discricionariedade técnica.

Aliás, a constituição vigente outorga natureza de direito fundamental à Inafastabilidade da Jurisdição (CRFB, artigo 5º, XXXV), além de prever regra específica de controle judicial no campo da radiodifusão de sons e imagens (CRFB, artigo 223, §4º). Por assim dizer, parece o ordenamento jurídico pátrio ser refratário à possibilidade de se restringir o poder de revisão judicial no Brasil.

Não bastasse isso, parte da doutrina questiona a possibilidade de agências reguladoras expedirem regulamentos, seja pela ausência de previsão constitucional, seja pelo déficit de legitimidade democrática inerente a estas autarquias. A rigor, a Constituição da República apenas concedeu tal poder discricionário ao Chefe do Poder Executivo (CRFB, artigo 84, IV) e a seus ministros de Estado (CRFB, artigo 84, IV).

A par das críticas, o que se percebe no direito brasileiro é grande confusão entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. É o que prescreve Maria Sylvia Zanella di Pietro[52]:

Afora essas possibilidades que decorrem da Constituição, a única maneira de defender validamente a discricionariedade técnica aplicada à função normativa das agências reguladoras (e de outros órgãos administrativos que exercem função semelhante) é a de **reduzir (se é que isso é possível) o conceito de regulamento, para dele excluir as normas que apenas definem conceitos técnicos contidos na lei.** E isso pelo fato de que a discricionariedade técnica não constitui verdadeira discricionariedade, não envolve decisão política, porque não dá liberdade de escolha para a Administração. O órgão regulador limita-se a definir um conceito que já está contido na lei e cujo conteúdo vai ser apenas explicitado na norma infralegal.

Por tudo isso, o Poder Judiciário pátrio tradicionalmente sempre exerceu pleno controle sobre as decisões e interpretações exaradas pelas agências reguladoras, afastando-se dos modelos norte-americano e francês. Aqui é válida a crítica de Andreas J. Krell<sup>[53]</sup>:

Em países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos jurídicos indeterminados, sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade substitutiva da Administração, cujas atribuições e tarefas – como vimos – não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei. Há conceitos legais que, por sua alta complexidade e pela dinâmica específica da matéria regulamentada, são tão vagos e a sua concretização na reconstrução da decisão administrativa é tão difícil, que o seu controle chega aos “limites funcionais do Judiciário”.

Em verdade, alinhada à crítica do autor, o que hoje se percebe, é a consolidação de avanços e novas tendências na jurisprudência pátria neste ponto. A título de exemplo, pode-se citar precedente recente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que o órgão judiciário expressamente reconheceu os limites de sua jurisdição:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. DESCOBERTA APÓS O TÉRMINO DO AJUSTE. OBSERVÂNCIA DO PACTA SUNT SERVANDA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO CONTRATUAL AFASTADA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE E ILEGALIDADE NA DECISÃO DA ANP. CONDENAÇÃO DE CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A questão cinge-se na declaração de invalidade e ilegalidade da decisão nº 332, emanada pela Diretoria da ANP, a qual indeferiu o pedido da Apelante para dar continuidade nas operações do poço 1-BRSA-230-RJS, avaliar e declarar a comercialidade da área correspondente ao Plano de Avaliação da Descoberta. (...) 6. **Não há elementos nos autos que comprovem a existência de ilegalidade ou irregularidade no procedimento adotado pela ANP**, a fim de afastar o decisum emanado. 7. **A questão da autonomia da agência reguladora em face do Judiciário é adstrita aos limites de avaliação das matérias aptas ao uso da discricionariedade técnica, cabendo ao Juízo, apenas, averiguar sua conformidade com a lei, sendo que nos termos analisados não se demonstrou quaisquer inobservâncias.** (...) 9. Apelação parcialmente provida.

(AC 200751010234991, Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::26/09/2014.)

No voto que se sagrou vencedor, o desembargador federal Guilherme Diefenthaeler assevera a necessidade de observância da discricionariedade técnica pelo Poder Judiciário:

Por conseguinte, sendo a Agência Reguladora a entidade dotada de aptidão técnica para verificar, a partir do conhecimento da Engenharia das Redes de Telecomunicações, as regiões em que se faz viável a

cobrança de tarifa local, bem como os locais em que a complexa rede de técnicos recomenda a cobrança de tarifa não local, **incumbe à ANATEL, em razão do Princípio da Discricionariedade Técnica, a fixação de política tarifária de telefonia.**

Especificamente no setor das telecomunicações, o Superior Tribunal de Justiça também já se expressou no mesmo sentido, em acórdão da relatoria de Mauro Campbell Marques:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

1. Trata-se de recurso especial interposto por TIM Celular S/A contra acórdão em que, ao confirmar liminar deferida na primeira instância, entendeu-se pela fixação de um Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes em razão da implementação de um sistema de interconexão fundado exclusivamente na cobertura de custos, que não possibilita excesso de vantagens econômicas para as operadoras que permitem o uso de suas redes por terceiros. (...)

5.4. O art. 153, § 2º, da Lei n. 9.742/97 é claro ao afirmar que é a Anatel o ente responsável por resolver eventuais condições para interconexão quando for impossível a solução pelos próprios interessados (v. tb. Resolução Anatel n. 410/05). Trata-se de dispositivo quase óbvio, à luz da extrema especificidade e sensibilidade técnicas que cercam o tema.

5.5. **Parece que, tendo em conta o alto grau de discricionariedade técnica que permeia o assunto e também os princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência,** não se pode ignorar que, embora em sede de contenda instaurada entre a GVT e a Vivo, a lógica do sistema de telecomunicações impõe que o valor de referência aí fixado seja estendido a todos os demais participantes de arbitragens similares (englobando, pois, a arbitragem entre a GVT e a TIM - parte recorrente).

5.6. Isto porque reza o art. 152 da Lei n. 9.472/97 que "[o] provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço" (negritos acrescentados).

5.7. Verificada a correta extensão e aplicação ao caso em análise do Despacho n. 3/2007, da CAI/Anatel, é necessário que haja uma revisão da tutela antecipada, mas em termos mais estreitos do que pleiteado pelo recorrente.

5.8. **É que o magistrado de primeiro grau, analisando a demanda, fixou o VU-M com base no valor apurado pela consultoria contratada pela GVT, e este valor é diferente do que foi fixado pela Anatel.**

5.9. **Mantendo a incidência da principiologia acima já declinada (princípios da isonomia, da eficiência e da deferência técnico-administrativa), parece incongruente, a esta altura, manter a liminar nos termos em que deferida quando a agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível - ainda que no âmbito da arbitragem "GVT vs. Vivo". (...)**

6.4. Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo -, e, na espécie, a cautela possível é apenas promover o redimensionamento da tutela antecipada aos termos do Despacho Anatel/CAI n. 3/2007.

7. Recurso especial parcialmente provido apenas para, reconhecendo a violação ao art. 462 do CPC e parcial ofensa ao art. 273 do mesmo diploma normativo, adequar o VU-M pago pela GVT à TIM àquele estipulado pela Anatel no Despacho n. 3/2007, da CAI - revendo, pois, a liminar apenas nesta extensão.

(REsp 1171688/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 23/06/2010)

Portanto, a jurisprudência brasileira apresenta clara tendência – que será retomada no capítulo seguinte – de limitar o poder que lhe foi outorgado pelo artigo 5º, XXXV da Constituição da República. A inafastabilidade do controle judicial dá lugar à discricionariedade administrativa, permitindo a gradual aproximação com os modelos vigentes na França e nos Estados Unidos.

O segundo aspecto de relevo, em termos comparativos, encontra-se no sistema público de televisão existente na França. A Medida Provisória nº 398/07, convertida na lei 11.652/08, instituiu, no Brasil, os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou por entes da administração indireta. Ademais, autorizou a criação da Empresa Brasil de Comunicação (EBC) [54], na forma do artigo 37, XIX, da Constituição da República.

Preliminarmente, há interesse na avaliação quanto ao atendimento, por tal empresa pública, dos requisitos estabelecidos no artigo 175, CRFB, vez que exerce atividade em concorrência com a iniciativa privada:



Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Em se tratando de prestação de um serviço público, não parece haver óbice a que o Estado o preste *“na forma da lei, diretamente”*. Aliás, o artigo 223, caput, CRFB dispõe expressamente sobre a existência de um *“sistema estatal”* de radiodifusão. Assim, é constitucional a criação de tal empresa à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto às missões institucionais da Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), o artigo 4º, do Decreto nº 6.689/08 destaca: (i) implantar e operar as emissoras e explorar os serviços de radiodifusão pública sonora e de sons e imagens do Governo Federal; (ii) implantar e operar as suas próprias redes de repetição e retransmissão de radiodifusão, explorando os respectivos serviços; (iii) estabelecer cooperação e colaboração com entidades públicas ou privadas que explorem o serviço de comunicação e radiodifusão pública, mediante convênios ou outros ajustes, com vistas à formação de rede nacional de comunicação pública; (iv) produzir e difundir programação informativa, educativa, artística, cultural, científica, de cidadania e de recreação; (v) promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades de radiodifusão, comunicação e serviços conexos; (vi) prestar serviços no campo de radiodifusão, comunicação e serviços conexos, inclusive para a transmissão de atos e matérias do Governo Federal; (vii) distribuir a publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, à exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União; (viii) exercer outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República ou pelo seu Conselho Curador; (ix) garantir os mínimos de dez por cento de conteúdo regional e de cinco por cento de conteúdo independente em sua programação semanal, em programas a serem veiculados no horário compreendido entre seis e vinte e quatro horas.

Aliás, consoante o artigo 5º, da Portaria nº 04, de 17.01.2014, do Ministério das Comunicações, a *“Rede Nacional de Comunicação Pública”* será gerida pela EBC e integrada por: (i) emissoras de radiodifusão de sons e de sons e imagens e retransmissoras de televisão consignadas à EBC, operadas

exclusivamente por esta ou por órgãos da União; (ii) emissoras de radiodifusão de sons e de sons e imagens e retransmissoras de televisão consignadas à EBC, operadas em parceria com municípios, estados e entidades vinculadas à administração pública nas três esferas, inclusive consórcios municipais e empresas públicas; (iii) emissoras de radiodifusão de sons e de sons e imagens e retransmissoras de televisão outorgadas diretamente a entidades públicas e privadas, nos termos do art. 8º, III, da Lei nº 11.652/ 2008.

O financiamento desta atividade, por sua vez, será assegurado pelas empresas do ramo das telecomunicações, consoante tabela em anexo à lei 11.652/08. Isto se dá por meio da cobrança da “*Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública*” pela Agência Nacional de Telecomunicações (artigo 34, lei 11.652/08).

Hoje a EBC conta com nove outorgas de serviço público: dois canais de televisão (TV Brasil e TV Brasil Internacional), e sete de rádio (Nacional FM Brasília, Nacional Rio AM, Nacional Alto Solimões, Nacional Brasília AM, Nacional Amazônia, MEC FM – Rio e MEC AM – Rio).

Assim, se de um lado a legislação brasileira se aproxima do modelo francês ao difundir um sistema próprio de radiodifusão pública; de outro, vem cabendo à jurisprudência pátria balizar seu controle sobre escolhas estritamente técnicas da ANATEL, aproximando-se dos padrões adotados pelos modelos francês e norte-americano[55].

### 3. BRASIL: UMA SOLUÇÃO VIÁVEL ENTRE A TÉCNICA E A POLÍTICA

#### 3.1 Proposta: Princípio da Reflexividade e Autopoiesis

Diante da análise crítica e dos subsídios trazidos pelo direito comparado, pode-se concluir que, no Brasil, o modelo regulatório da radiodifusão de sons e imagens é predominantemente político, com poucos espaços destinados a opções técnicas. Por assim dizer, o Poder Executivo toma decisões das mais relevantes, controlando a outorga e renovação do serviço público.

O papel dominante do Ministério das Comunicações no setor vai de encontro à descentralização administrativa vivenciada após as primeiras décadas de vigência da atual Constituição. Em verdade, a técnica e a política devem apresentar relações de coordenação – e não de subordinação – no campo da radiodifusão de sons e imagens.

Aliás, a tendência contemporânea da ciência jurídica destaca a necessidade de interferências recíprocas de outros campos do conhecimento – como a política e a técnica – em sua estrutura, formando o que se convencionou chamar “hiperciclo”. Nas palavras de Teubner<sup>[56]</sup>:

Podemos concluir dizendo que um sistema jurídico se torna autônomo na medida em que consiga constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo perficiente da sua autonomia autopoietica quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulem entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo

O autor propõe, então, uma via alternativa à clássica dicotomia entre os sistemas jurídicos fechado e aberto. O primeiro, capitaneado por Hans Kelsen, assevera que o Direito é autônomo e autorreferido, resumindo-se a um feixe de normas interligadas umas às outras de modo coerente e unitário. O segundo, por seu turno, foi amplamente divulgado por Karl Marx, e propaga a ideia de que o Direito é mera superestrutura determinada pelos ditames da ciência econômica, em verdadeira relação de causa-e-efeito.

Resumidamente, Teubner acredita que o Direito deve admitir interferências de outros campos da ciência (técnica, política,...), sem com isso desnaturar sua essência. É que, para o sociólogo, apenas assim a ciência jurídica permite transformação e mudança em sua ordem, evitando sua fossilização frente às demandas sociais.

Conclui o autor que *“a realidade jurídica distingue-se assim da consciência e da mundividência de um jurista em dois aspectos: constitui uma construção social e não psíquica (isto é, representa o resultado de comunicações), e uma construção*

*social altamente selectiva, já que ganha a sua própria existência no seio de um sistema social autônomo, o hipercíclicamente organizado sistema jurídico.”*<sup>[57]</sup>

Esta nova percepção do sistema jurídico logo se expandiu, atravessando rapidamente o Atlântico e ganhando diversos adeptos no Brasil. Com supedâneo na *autopoiesis*, Sergio Guerra<sup>[58]</sup> argumenta a revisão da discricionariedade no Direito Administrativo, hoje pautada no binômio simplório e juridicamente indeterminado de “*conveniência*” e “*oportunidade*”.

Diante de uma sociedade extremamente plural, reconhece o autor a necessidade de se pensar em um novo instituto administrativo que fundamente a necessária tarefa da Administração Pública de conciliar interesses de grupos sociais distintos e até de entes da própria Administração, heterogêneos entre si.

Nesses termos, Guerra apresenta o princípio da reflexividade como antídoto para manutenção do equilíbrio dos “*subsistemas*” (grupos sociais e entes públicos) sem ameaças aos direitos fundamentais, afastando-se da fórmula insindicável da “*conveniência*” e da “*oportunidade*”. Desse modo, aplica-se a *autopoiesis* de Teubner, negando os sistemas fechado (Kelsen/independência de outros sistemas) e aberto (Marx/dependência da Economia), e sustentando a idéia de que o próprio sistema jurídico, por meio da auto-observação e da análise de sistemas externos (social, econômico, técnico, político,...), cria seus elementos e seus limites.

A reflexividade depende, então, não apenas da reflexão do administrador diante da casuística, mas também da capacidade deste em pensar a situação concreta visando à estabilização dos interesses em jogo e à minimização da insegurança. Com isso, há a objetivação do pensamento, que se torna sindicável em seus requisitos: i) observância de mecanismos de prevenção dos riscos; ii) articulação e mediação de interesses, com a inserção do *consensualismo*.

Segundo o autor, apenas dessa forma seria possível a superação de decisões unilateralmente impostas (discricionariedade) em uma sociedade cada vez mais ambivalente. A tentativa do professor é evidente: trazer balizas menos fluidas às escolhas do gestor público, evitando a completa subordinação dos outros campos do conhecimento aos sabores da política.

Com efeito, o setor da radiodifusão de sons e imagens, tal como hoje posto, carrega consigo reminiscências e pressupostos que a Reflexividade e a *autopoiesis* pretendem balizar. Explico: escolhas unilaterais impostas pelo Ministério das Comunicações na atividade reproduzem inaceitável quadro de concentração de poder e de influência desproporcional dos fenômenos políticos na ciência jurídica.

A *autopoiesis* impõe a interferência proporcional e efetiva de todos os campos de conhecimento sobre o Direito, não se coadunando com um modelo de aguda hegemonia da política sobre a técnica e, invariavelmente, sobre o próprio ramo jurídico. Frise-se: a teoria não é refratária a incursões da ciência política no Direito; o que não se admite é o retorno a uma concepção de sistema aberto, em que o Direito é determinado, por completo, pelos anseios da Política.

Nesse mesmo sentido, o princípio da reflexividade proposto por Sergio Guerra repele a tomada de decisões unilaterais pelo Poder Executivo, pautada em binômio excessivamente vago como “*conveniência e oportunidade*”. Com efeito, a administração policêntrica e a sociedade multifacetada contemporâneas exigem do gestor público a democratização e a oxigenação do processo decisório.

Sob essa perspectiva, indubitável o descompasso do serviço público em estudo, no qual a unilateralidade do Ministério das Comunicações é uma constante. Os abusos dela decorrentes já foram estudados, e apenas confirmam a urgência da aplicação da *autopoiesis* e do princípio da reflexividade no setor da radiodifusão de sons e imagens.

Esta conclusão, aparentemente óbvia, traz consigo uma série de questionamentos conexos: como propiciar, na prática, essa correlação? De que modo o ordenamento jurídico pode reproduzir este “*hiperciclo*”, permitindo a plena articulação entre a técnica e a política no campo da radiodifusão? É possível e juridicamente viável adotar um modelo teórico autopoietico em termos práticos?

De fato, o modelo proposto por Gunther Teubner e reproduzido por Sergio Guerra parece abstrato, teórico e de reduzida aplicabilidade prática. Apenas parece. Em que pese a abstração do tema, a atenta observação da realidade

sensível dá sinais claros de que é possível aproximar a construção teórica ao sistema brasileiro de regulação da atividade.

### **3.2 Empiria Necessária: a Tendência Brasileira**

A concentração excessiva de poderes relativos à regulação do setor de radiodifusão de sons e imagens pelo Poder Executivo vem sofrendo gradativa flexibilização no plano dos fatos. A prática demonstra que, felizmente, não apenas o Ministério das Comunicações regulamenta o setor. Com efeito, cada vez mais entes participam ativamente do desenvolvimento da atividade, contribuindo de forma decisiva para a expansão quantitativa e qualitativa do serviço público.

A Constituição de 1988, a jurisprudência de nossos tribunais e os convênios administrativos firmados pela ANATEL apontam no sentido da descentralização “*informal*” do setor. Informal porque de encontro ao direito positivo, não obstante mais próxima e concretizadora do interesse público. Silenciosamente, a *autopoiesis* a reflexividade vêm atuando em favor da oxigenação do processo decisório.

Nesse ponto, portanto, a empiria se faz necessária. Decididamente, “dados quantitativos permitem amplas leituras e corroboram argumentos, tornam possível a elaboração de um novo e fresco olhar sobre, eventualmente, os mesmos fatos” [59]. Desse modo, passemos à análise pragmática do funcionamento do setor.

#### *3.2.1 Constituição de 1988: a inclusão do Congresso Nacional*

Conforme apontamentos anteriores, historicamente o serviço de radiodifusão sempre foi exclusivamente controlado pelo Poder Executivo central. A Constituição de 1988, reproduzindo norma do Código Brasileiro de Telecomunicações, assevera no *caput* do artigo 223 que “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”.

Não obstante, o texto constitucional apresenta balizas inéditas no tratamento legislativo da matéria. É que os parágrafos que seguem o *caput* do artigo 223, inauguram mecanismos de “*checks and balances*” no setor:

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

Nesse mesmo sentido, o artigo 49, XII da Constituição Federal: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão”.

Por assim dizer, o Legislativo passa a atuar decisivamente nas escolhas antes exclusivas do Poder Executivo. Buscou-se, então, submeter os atos de outorga, de renovação e de não renovação ao crivo de um terceiro órgão, oxigenando o procedimento e impedindo benesses e perseguições.

Assim leciona Luciana Sardinha Pinto<sup>[60]</sup>:

“o ato de outorga deixa de ser um ato discricionário do Poder Executivo, que possuía, conforme a legislação anterior, a exclusividade da escolha do direito de outorgar, renovar, declarar peremptas as permissões e concessões, sem nenhuma garantia, sem nenhum respeito pelo esforço e investimento do empresário”.

Nessa mesma linha de ideias, o dispositivo constitucional seguinte (CRFB, artigo 224<sup>[61]</sup>) dispõe acerca da criação do Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle da atividade das

Telecomunicações. Esta norma, de eficácia limitada, apenas foi devidamente regulamentada em 30.12.1991, por meio da Lei nº 8.389/91.

Dentre as atribuições do Conselho, destaca-se a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional, especialmente sobre: i) produção e programação das emissoras de rádio e televisão; ii) finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas da programação das emissoras de rádio e televisão; iii) promoção da cultura nacional e regional, e estímulo à produção independente e à regionalização da produção cultural, artística e jornalística; iv) outorga e renovação de concessão, permissão e autorização de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; v) legislação complementar quanto aos dispositivos constitucionais que se referem à comunicação social.

Em sua composição destaca-se a inclusão de representantes das mais diversas atividades componentes do gênero das Telecomunicações, assim como a presença obrigatória de 5 (cinco) membros da sociedade civil. Aqui há, portanto, relevante abertura *autopoietica* do sistema jurídico – outorgada pelo próprio ordenamento – a interferências técnicas e sociais no setor da radiodifusão.

Dessarte, o constituinte outorgou concretos mecanismos de controle da atividade do Chefe do Executivo, seja político (por meio do Congresso Nacional), seja técnico e até social (por meio do Conselho de Comunicação Social). Houve, a par dos discutíveis interesses por detrás da medida, esforço no sentido de evitar o uso político e arbitrário das outorgas pelo Poder Executivo.

Aliás, os mecanismos se alinham perfeitamente ao conceito de *autopoiesis* e à noção de reflexividade. É que o ordenamento jurídico autoriza o ingresso de forças das ciências política, técnica e social em seu domínio, permitindo sua gradativa transformação e adaptação aos anseios da comunidade.

### 3.2.2 Convênios: ANATEL e o aumento do Poder Fiscalizatório

A legislação pátria, como já visto, restringiu sobremaneira o poder regulatório da ANATEL no setor da radiodifusão de sons e imagens. Tradicionalmente, a agência reguladora apenas atua na administração do espectro de radiofrequências e na fiscalização técnica das estações (Lei nº 9.472/97, artigos



158, §1º, III e 211, p.ú.). Neste último caso, uma vez constatada qualquer irregularidade, deve a autarquia comunicá-la imediatamente ao Ministério das Comunicações, a fim de que este tome as medidas administrativas cabíveis.

Assim, ainda segundo a legislação vigente, compete ao Ministério das Comunicações (CRFB, artigo 223) administrar as outorgas no setor da radiodifusão. É, portanto, de sua responsabilidade a fiscalização da exploração deste serviço público no que concerne, dentre outras coisas, a sua composição societária e administrativa. Ademais, lhe compete ainda a instauração de procedimento administrativo para apuração de quaisquer irregularidades praticadas no setor, adotando as medidas necessárias ao efetivo cumprimento das sanções aplicadas às concessionárias.

Em que pese a moldura legislativa acima apontada, a realidade sensível parece reconhecer a necessidade de uma atuação mais abrangente do órgão técnico na fiscalização da atividade de radiodifusão.

Nessa esteira, foi firmado em 2007 o Convênio nº 01/07 entre a ANATEL e o Ministério das Comunicações, por meio do qual este delegou àquela, parcela de seu poder de polícia no campo da radiodifusão. Vale aqui, preliminarmente, ressaltar que a delegação proposta está de acordo com as balizas impostas pela lei nº 9.784/99:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Com efeito, não é essencial ao ato de delegação que o ente delegado seja subordinado hierarquicamente à autoridade delegante, o que torna viável a outorga de parcela do poder de polícia do Poder Executivo Central à agência reguladora do setor, sob a qual só exerce poder de tutela. Ademais, o convênio mencionado atende às circunstâncias apontadas pela lei, vez que a delegação possui nítida “*índole técnica*”.

Outrossim, o poder sancionatório permanece na esfera de competência exclusiva do Ministério das Comunicações, não tendo sido transferida à ANATEL[62]. Aliás, também a apreciação de eventuais recursos administrativos, bem como a edição de normas regulamentadoras do setor não foram delegadas à agência reguladora (cláusula sétima, do Convênio nº 01/07), consoante o artigo 13, da lei 9.784/99.

Superada esta análise formal, importa avaliar o conteúdo deste convênio. Por meio do acordo, o Ministério delegou à Agência a competência para analisar processos técnicos de engenharia dos serviços de radiodifusão, com poderes de instrução e decisão, sobre os seguintes assuntos: (i) licenciamento das estações; (ii) alteração de local de instalação das estações; (iii) alteração de frequência ou canal de operação; (iv) alteração de características técnicas; (v) mudança de transmissor e/ou sistema irradiante; (vi) alteração do local do estúdio; (vii) enquadramento em novas características de plano básico; (viii) aumento de potência; (ix) mudança de classe.

Em suas linhas, o convênio deixa transparecer as razões (técnicas) de tal delegação:

Cláusula segunda. Para a realização dessas atividades, a Anatel **deverá fazer uso da sua experiência na condução e análise de processos técnicos de engenharia, com o fim de conferir maior celeridade aos trâmites** necessários à emissão de autorização para as entidades realizarem alterações técnicas em suas estações, à expedição de Licença para Funcionamento de Estação e, conseqüentemente, ao estabelecimento de um maior controle da arrecadação das taxas devidas pelas entidades executantes dos serviços citados na Cláusula primeira.

Cláusula sexta. **Inclui-se na presente delegação a competência para alterar procedimentos operacionais que visem aperfeiçoar a análise de processos técnicos** de engenharia de que trata este Acordo de Cooperação Técnica.

Diante disso, há reconhecimento da insuficiência técnica por parte do Ministério das Comunicações, o qual gera a morosidade no tratamento dos procedimentos administrativos pendentes. Assim, em que pese a competência legal recair sobre o Ministério, o convênio firmado revela prática distinta.

Não bastasse isso, em 2011 a Advocacia Geral da União redigiu parecer conclusivo nº 36/2011 quanto à delimitação dos papéis da ANATEL e do Ministério das Comunicações, em matéria de radiodifusão de sons e imagens.

Segundo afirma o parecer, assinado pelo consultor jurídico Rodrigo Zerbone Loureiro:

(...) se é clara a determinação constitucional insculpida no inciso XI do art. 21 da CF para a criação de um órgão regulador para os serviços de telecomunicações, não há nem na alínea 'a' do inciso XII do art. 21 da CF, nem em qualquer outra parte da Constituição vedação para a criação de uma entidade reguladora para serviços de radiodifusão. Tampouco há a vedação de que haja somente uma entidade reguladora com competência sobre os serviços telecomunicações e radiodifusão. Trata-se de escolha do legislador infraconstitucional.

Assevera ainda que *“o art. 223 da Constituição Federal, ao referir-se ao ‘Poder Executivo’ não pretendeu determinar o modelo institucional que regularia os serviços de radiodifusão, de maneira a restringir as opções do legislador ordinário a apenas a administração direta da União”*.

Com efeito, a expressão *“Poder Executivo”* teria sido utilizada em sua acepção clássica, como um dos poderes da República, ao lado do Legislativo e do Judiciário. Assim, a Constituição teria deixado a critério do legislador infraconstitucional a fixação do poder regulatório pela administração direta (Ministério das Comunicações) ou indireta (Agência Nacional de Telecomunicações).

No corpo do parecer, à título de interpretação histórica do artigo 215, inciso I, Lei nº 9.472/97 já estudado, é reproduzido trecho de declaração dada pelo

então ministro das Comunicações Sérgio Motta, à época da aprovação da Lei Geral de Telecomunicações:

A Lei Geral revogará integralmente, o Código Brasileiro de Telecomunicações na sua parte de telecomunicações. A área de radiodifusão ainda obedecerá ao velho código, mas eu pretendo, até o fim de 1997, entregar ao Congresso Nacional, um projeto de Lei Geral de Radiodifusão para daí tornar totalmente superado o código, já tenho uma equipe trabalhando nesse projeto há mais de um ano. (...) **Enquanto não contarmos com essa lei, a ABTEL será administradora das frequências e caberá a ela ceder frequências para o serviço de radiodifusão.** A ideia ainda não é definitiva, mas espero que, tão logo seja aprovada a Lei de Radiodifusão, a ABTEL se transforme numa agência reguladora das comunicações, no sentido amplo, incluindo radiodifusão entre os seus serviços. **Toda a área de radiodifusão passará, então, a ser cuidada pelo mesmo órgão regulador, Agência Brasileira de Telecomunicações.**

Diante do esforço hermenêutico, o consultor jurídico logra êxito na desconstitucionalização da matéria referente à competência regulatória do Ministério das Comunicações na atividade em estudo. Com isso, há flexibilização das fronteiras entre as atribuições regulatórias do Poder Executivo Central e da ANATEL, deixando a cargo do legislador ordinário sua delimitação.

Assim, a manutenção, na administração direta, da competência de delegar a prestação de serviços de radiodifusão encontra fundamento na Lei Geral de Telecomunicações (artigos 211 e 215, inciso I) e não em dispositivos constitucionais.

Não obstante, no que tange ao uso da radiofrequência e à certificação de equipamentos pelas empresas de radiodifusão, o parecer conclui pela competência fiscalizatória e sancionatória da ANATEL. É que os artigos 157, 158, 162, 163, 19, IX, XIII da LGT c/c artigo 12, 18, da lei 11.934/09 outorgam

expressamente esta atribuição à agência reguladora, não havendo qualquer confronto com o disposto no artigo 223, CRFB.

Assim, a Advocacia Geral da União rompeu com longa jurisprudência administrativa que sustentava uma “*prerrogativa de foro injustificada*” aos radiodifusores, que apenas poderiam ser sancionados pelo Poder Executivo central.

Nesse contexto, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando jurisprudência no sentido de ampliar a competência fiscalizatória da ANATEL no setor da radiodifusão de sons e imagens, como se extrai da ementa do Recurso Especial nº 1536976 / SP:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NA ORIGEM. RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. OUTORGA DE FUNCIONAMENTO PENDENTE. LACRE DOS EQUIPAMENTOS E INTERDIÇÃO DAS ATIVIDADES POR FISCAIS DA ANATEL. **EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA AGÊNCIA REGULADORA. COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA.** RETIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO DO MANDAMUS. INVIABILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AUTORIZAÇÃO OU RESTABELECIMENTO DE FUNCIONAMENTO PRECÁRIO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO. VINCULAÇÃO ÀS FUNÇÕES DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO.

1. A controvérsia trazida em recurso especial cinge-se a saber se a ANATEL é parte legítima para figurar, sem litisconsórcio com a União, no polo passivo de mandado de segurança impetrado por rádio comunitária contra superintendente regional daquela agência, o qual determinou o lacre dos equipamentos e a interrupção das atividades da emissora por ausência de outorga de funcionamento.

2. O Tribunal de origem examinou todas as questões levantadas pela parte recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 535 do CPC.

**3. Embora a expedição de outorga de funcionamento não seja da competência da ANATEL, a atividade fiscalizatória está inserida nas atribuições da agência reguladora.**

(...)

Recurso especial da ANATEL conhecido em parte e, nesta parte, provido somente para declarar que o Poder Judiciário não tem competência para autorizar ou restabelecer o funcionamento de rádio comunitária, ainda que a título precário.

(REsp 1536976/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 30/09/2015)

Por assim dizer, há evidente tendência de expansão da função regulatória da ANATEL sobre a atividade da radiodifusão de sons e imagens. Por meio dos instrumentos jurídicos acima mencionados, a *autopoiesis* se faz presente, alargando a influência da técnica em setor antes dominado por interesses políticos.

### *3.2.3 Constituição de 1988 e a postura deferente do Poder Judiciário*

Conforme análise pretérita, a Constituição de 1988 trouxe para além da cláusula geral da Inafastabilidade da Jurisdição (CRFB, artigo 5º, XXXV), regra específica de controle judicial no campo das radiodifusão de sons e imagens: “o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.” (CRFB, artigo 223, §4º).

Pretendeu o constituinte originário outorgar garantias aos concessionários e permissionários do serviço público, concretizando novamente o sistema de freios e contrapesos. Em que pese a louvável preocupação do legislador, a interpretação

dada a esse dispositivo pelas autoridades competentes vem sendo bastante restritiva.

Com efeito, a norma constitucional já foi objeto de apreciação e de aplicação pelo Tribunal de Contas da União e também pelo Superior Tribunal de Justiça, em casos a serem logo mais esmiuçados.

Primeiramente, há de se destacar a interpretação fixada no Acórdão nº 1.900/2008, da relatoria do ministro Ubiratan Aguiar, em plenário, no Tribunal de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. OUTORGA DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO SONORA. ILEGALIDADE NA FASE DE HABILITAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. OITIVA DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. HABILITAÇÃO, NOS AUTOS, DE TERCEIRO INTERESSADO. VÍCIO INSANÁVEL. OUTORGA NÃO VÁLIDA. ATO NULO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA PORTARIA DE OUTORGA E DO ATO ILEGAL DE INABILITAÇÃO. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÕES.

1. O cancelamento de outorga de que trata o art. 223, § 4º, da Constituição Federal busca resguardar concessões e permissões regularmente outorgadas de eventual arbítrio da Administração no sentido de, antes do prazo definido, extingui-las.

2. Ato de outorga concedida com vício de ilegalidade deve, em decorrência do poder de autotutela, ser anulado pela autoridade administrativa que celebra o ato, não sendo necessária a decisão judicial referida no art. 223, § 4º, da Constituição Federal.

3. O limite quantitativo imposto pelo art. 12 do Decreto-lei 236/67 deve ser verificado considerando-se, para o cômputo do total de concessões e permissões já outorgadas às entidades, apenas aquelas cujo respectivo

contrato de concessão ou de permissão já tenha sido assinado e publicado no Diário Oficial da União.

Na hipótese dos autos, o Ministério das Comunicações havia detectado irregularidades no procedimento licitatório de Serviço de Radiodifusão Sonora em Freqüência Modulada para diversas localidades do Estado de Minas Gerais. Em razão de tais vícios, ocorridos na fase de habilitação, o objeto do certame havia sido outorgado à empresa equivocada.

Em que pese o vício insanável, o órgão administrativo entendeu pela impossibilidade de declaração da nulidade do procedimento, em razão da norma inserta no artigo 223, §4º da Constituição da República. Em outras palavras, o Ministério das Comunicações houve por bem aguardar manifestação judicial para fins de cancelamento da outorga.

Em sentido oposto, entendeu a Corte de Contas ser aplicável o princípio da autotutela (súmula 473, do Supremo Tribunal Federal) no caso concreto. É que a irregularidade praticada na origem da própria outorga não estaria agasalhada pela norma constitucional, pois, segundo a relatoria: *“a sua anulação não é forma de extinção unilateral da outorga, mas significa o reconhecimento de que se trata de outorga sem validade, pois concedida sob fundamento ilegal, representando ato que não existe no mundo jurídico como válido”*.

Dessa feita, o voto condutor mencionou ainda precedente do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido. Trata-se do Mandado de Segurança nº 8.937/DF, assim ementado, pelo relator Humberto Gomes de Barros:

CONTRATO ADMINISTRATIVO - DESCONSTITUIÇÃO - ATO COMPLEXO - CÓDIGO NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ART. 38) - RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL - VIGÊNCIA - CONCESSIONÁRIAS DE RADIODIFUSÃO - COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA - CONSENTIMENTO DA UNIÃO (L. 4.117/62 - ART. 38).

1 - É lícito à autoridade que celebra contrato administrativo, declarar-lhe a nulidade, sem desconstituir os respectivos atos preparatórios.



(...)

6 - Em meio ao processo de que resultou a candidata à concessão, é defeso à concessionária alterar seus estatutos sociais, sem as cautelas do CBT (art. 38).

Em apertada síntese, o acórdão exarado afastou a preliminar de incompetência do Ministro das Comunicações para anulação de outorga por ele firmada. Nas palavras do relator: “o ato impugnado não transcendeu o limite da competência de quem o praticou”.

Assim, o que se extrai de ambos precedentes é a interpretação restritiva à garantia inserta no artigo 223, §4º da Constituição da República. Os acórdãos comungam, portanto, do entendimento de que a declaração de vício de legalidade pode ser feita oficiosamente pelo Ministério das Comunicações, na forma da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Não é só. Em recentes acórdãos exarados pelo Superior Tribunal de Justiça foi firmada postura de deferência do Poder Judiciário à atividade do Ministério das Comunicações:

**DIREITO ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA AUTORIZAR O FUNCIONAMENTO DE RÁDIO EDUCATIVA.**

O Poder Judiciário não tem competência para autorizar, ainda que a título precário, a prestação de serviço de radiodifusão com finalidade exclusivamente educativa. O art. 223 da CF atribui competência ao Poder Executivo para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização, bem como fiscalizar o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Em consonância com essa previsão constitucional, além de obedecidas as disposições do Decreto-Lei 236/1967 (que complementa e modifica o Código Brasileiro de Telecomunicações), as outorgas para a execução dos serviços de radiodifusão com finalidade exclusivamente educativa requerem procedimento

administrativo seletivo divulgado pela publicação de avisos de habilitação no Diário Oficial da União, os quais informam a quantidade de municípios, as sedes das outorgas, bem como convidam os interessados a apresentarem propostas ao Ministério das Comunicações. Nesse contexto, a despeito de não caber ao STJ analisar os dizeres de portarias, cumpre salientar que, nos termos do art. 13 da Portaria MC 355/2012, à vista do parecer da Consultoria Jurídica, o Ministro de Estado das Comunicações poderá adjudicar e homologar o procedimento seletivo de radiodifusão educativa. Compete à ANATEL, em momento posterior, administrar o serviço. Exsurge, pois, a **conclusão de que o funcionamento das rádios com finalidade educativa exige prévia autorização do Executivo, de modo que não cabe ao Judiciário adentrar a esfera de competência estrita àquele Poder, mostrando-se inviável a autorização judicial para funcionamento de rádios com finalidade educativa, mesmo que a título precário, por ser essa outorga ato administrativo complexo.**

(REsp 1.353.341-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 12/5/2015, DJe 19/5/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE RÁDIO COMUNITÁRIA. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, **embora deva ser caso de respeitar a discricionariedade técnica na presente hipótese, é fato que a análise dos requisitos para a outorga da autorização de funcionamento de rádio comunitária não pode perdurar por tempo indeterminado**, situação que configuraria verdadeira deferência ao abuso de direito,

devendo ser fixado prazo para a completa análise do pedido formulado administrativamente.

2. Ocorre que, no presente caso, pela leitura da petição inicial (fl. 04/10) e conforme mencionado pela ora agravante, a agravada/autora não formulou pedido para que o Poder Judiciário fixasse prazo para o pronunciamento da Administração acerca do requerimento de autorização para o funcionamento de rádio comunitária, fato que inviabiliza a adoção de tal providência, na esteira do princípio da demanda. Precedentes: AgRg no Ag 1393653/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 10/06/2011; REsp 1123343/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 15/10/2010; EREsp 1100057/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 10/11/2009.

3. Agravo regimental provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1043779/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012)

A questão controvertida nos processos judiciais em referência cinge-se à determinação se o Poder Judiciário pode estabelecer autorização provisória de funcionamento de rádio educativa até o julgamento definitivo do processo de habilitação da emissora pelo Ministério das Comunicações.

Asseverou o Superior Tribunal de Justiça que não pode o Judiciário outorgar título precário de funcionamento da atividade de rádio, sob pena de violação à competência atribuída ao Ministério das Comunicações pelo artigo 223, da Constituição da República.

O tribunal, no entanto, reiterou entendimento já pacificado[63] no sentido de que o Poder Judiciário pode fixar prazo razoável para a completa análise do

pedido administrativo de funcionamento de empresa radiodifusora. Aqui entenderam os ministros que não se está a se imiscuir na competência do Poder Executivo Central.

O que se observa em todos estes precedentes é a posição de deferência do Poder Judiciário ao mérito administrativo, aproximando-se do clássico precedente norte-americano *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*.

Tal postura reflete a incapacidade do Judiciário – e, por consequência, do próprio Direito – em responder satisfativamente por questões puramente técnicas. Em decisões de tal natureza deve prevalecer a vontade do administrador, respeitado o princípio da deferência técnico-administrativa.

A aplicação da *autopoiesis* aqui é evidente. O Judiciário reconhece sua inabilidade no trato de matéria de cunho estritamente técnico, flexibilizando não apenas a cláusula geral do artigo 5º, XXXV, CRFB, mas também a previsão específica do artigo 223, §4º, CRFB. Por assim dizer, o Judiciário admite expressamente o ingresso de decisões técnicas e políticas no interior do ramo jurídico.

#### 4. CONCLUSÃO

O ofício a que se propôs no curso do presente artigo está próximo de seu encerramento. Na trajetória deste trabalho, buscou-se expor, de forma crítica as vantagens e desvantagens do modelo regulatório adotado no Brasil, à luz de subsídios do direito comparado e da filosofia jurídica de Teubner.

Com efeito, o sistema jurídico *autopoietico* impõe relações harmônicas entre a política e a técnica no âmbito da ciência do Direito, proporcionando ganhos à atividade em estudo. Aliás, como incessantemente demonstrado, este modelo teórico já produz efeitos na realidade sensível. É que o direito vivo cria temperanças e flexibilizações no rígido arcabouço jurídico atual, produzindo fenômenos salutares.

Primeiramente, citamos a oxigenação das outorgas no setor, que passam a contar com as ingerências do Poder Legislativo e do Conselho de Comunicação Social. Em seguida, vimos a ampliação das funções de fiscalização da ANATEL sobre as emissoras de radiodifusão, por meio de convênios administrativos assinados com o Ministério das Comunicações. Em terceiro lugar, avaliamos uma tímida tendência de aplicação do princípio da deferência técnico-administrativa no setor, através de decisões do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, espero que ao leitor tenha sido ao menos instigante e provocativo o conteúdo do presente trabalho, assim como o foi quando me deparei pela primeira vez com o tema. A rigor, as soluções propostas são apenas reflexões, que se não prestam a resolver de forma definitiva os problemas apontados, ao menos estimulam debates mais intensos sobre a regulação da atividade no país.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Serviço Público e suas Crises**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_ Administração Pública Pluricêntrica. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Vol.227, 2002.

ARI SUNDFELD, Carlos. **A Regulação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras**. Salvador, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2007.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Autorizações administrativas vinculadas; o exemplo do setor de telecomunicações**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas S.A., 2014.

DE GODOY FERNANDES, André. **Meios de Comunicação Social no Brasil: Promoção do Pluralismo, Direito Concorrencial e Regulação**. São Paulo, Tese de Doutorado USP, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. CARLIN, Volnei Ivo (Coord.). Grandes Temas de Direito Administrativo. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009.

DOCQUIR, Pierre-François. **Ceci n'est peut-être pas une sanction – à propos d'un droit à la provocation raisonnable**. Auteurs & Médias, 2007/5.

DUARTE, Rui Pinto. **Uma Introdução ao Direito Comparado**. In O Direito IV. Coimbra: Almedina, 2006.

FILHO, Roberto Fragale. **Quando a empiria é necessária?**. 2006, p.10. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Sergio. **Discricionariedade Administrativa – Limitações da Vinculação Legalitória e Propostas Pós-Positivistas**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Sibeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). 2013.

JAMBEIRO, Othon. **Regulação da Radiodifusão: a Concessão de Frequências no Governo Provisório de Vargas (1930-1934)**. Revista de Economia Política das Tecnologias de Informação e Comunicação, Aracaju, vol.II, n.3, 2000. *Apud* FERREIRA, Gisele. Sarney, FHC e Lula: 22 anos de “conversas ao pé do rádio” e democracia. Congresso Nacional de História da Mídia, 2007.

KRATTENMAKER, Thomas e POWE JR , Lucas A. **Regulating Broadcast Programming**. Washington, DC: AEI Press, 1994.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites do Controle Judicial no Âmbito dos Interesses Difusos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2ª Ed., 2014.

LODI, Ricardo. **Tributos – Teoria Geral e Espécies**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES, Cristiano A. **Regulação Das Outorgas De Radiodifusão No Brasil – Uma Breve Análise**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2009.

\_\_\_\_\_ **Licitações nas Outorgas de Rádio e TV – a Ineficácia dos Critérios Técnicos**. Brasília: XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2008.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 9ª Ed, 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro, Fórum, 2008.

MONTERO OTONDO, Teresa. **Televisão Pública na América Latina: Para Quê e Para Quem?**. São Paulo, Tese de Doutorado USP, 2008.

NEIVA, Alvaro. **Classificação indicativa: as disputas em torno da regulação da TV no Brasil**. Rio de Janeiro, Tese de Doutorado UERJ, 2009.

OWEN, Bruce. **Consumer Welfare and TV Program Regulation**. Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, 2012.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. **Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Liana Vidigal. **A Televisão Pública num Ambiente de Competição Comercial – Estudo dos Modelos Brasileiro e Português**. São Paulo, Tese de Doutorado USP, 2006.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.58. Trad. José Engrácia Antunes.

THIERER, Adam. **Video Marketplace Regulation- A Primer on the History of Television Regulation and Current Legislative Proposals**. EUA, SSRN, 2010.

\_\_\_\_\_ **A History of Cronyism and Capture in the Information Technology Sector**. Journal of Technology Law & Policy 18, no. 2, 2014.

#### **NOTAS:**

[1] DUARTE, Rui Pinto. **Uma Introdução ao Direito Comparado**. In: O Direito IV. Coimbra: Almedina, 2006. P.776.

[2] O “*First Ammendment*” nada mais é do que uma das dez emendas que compõem o *Bill of Rights*, constituição americana adotada em 15.12.1791.

[3] THIERER, Adam e SKORUP, Brent. **Video Marketplace Regulation - A Primer on the History of Television Regulation and Current Legislative Proposals**. 2014, p.13. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2432177> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2432177>

[4] Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 375-377 (1969)

[5] Texto original: “Before 1927, the allocation of frequencies was left entirely to the private sector, and the result was chaos. It quickly became apparent that broadcast frequencies constituted a scarce resource whose use could be regulated and rationalized only by the Government. Without government control, the medium would be of little use because of the cacaphony of competing voices, none of which could be clearly and predictably heard. [Footnote 5] Consequently, the Federal Radio Commission was established to allocate frequencies among competing applicants in a manner responsive to the public "convenience, interest, or necessity.”

[6] O Estatuto sofreu alterações em 1996, pelo chamado *Telecommunications Act* de 1996, o qual tinha por objetivo, na forma da exposição de motivos, “to promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies” (Tradução Livre: promover competição e reduzir a regulação com o intuito de garantir preços mais baixos e maior qualidade dos serviços para os consumidores



americanos, além de encorajar a rápida implantação de novas tecnologias no setor) . Telecommunications Act of 1996, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

[7] Telecommunications Act of 1996, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996)

[8] Texto original: “to make [o service de telecomunicações] available, so far as possible, to all the people of the United States, without discrimination”; “promoting safety of life and property through the use of wire and radio communication”; e “securing a more effective execution of this policy”

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. CARLIN, Volnei Ivo (Coord.). Grandes Temas de Direito Administrativo. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009, p.615.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. Cit., p. 616.

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. Cit., p. 616-617.

[12] THIERER, Adam e SKORUP, Brent. Op. Cit. p. 14.

[13] THIERER, Adam e SKORUP, Brent. Op. Cit. p. 16-19.

[14] Nesse ponto, os autores revelam que a disposição legislativa foi resposta a jurisprudência firmada pela Suprema Corte, no sentido de que tais royalties não seriam devidos (Fortnightly Corp. v. United Artists, 392 U.S. 390 1968; United States v. Southwestern Cable Co., 392 U.S. 157 1968).

[15] THIERER, Adam e SKORUP, Brent. Op. Cit., p.21.

[16] Texto original: “comprehensive liberalization of America’s video marketplace can help ensure that more media content is developed and distributed going forward”

[17] OWEN, Bruce. **Consumer Welfare and TV Program Regulation**. Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, 2012, p. 5. Texto original: “What distinguishes TV programs from other mass media content... is the extreme eagerness of Washington to engage in efforts to prevent markets from working freely, often in response to interest group pressures and opportunities for political advantage and with almost complete indifference to the welfare of consumers.”.

[18] KRATTENMAKER, Thomas e POWE JR , Lucas A. **Regulating Broadcast Programming**. Washington, DC: AEI Press, 1994, p. 49. Texto original: “One major difference between markets for telecommunications goods and markets for other goods is that governmental regulation plays a very large role in determining what kinds and quality of telecommunications services may be offered at what costs. The central issue in telecommunications law is why telecommunications goods and markets are not treated like most other goods and markets.”.

[19] Impende destacar que o *Media Bureau*, órgão técnico da FCC, é responsável por desenvolver, recomendar e administrar os programas de política e de licenciamento para a regulamentação dos meios de comunicação, incluindo televisão a cabo, televisão aberta, rádio e serviços de satélite nos Estados Unidos e em seus territórios. Tal órgão aconselha e faz recomendações à Comissão , agindo muitas vezes em seu nome, em matérias relacionadas à política de serviços ofertados pelas telecomunicações (Code Of Federal Regulations, Title 47, Part 0, Subpart A, §0.61).

[20] Texto original: “The history of the fairness doctrine and of related legislation shows that the FCC's action in the Red Lion case did not exceed its authority, and that, in adopting the new regulations, the FCC was implementing congressional policy.

- (a) The fairness doctrine began shortly after the Federal Radio Commission was established to allocate frequencies among competing applicants in the public interest, and insofar as there is an affirmative obligation of the broadcaster to see that both sides are presented, the personal attack doctrine and regulations do not differ from the fairness doctrine.
- (b) The FCC's statutory mandate to see that broadcasters operate in the public interest and Congress' reaffirmation, in the 1959 amendment to § 315 of the Communications Act, of the FCC's view that the fairness doctrine inhered in the public interest standard, support the conclusion that the doctrine and its component personal attack and political editorializing' regulations are a legitimate exercise of congressionally delegated authority.”

[21] Texto original: “And here this principle is given special force by the equally venerable principle that the construction of a statute by those charged with its execution should be followed unless there are compelling indications that it is wrong.””

[22] Texto original: “Because neither our prior decisions nor the language or history of § 1464 supports the conclusion that prurient appeal is an essential component of indecent language, we reject Pacifica's

construction of the statute. When that construction is put to one side, there is no basis for disagreeing with the Commission's conclusion that indecent language was used in this broadcast.

(...)

The approach is also consistent with *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U. S. 367. In that case, the Court rejected an argument that the Commission's regulations defining the fairness doctrine were so vague that they would inevitably abridge the broadcasters' freedom of speech. The Court of Appeals had invalidated the regulations because their vagueness might lead to self-censorship of controversial program".

[23] Texto original: "of all forms of communication, broadcasting has the most limited First Amendment protection"

[24] Texto original: "Held: Courts must apply the Chevron framework to an agency's interpretation of a statutory ambiguity that concerns the scope of the agency's statutory authority (i.e., its jurisdiction).

(a) Under Chevron, a reviewing court must first ask whether Congress has directly spoken to the precise question at issue; if so, the court must give effect to Congress' unambiguously expressed intent. 467 U. S., at 842–843. However, if "the statute is silent or ambiguous," the court must defer to the administering agency's construction of the statute so long as it is permissible.

(...)

A general conferral of rulemaking authority validates rules for all the matters the agency is charged with administering. It suffices to decide this case that the preconditions to deference under Chevron are satisfied because Congress has unambiguously vested the FCC with general authority to administer the Communications Act through rulemaking and adjudication, and the agency interpretation at issue was promulgated in the exercise of that authority."

[25] Artigo 34, Constituição Francesa: A lei fixa as regras concernetes à liberdade, ao pluralismo e à independência dos meios de comunicação. (Texto original: "La loi fixe les règles concernant la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias")

[26] Artigo 11, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: A livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais caros do Homem: todo cidadão pode então falar, escrever e editar livremente, ressalvado o direito de responder ao abuso desta liberdade nos casos determinados por lei. (Texto original: "La libre communication des pensées

et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi”)

[27] Artigo 2º, lei 86-1067/1986: Se entende por telecomunicação toda comunicação ao público de serviços de rádio ou de televisão, seja quais forem as modalidades de disponibilização ao público; toda comunicação ao público pela via eletrônica de outros serviços que não de rádio ou de televisão e que não se incluam na comunicação do público em linha tal como definido no artigo 1º, da lei nº 2004-575, de 21.06.2004, sobre a confiança na economia digital , e de qualquer comunicação ao público de serviços de comunicação audiovisuais sob demanda. (Texto original: “On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ainsi que toute communication au public de services de médias audiovisuels à la demande”.)

[28] Texto original: “l'égalité de traitement”, “l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la communication audiovisuelle”, “la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services”, “la qualité et à la diversité des programmes”, “le développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises”, “la cohésion sociale et la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle”, “les droits des femmes dans le domaine de la communication audiovisuelle” e “protection de l'environnement et de la santé de la population”.

[29] Artigo 22, lei 86-1067/1986 – O Conselho Superior de Audiovisual autoriza, com respeito aos tratados e acordos internacionais assinados pela França, o uso das faixas de frequência ou das frequências atribuídas ou destinadas aos usos da radiodifusão. O Conselho controla sua utilização. O Conselho e a Agência Nacional de Frequências tomam as medidas necessárias para assegurar uma boa recepção dos sinais e firmam entre elas, com este fim, os acordos necessários. (Texto original: “Le Conseil supérieur de l'audiovisuel autorise, dans le respect des traités et accords internationaux signés par la France, l'usage des bandes de fréquences ou des fréquences attribuées ou assignées à des usages de radiodiffusion. Il contrôle leur utilisation. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Agence nationale des fréquences prennent les mesures nécessaires pour assurer une bonne réception des signaux et concluent entre eux à cet effet les conventions nécessaires.”)

[30] Artigo 6º, lei 86-1067/1986 – Estas decisões do Conselho referidas nos artigos 22 e 27 que têm uma natureza regulamentar são transmitidas ao Primeiro-Ministro que pode, no prazo de quinze dias a contar da recepção, pedir uma nova deliberação do Conselho. Os resultados das deliberações e os relatórios do conselho, quaisquer que sejam a sua natureza, são publicados no Jornal Oficial da República Francesa (Texto original: “Celles des décisions du conseil mentionnées aux articles 22 et 27 qui présentent un caractère réglementaire sont transmises au Premier ministre qui peut, dans les quinze jours suivant leur réception, demander au conseil une nouvelle délibération. Les résultats des délibérations ainsi que les rapports du conseil, quelle qu'en soit la nature, sont publiés au Journal officiel de la République française.”)

[31] Texto original: “l'intérêt de chaque projet pour le public, au regard des impératifs prioritaires que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la diversification des opérateurs, et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence”

[32] Artigo 30-6, lei 86-1067/1986 – A duração das autorizações para os editores de serviços de televisão, de meios de comunicação audiovisual sob demanda, de rádio digital e, se for o caso, de distribuidores dos serviços mencionados na alínea anterior, não poderá exceder dez anos. Para os serviços de rádio em modo analógico, esta autorização não pode exceder o prazo máximo de cinco anos (Texto original: “La durée des autorisations pour les éditeurs de services de télévision, de médias audiovisuels à la demande, de radio en mode numérique ainsi que, le cas échéant, des distributeurs de services mentionnés à l'alinéa précédent ne peut être supérieure à dix ans. Pour les services de radio en mode analogique, cette durée ne peut être supérieure à cinq ans.”)

[33] Artigo 28-1, lei 86-1067/1986 – As autorizações concedidas nos termos dos artigos 29 , 29-1 , 30-1 e 30 serão renovadas pelo Conselho Superior de Audiovisual, sem realização de licitação, dentro do limite de duas vezes para além da autorização inicial, e cada vez por cinco anos. (Texto original: “Les autorisations délivrées en application des articles 29, 29-1, 30 et 30-1 sont reconduites par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, hors appel aux candidatures, dans la limite de deux fois en sus de l'autorisation initiale, et chaque fois pour cinq ans (...).”)

[34] Artigo 31, lei 86-1067/1986 – Se as decisões de autorização de uso do recurso radioelétrico forem susceptíveis de alterar significativamente o mercado, o CSA deverá, antes do lançamento de procedimentos nos termos dos artigos 29, 30, 30-1 , 30-5 e 30-6 , proceder a uma consulta pública. (Texto original: “Si les décisions d'autorisation d'usage de la ressource radioélectrique sont susceptibles de modifier de façon importante le marché en cause, le Conseil supérieur de l'audiovisuel

procède, préalablement au lancement des procédures prévues aux articles 29, 30, 30-1, 30-5 et 30-6, à une consultation publique.”)

[35] Texto original: “services de communication audiovisuelle distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel”.

[36] Artigo 33 – Um decreto do Conselho de Estado, ouvido previamente o CSA, fixa, para cada categoria de serviços de rádio ou de televisão distribuídos pelas redes não utentes das frequências concedidas pela agência reguladora: (...). Texto original: “Article 33 - Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, fixe, pour chaque catégorie de services de radio ou de télévision distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel : (...)”.

[37] Artigo 30-6, lei 86-1067/1986 – Tendo em conta as missões de interesse geral dos organismos públicos e diferentes categorias de serviços de comunicação audiovisuais transmitidos por via terrestre , decretos em Conselho de Estado devem estabelecer os princípios gerais que definem as obrigações em matéria de: (...) 2º)

A divulgação, em especial no horário nobre, em proporções iguais, pelo menos, a 60% das obras cinematográficas e audiovisuais europeias e de proporções, pelo menos, iguais a 40% das obras cinematográficas e audiovisuais de original em francês. (Texto original: “Compte tenu des missions d'intérêt général des organismes du secteur public et des différentes catégories de services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne terrestre, des décrets en Conseil d'Etat fixent les principes généraux définissant les obligations concernant: 2º) La diffusion, en particulier aux heures de grande écoute, de proportions au moins égales à 60 % d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes et de proportions au moins égales à 40 p. 100 d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles d'expression originale française ;”

[38] Texto original: “(...) également définir des obligations adaptées à la nature particulière des services de médias audiovisuels à la demande et les exonérer de l'application de certaines des règles prévues pour les autres services”.

[39] Texto original: “(...), le Conseil supérieur de l'audiovisuel favorise les services ne faisant pas appel à une rémunération de la part des usagers et contribuant à renforcer la diversité des opérateurs ainsi que le pluralisme de l'information.”

[40] Artigo 47, lei 86-1067/1986 – O Estado detém diretamente a totalidade do capital das sociedades France Televisions, Radio France e

da empresa responsável pela transmissão estrangeira na França. Estas sociedades são submetidas à legislação referente às sociedades anônimas, salvo disposições em contrário da lei. Seus estatutos são aprovados mediante decreto. (Texto original: “L'Etat détient directement la totalité du capital des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France. Ces sociétés sont soumises à la législation sur les sociétés anonymes, sauf dispositions contraires de la loi. Leurs statuts sont approuvés par décret.”)

[41] Interessa mencionar que a TF1, primeiro canal de televisão da França (1935), foi privatizado em 1987, na forma dos artigos 58 e ss., lei 86-1067/1986.

[42] Artigo 47-4, lei 86-1067/1986 – Os presidentes das empresas France Televisions, Radio France e da empresa responsável pela transmissão estrangeira na França, são nomeados para mandatos de cinco anos pelo Conselho Superior do Audiovisual, por maioria dos membros que o compõem . (Texto original: “Les présidents de la société France Télévisions, de la société Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France sont nommés pour cinq ans par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la majorité des membres qui le composent. (...)”)

[43] Texto original: “7. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent qu"en se bornant à évoquer le cas du manquement grave", sans en préciser le contenu, le législateur laisse la place à l'arbitraire ; qu'ils font valoir également que le fait pour la loi de préciser que les mesures prises en exécution de la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel "ne peuvent en aucun cas engager la responsabilité personnelle du président de l'organisme" est contraire "aux principes qui régissent l'exercice de l'autorité et à la liberté du commerce et de l'industrie" ;

. En ce qui concerne la référence à la notion de "manquement grave" :

8. Considérant qu'en se référant au concept de "manquement grave" par les organismes du secteur public de l'audiovisuel aux obligations qui leur sont imposées en vertu de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, des décrets en Conseil d'État prévus en son article 27, ou des cahiers des charges, le législateur a entendu exclure, pour des manquements sans gravité, la mise en oeuvre d'une procédure contraignante à l'égard des sociétés nationales de programme ou de l'Institut national de l'audiovisuel ; qu'il appartiendra au Conseil supérieur de l'audiovisuel de se conformer, sous le contrôle du juge de la légalité, à la distinction faite par la loi selon le degré de gravité du manquement ; qu'ainsi, il ne saurait être fait grief au législateur d'être resté en deçà de la compétence qui est la sienne en vertu de la Constitution et notamment de son article 34 ;”.

[44] Conforme se extrai do seguinte excerto do voto: Considerando que os autores do encaminhamento argumentam primeiramente que os artigos 42-1 e 42-2 adicionados à lei nº 86-1067/1986, em que se confere a uma autoridade administrativa e não a uma autoridade judicial o poder de impor sanções, desrespeita o princípio da separação dos poderes estabelecidos no artigo 16 da Declaração dos Direitos Humanos ; que o respeito deste princípio é ainda mais relevante que o da livre comunicação dos pensamentos e opiniões garantida pelo artigo 11 da Declaração 1789. (Texto original: “Considérant que les auteurs de la saisine font valoir tout d'abord que les articles 42-1 et 42-2 ajoutés à la loi du 30 septembre 1986, en ce qu'ils confèrent à une autorité administrative et non à une autorité juridictionnelle le pouvoir d'infliger des sanctions, méconnaissent le principe de la séparation des pouvoirs affirmé par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme; que le respect de ce principe s'impose d'autant plus qu'est en cause la libre communication des pensées et des opinions garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789”).

[45] Texto original: “27. Considérant que, pour la réalisation de ces objectifs de valeur constitutionnelle, il est loisible au législateur de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative ; qu'il lui est loisible également de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle ; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ; 28. Considérant qu'il appartient au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ; 29. Considérant que, conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée sans que le titulaire de l'autorisation ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant ; qu'en outre, pour les sanctions prévues aux 2°, 3° et 4° de l'article 42-1 ainsi que dans le cas du retrait de l'autorisation mentionné à l'article 42-3, le législateur a prescrit le respect d'une procédure contradictoire qui est diligentée par un membre de la juridiction administrative suivant les modalités définies à l'article 42-7 ; qu'il ressort de l'article 42-5 que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été accompli "aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction" ; 30. Considérant que le pouvoir d'infliger les sanctions énumérées à l'article 42-1 est conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel qui constitue une instance indépendante ; qu'il résulte des termes de la loi qu'aucune sanction ne revêt un caractère automatique ; que, comme le prescrit l'article 42-6, toute décision prononçant une sanction doit être motivée ; que la



diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à "la gravité du manquement" reproché au titulaire d'une autorisation ; que le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1 ; qu'il en va ainsi en particulier des sanctions pécuniaires prévues au 3° de cet article ; qu'à cet égard, l'article 42-2 précise que le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé ; qu'un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative, qu'elle soit légale ou contractuelle ; qu'il résulte du libellé de l'article 42-1 (3°) qu'une sanction pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale ;"

**[46] DOCQUIR, Pierre-François. Ceci n'est peut-être pas une sanction" – à propos d'un droit à la**

**provocation raisonnable.** Auteurs & Médias, 2007/5, pp. 434-443

**[47]** Texto original: "Et si le reproche qu'on peut formuler à l'encontre de la décision du CSA réside là, dans le risque que la télévision publique renonce à faire à l'avenir preuve d'une audace finalement approuvée, au-delà du premier choc, par la majorité de l'opinion, c'est que la liberté de La presse constitue l'une des conditions nécessaires de la possibilité d'une société démocratique."

**[48]** DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. Cit., p.612-613

**[49]** Texto original: "3. Considérant, en premier lieu, que les dispositions précitées de l'article 14-1 de la loi du 30 septembre 1986 autorisent le Conseil supérieur de l'audiovisuel à réglementer la pratique du placement de produit dans l'ensemble des programmes des services de communication audiovisuelle ; 6. Considérant que, en prévoyant que l'information du public sur l'existence d'un placement de produit serait assurée par l'apparition d'un pictogramme au cours de la diffusion, pendant une durée limitée à quelques minutes, la délibération attaquée qui, selon les termes mêmes du paragraphe VII, s'applique " quelles que soient l'origine et les conditions de production du programme ", n'introduit aucune discrimination entre les oeuvres cinématographiques françaises et étrangères ; que l'apparition brève et intermittente d'un pictogramme n'est pas de nature à porter atteinte à l'intégrité des oeuvres ; qu'en retenant cette modalité d'information du public pour les oeuvres cinématographiques, comme pour les autres programmes pour lesquels le placement de produit est autorisé, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ; que ne révèle pas davantage l'existence d'une erreur manifeste la circonstance que les autres dispositions de la délibération sont rendues applicables aux oeuvres

cinématographiques et que leur application n'est pas écartée au terme d'un certain délai à compter de la sortie de l'oeuvre;”

[50] Eros Roberto Grau faz severas críticas à noção de discricionariedade técnica, apontando resumidamente que: (i) a decisão técnica está vinculada a precisos *standards*, podendo o Judiciário assegurar que estes serão adequadamente atendidos; (ii) a afirmativa de que a inafastabilidade do controle jurisdicional apenas atua sobre o erro manifesto esconde em suas entrelinhas inaceitável tolerância com “erros não manifestos”; (iii) a imprecisão das balizas do que seria, ou não, erro manifesto traduz insegurança jurídica. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 211/212.

[51] DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. Cit., p.616.

[52] DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. Cit., p.620.

[53] KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites do Controle Judicial no Âmbito dos Interesses Difusos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2ª Ed., 2014, p. 66.

[54] Até então, a mesma atividade era exercida pela Radiobrás, empresa pública constituída mediante autorização da Lei nº 6.301, de 15 de dezembro de 1975. O artigo 24, da lei 11.652/08 determinou a transferência de todas as outorgas de radiodifusão exploradas pela Radiobrás para a Empresa Brasileira de Comunicação.

[55] A questão da sindicabilidade de escolhas estritamente técnicas e sua evolução na jurisprudência pátria serão mais bem explicitadas no próximo capítulo.

[56] TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.58. Trad. José Engrácia Antunes.

[57] Op. Cit., p.94.

[58] GUERRA, Sergio. Discricionariedade Administrativa – Limitações Da Vinculação Legalitória E Propostas Pós-Positivistas. O Direito Administrativo de Espetáculo. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Op. cit., pp.120-129.

[59] FILHO, Roberto Fragale. **Quando a empiria é necessária?**. 2006, p.10. Disponível em . Acesso em: 28.10.2015.

[60] PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. **Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 176-177

[61] “Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.”

[62] Em outras palavras, embora a ANATEL realize todo procedimento administrativo sancionatório – utilizando-se de seu corpo técnico para instruí-lo de forma eficaz –, permanece reservado ao Ministério das Comunicações o poder de cominar a sanção, após toda a apuração realizada pela agência reguladora.

[63] Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.043.779/SC (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/11/2012); REsp 1.123.343/RS (Rel. Ministro Castro Meira, DJe 15/10/2010); e AgRg noAg 1.353.436/SC (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 24/03/2011)

## **DA (IM)POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL QUANDO A PRIMEIRA NOTIFICAÇÃO É REALIZADA MAIS DE DEZ ANOS DA OCORRÊNCIA DOS FATOS**

**VANESSA CAPISTRANO CAVALCANTE:**  
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista de Controle Externo - Atividade Jurídica e Assessora do Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

**RESUMO:** Compete aos Tribunais de Contas, órgãos técnicos e independentes de envergadura constitucional, entre outras atribuições previstas na Carta Magna, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Para desempenhar tal competência, principalmente em razão da probabilidade de dano ao erário, as Cortes de Contas se valem de um procedimento administrativo denominado Tomada de Contas Especial. A análise a que se procedeu no presente artigo se debruçou acerca de recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do próprio Tribunal de Contas da União no que concerne à apuração da responsabilidade, principalmente em face da imprescritibilidade do dano ao erário, quando ocorrido longo lapso temporal para prestar os primeiros esclarecimentos sobre os fatos imputados aos gestores. Neste diapasão, propõe-se o presente escrito a contribuir para o fomento de um debate, seja na seara acadêmica, seja na doutrinária e, principalmente, no meio jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO.

**SUMÁRIO:** 1. Tomada de Contas Especial. 2. (Im)prescritibilidade do dano ao erário 3. (Im)possibilidade de instauração de Tomada de Contas Especial quando a primeira notificação é realizada mais de dez anos da ocorrência dos fatos

---

### **1. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**

No ordenamento jurídico pátrio, os tribunais de contas possuem missão constitucional (art. 71, CF/88) no sentido de fiscalizar a correta aplicação de recursos públicos, bem como dispõem de instrumentos que possibilitam a apuração e a responsabilização quando da ocorrência de desfalques ao erário como, por exemplo, por meio da tomada de contas especial (TCE).

O referido instrumento busca apurar os fatos, identificar os responsáveis, assim como quantificar o dano. O art. 8º da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas de União), assim dispõe:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Em regra, a TCE deve ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão em face de responsáveis que deram causa ou, direta ou indiretamente, concorreram para a materialização do dano. Ressalta-se que a medida deve ocorrer após esgotadas as medidas administrativas internas com vista à recomposição do erário.

Noutro giro, é mister salientar que a TCE também pode ser instaurada por determinação do próprio Tribunal de Contas nos casos de omissão na prestação de contas ou inércia na instauração da TCE – em âmbito interno – pelo gestor. A tomada de contas especial pode, também, decorrer da conversão de outros processos no âmbito das Cortes de Contas, tais como, denúncia, representação ou auditorias.

## **2. (IM)PRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO**

A tese da imprescritibilidade do dano ao erário possui como principal fundamento o disposto na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, o qual preleciona:

Art. 37 (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Noutro giro, é mister salientar a tese recentemente fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, acerca da prescritibilidade do dano ao erário oriundo de ilícito civil (Recurso Extraordinário 669.069), qual seja:

é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

De acordo com o relator, nos debates travados durante o julgamento do RE, ficou clara a opção do tribunal em considerar como ilícito civil o de natureza semelhante ao do caso concreto em exame, que tratou de danos decorrentes de acidente de trânsito. O ministro observou que não são considerados, para efeito de aplicação da tese, os ilícitos decorrentes de infração ao direito público, como os de natureza penal e os de improbidade, por exemplo. <sup>[1]</sup>

Acerca da matéria, diante de provável *signaling* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral, por meio de decisão unânime em deliberação no plenário virtual da corte acerca do tema tratado no Recurso Extraordinário (RE) 636886, o qual discute a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de tribunal de contas.

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, afirmou que o Supremo, no julgamento do Mandado de Segurança (MS) 26210, assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário em caso análogo. No entanto, no julgamento do RE 669069, alguns ministros se

manifestaram em sentido aparentemente diverso do fixado naquele precedente, “formado quando a composição do supremo era substancialmente diversa”.

Em razão da nova composição da Corte, o relator entendeu que “incumbe submeter novamente à análise do plenário, sob a sistemática da repercussão geral, o alcance da regra estabelecida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunal de contas”.<sup>[2]</sup>

Nesse sentido, percebe-se que o tema da imprescritibilidade do dano ao erário não se trata de tema pacífico na jurisprudência, de modo que não pode ser tido, atualmente, como uma dogma incontestável, principalmente quando estiver em choque com outros princípios processuais de previsão constitucional, tais como o contraditório e a ampla defesa.

### **3. (IM)POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE TCE QUANDO A PRIMEIRA NOTIFICAÇÃO É REALIZADA MAIS DE DEZ ANOS DA OCORRÊNCIA DOS FATOS**

Nesse sentido, mostra-se necessária a reflexão sobre o seguinte questionamento: poderia, a qualquer tempo, *verbi gratia*, depois de 10, 15, 20 anos da ocorrência dos fatos, exigir de ex-gestor primeiros esclarecimentos em sede de tomada de contas especial, sob pena de imputar-lhe o respectivo débito? E mais, com a possibilidade de tal imputação ser acrescida de correção, juros e multa, com potencial para multiplicar o suposto valor?

No âmbito das Cortes de Contas, ao se considerar um extenso lapso temporal para que os defendentes se manifestem, pela primeira vez, sobre as ocorrências a eles imputadas, não parece razoável cogitar, mediante singelo raciocínio lógico, que estes permaneçam obrigados a comprovar que agiram corretamente após mais de uma década dos fatos a serem provados.

Afinal, é notória a instabilidade jurídica e os obstáculos de natureza diversa, ou mesmo impossibilidade, na produção de provas após

o decurso de muito tempo, em manifesta ofensa aos princípios da segurança jurídica e do contraditório em sua dimensão substancial.

Acerca do princípio do contraditório em sua dimensão substancial, o processualista Fredie Didier Jr.<sup>[3]</sup> discorre sobre a necessidade de condições de poder influenciar na decisão para que o dito princípio possa ser tido como observado, o que não ocorreria apenas com a oitiva da parte:

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. (...) há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. (...) é necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório está ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Dessa forma, diante da impossibilidade de poder influenciar a decisão em razão dos deletérios efeitos do tempo na produção probatória, a intervenção dos tribunais de contas, atribuindo o ônus da prova a quem praticou possíveis irregularidades com os recursos públicos, é legítima e possível no âmbito do seu poder-dever de velar pelas contas públicas. Entretanto, a não sujeição dessa atuação a qualquer espécie de limite temporal, da ocorrência dos fatos para a primeira manifestação acerca dos mesmos, conduziria a situações de profunda e grave perplexidade, contrárias ao Estado democrático de direito.



Nesta toada, acredito que merecem destaque as peculiaridades no tocante ao ônus da prova em sede de tomada de contas especial, como forma de tornar clarividente a prejudicialidade em razão do decurso de longo lapso temporal até as partes serem instadas a se pronunciarem pela primeira vez. Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça, discorreu com maestria no voto do Recurso Especial 1.480.350-RS da relatoria do min. Benedito Gonçalves, julgado em 5/4/2016, *in verbis*:

Sob esse prisma, o ônus da prova do adequado e regular emprego das verbas públicas é imputado, como não poderia ser diferente, ao responsável pela utilização dos valores repassados pela união. Assim, a não comprovação da adequada aplicação dos recursos públicos traduz, apenas por presunção, a ocorrência de prejuízo ao erário e, conseqüentemente, a imputação do débito e multa ao gestor falho ou faltoso. E nesse ponto reside o principal fundamento para entender que a atuação administrativa está sujeita a prazo para a constituição do crédito não tributário. Enquanto que na tomada de contas especial o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, característica intrínseca do processo de prestação ou tomada de contas; na ação de ressarcimento, imprescritível, o ônus da prova do efetivo prejuízo ao erário incumbe a quem pleiteia o ressarcimento, perante o poder judiciário. (...) caso contrário, admitir-se-ia estado de exceção, onde qualquer ex-gestor público demandado pelo tcu, em tomada de contas especial, estaria obrigado a provar, ele, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação de verbas federais repassadas, independentemente da comprovação de efetivo prejuízo ao erário.

Comentando o referido julgado, o juiz federal Márcio Cavalcante<sup>4</sup> faz as seguintes ponderações:

Quando o TCU instaura procedimento para fiscalizar a correta aplicação de recursos de um convênio, o ônus de provar o adequado e regular emprego das verbas públicas é do imputado, ou seja, do administrador público responsável pela utilização dos valores repassados pela União. Assim, caso o administrador não consiga provar a adequada aplicação dos recursos públicos, isso gera uma presunção de que houve prejuízo ao erário e, conseqüentemente, o TCU aplica multa ao gestor falho ou faltoso, além de determinar a imputação do débito (ressarcimento dos valores). Justamente por isso, deve-se entender que o TCU possui um prazo para instaurar a referida fiscalização (tomada de contas). Isso porque como o ônus da regularidade é do ex-gestor público, não é razoável que ele permaneça obrigado a provar que aplicou adequadamente verbas públicas mesmo após longos anos. Caso isso fosse exigido dele, haveria flagrante vulneração dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bases do ordenamento jurídico, afinal, é notória a instabilidade jurídica e a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de provas após o decurso de muito tempo. Quando o § 5º do art. 37 da CF/88 fala que as ações de ressarcimento por prejuízo ao erário são imprescritíveis, ele está se referindo apenas a ações judiciais, ou seja, propostas perante o Poder Judiciário. Isso porque nas ações judiciais, o autor é quem tem o ônus de provar o alegado prejuízo e a responsabilidade do causador. Logo, a situação torna-se menos gravosa ao ex-administrador público.

Nessas circunstâncias, entender pela instauração da tomada de contas especial quando os responsáveis são instados a se manifestar pela primeira vez a mais de dez anos da ocorrência dos fatos, implicaria em dar prosseguimento a um processo quando ausentes os seus pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, submetendo os responsáveis a provarem a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, mesmo após o decurso de mais de uma década.

No ponto, o ilustre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>[6]</sup>, ao discorrer sobre a atuação e atual entendimento do Tribunal de Contas da União quando as partes são instadas a se justificar com mais de dez anos da ocorrência dos fatos, cita a Instrução Normativa nº 71/2012<sup>[6]</sup> no seguinte contexto:

(...) com o propósito de manter coerência com a pretensão de atuar mais concomitantemente com a ocorrência dos fatos na mais recente regulamentação do tema, o tcu dispensou a instauração de tce após “transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União converge no sentido de considerar caracterizada a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento regular do processo, bem como, no caso das contas, prejudicado o julgamento do seu mérito em situações da espécie<sup>[7]</sup>. O excerto do acórdão 4003/2014 – 2ª Câmara, bem resume esse entendimento, *in verbis*:

Considerando que, em relação à irregularidade remanescente, qual seja o pagamento indevido a servidores municipais com recursos do convênio, não há nos autos comprovante da notificação do ex-gestor municipal sobre o fato dentro do período de 10 anos após a ocorrência, e que o transcurso de tão longo tempo desde o fato gerador das ocorrências

analisadas sem a correspondente notificação do responsável dificulta sobremaneira a devida apuração dos fatos e o pleno exercício da ampla defesa, inviabilizando o desenvolvimento válido do processo;

Considerando que o art. 212 do regimento interno do tcu dispõe que as contas serão arquivadas quando for verificada a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

Considerando que, nos termos do art. 6º, inciso ii, c/c o art. 19 da in tcu nº 71/2012, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial quando houver transcorrido longo interregno de prazo desde a data provável de ocorrência do dano até a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente, aplicando-se tal disposição às tomadas de contas especiais, ainda pendentes de citação válida, que se encontram em tramitação no tribunal de contas da união;

Considerando, dessa forma, que, pelos motivos expostos, mostra-se indicado, no presente caso, o arquivamento dos autos; (grifou-se)

A instauração do processo de tomada de contas especial, em tais condições, compromete o exercício do contraditório em razão da inviabilidade da produção probatória, não sendo razoável admitir que os defendentes possuíam condições de obter as informações e reunir as provas necessárias à defesa de atos cometidos para comprovar sua lisura depois de transcorrido mais de uma década dos respectivos fatos geradores.

## **CONCLUSÃO**

A atuação por parte dos Cortes de Contas por meio de instauração de tomada de contas especiais para apurar a responsabilização e quantificação do dano ao erário se mostra como salutar à sua missão constitucional de velar pelos recursos públicos.

Ocorre que o exercício de seu mister deve se dar de forma concomitante ou após pequeno lapso temporal, principalmente ao se considerar que o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal possui o condão de inverter o ônus da prova ao gestor público acerca da regular aplicação dos recursos.

Diante de tal inversão, obrigar os responsáveis a possuir os documentos hábeis a comprovarem a lisura de seu comportamento mesmo após ultrapassada(s) década(s), viola a segurança jurídica, o devido processo legal e o contraditório em sua dimensão substancial.

Em que pese a imprescritibilidade do dano ao erário ainda estar em discussão no âmbito da Suprema Corte, o fato é que, em âmbito judicial, por meio de uma ação de ressarcimento, o ônus da prova incumbe ao autor – Ministério Público ou ente lesado –, uma vez que se pretende comprovar o fato constitutivo do seu direito. Diferentemente do que ocorre no âmbito das TCES nos tribunais de contas.

Consoante o exposto, considerando a edição da Instrução Normativa nº 71/2012 por parte do Tribunal de Contas da União, assim como o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, conclui-se pela impossibilidade de instauração de tomada de contas especial quando a primeira notificação é realizada mais de dez anos da ocorrência dos fatos.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Acesso em 30 de julho de 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados: Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 3ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum.

JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de direito processual civil – vol. 1, Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

STF mantém decisão sobre reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319146>> Acesso em 01.08.2017

Prescrição de ação de ressarcimento com base em decisão de tribunal de contas é tema de repercussão geral<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318652>> Acesso em 01.08.2017

#### NOTAS:

[1] STF mantém decisão sobre reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319146>> Acesso em 01.08.2017

[2] Prescrição de ação de ressarcimento com base em decisão de tribunal de contas é tema de repercussão geral<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318652>> Acesso em 01.08.2017

[3] JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de direito processual civil – vol. 1, Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 79

[4] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados: Salvador: JusPodivm, 2017, p. 98.

[5] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 3ª edição, Belo Horizonte: Ed. Fórum. p. 438.

[6] Art.6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses: (...) II - houver transcorrido prazo superior a dez anos

entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

[7] Nesse sentido, destacam-se no âmbito do Tribunal de Contas da União os seguintes Acórdãos: 2894/2015 do Plenário; 4687/2015, 4177/2016 e 2012/2016, da 2ª Câmara.

## **CIDADANIA: A DIFUSÃO DAS NOÇÕES BÁSICAS DO TEXTO CONSTITUCIONAL PARA A FORMAÇÃO DE JOVENS CIDADÃOS**

**ANA FLAVIA DOS SANTOS:** Acadêmica de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

**Resumo:** Este artigo apresenta o projeto de extensão executado pela acadêmica, com o objetivo de promover noções básicas da Constituição Federal de 1988, a fim de promover o conceito de Cidadania e a ideia de participação ativa na sociedade, além de proporcionar, aos alunos, conhecimento mínimo sobre o texto constitucional, identificação dos seus direitos e seu papel como cidadão. Foram trabalhados com os alunos do oitavo e nono anos da Escola Estadual Dr. Ermírio Leal Garcia, no município de Paranaíba-MS, diversos temas relacionados à cidadania, por meio de palestras, vídeos e debates para proporcionar a eles participação efetiva e conhecimento sobre os assuntos tratados. A justificativa para a realização do projeto reside na carência de alguns conhecimentos básicos desses jovens que não são abordados nas disciplinas da grade escolar, ficando os alunos privados de informações importantes, portanto, não podendo exercer pleno conhecimento de seus direitos enquanto cidadãos. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica em obras de direito constitucional, direitos fundamentais e outras relacionadas com a temática para fundamentar os encontros, palestras e aulas. Através das ações realizadas pelo projeto pode-se notar a contribuição positiva na somatória do conhecimento dos alunos, uma vez que os temas abordados auxiliaram em uma melhor formulação da compreensão e opinião crítica dos mesmos.

**Palavras-Chave:** Direito. Cidadania. Educação

**Sumário:** Introdução. 1. Objetivos. 2. Metodologia. 3. Resultados. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

### **Introdução**

Este artigo é resultado de um projeto de extensão, intitulado “Cidadania: a difusão das noções básicas do texto constitucional para a formação de jovens cidadãos”, em andamento. Consiste em orientar os alunos participantes sobre diversos temas relacionados à cidadania, principalmente, a ideia de participação



ativa na sociedade, além de proporcionar conhecimento mínimo sobre o texto constitucional, identificação dos direitos e do seu papel como cidadão. Orientado pela Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dra. Sidinea Cândida Faria, e realizado na Escola Estadual Dr. Ermírio Leal Garcia no município de Paranaíba-MS, com os alunos do nono e oitavo anos.

Este texto tem como finalidade divulgar o trabalho desenvolvido pelo projeto e proporcionar algumas reflexões sobre as condições de acesso dos jovens a questões relacionadas à cidadania, uma vez que esse tema não compõe a grade escolar dos alunos do Ensino Fundamental da escola pública, mas que são tão importantes para sua formação, impedindo que possam exercer sua cidadania de maneira efetiva.

O projeto se propôs, de maneira geral, a proporcionar conhecimento mínimo da Constituição Federal de 1988, que identifica a cidadania como alicerce para o Estado Democrático de Direito e de maneira mais específica identificar quais são os direitos políticos na Constituição Federal de 1988. Além de reconhecer no direito de cidadania uma instituição capaz de promover o desenvolvimento do meio em que os alunos vivem e possibilitar a troca de informações acerca dos temas supracitados, fazendo uso de recursos que permitiram esta interligação entre todos os colaboradores do projeto. Utilizando-se de palestras, vídeos e debates para possibilitar a eles participação efetiva e conhecimento sobre os assuntos tratados, com base na pesquisa bibliográfica em obras de direito constitucional, direitos fundamentais e outras relacionadas com a temática.

Através das ações realizadas pelo projeto pode-se notar a contribuição positiva na somatória do conhecimento dos alunos, uma vez que os temas abordados auxiliaram em uma melhor formulação da compreensão e opinião crítica dos mesmos, assim, influenciando toda a comunidade na qual se inserem, uma vez que esses conhecimentos são difundidos e transmitidos pelos próprios alunos.

## **1. Objetivos**

O desenvolvimento de projetos de extensão universitária, como o “Cidadania: a difusão das noções básicas do texto constitucional para a formação de jovens cidadãos”, possui suma importância, atualmente, a qual se manifesta, sobretudo, na carência de alguns conhecimentos básicos desses jovens que não são abordados nas disciplinas da grade escolar no Ensino Fundamental da escola pública, ficando os

alunos privados de informações importantes, não podendo exercer pleno conhecimento de seus direitos enquanto cidadãos.

Há uma parceria entre a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e a Escola Estadual Dr. Ermírio Leal Garcia justamente para facilitar a realização de projetos que têm como objetivo a integração do conhecimento dos acadêmicos, obtidos na Universidade e as necessidades da Comunidade onde esta está inserida, no caso, dos alunos do Ensino Fundamental em obter maiores informações sobre temas que lhes são importantes para exercer seus direitos, como é o caso da cidadania.

A promoção e a difusão, desde o Ensino Básico, do conhecimento mínimo da Constituição Federal de 1988, que identifica a cidadania como alicerce para o Estado Democrático de Direito, por meio dos direitos políticos, tais como o voto e elegibilidade, além da troca de informações acerca dos temas supracitados, fazendo uso de recursos que permitem esta interligação entre todos os colaboradores do projeto, atuam como verdadeiro instrumento para se consolidar o conceito de cidadania e a importância de se conhecer e se por em prática os direitos para os jovens, reconhecer no direito de cidadania uma instituição capaz de promover o desenvolvimento do meio em que eles vivem.

Desse modo, faz-se imprescindível o surgimento e a continuidade de ações de extensão universitária destinadas a, por meio de relação dialógica com a Comunidade, promover conhecimentos básicos sobre temas importantes para a formação desses jovens, de forma a tornar as novas gerações aptas a exercer sua cidadania e influenciar positivamente a sociedade.

## **2. Metodologia**

O projeto de extensão “Cidadania: a difusão das noções básicas do texto constitucional para a formação de jovens cidadãos” desenvolveu-se por meio de formas de atuação internas e externas à Instituição de ensino, em ações que vêm sendo realizadas desde agosto de 2016. Toda a pesquisa bibliográfica, em obras de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e outras relacionadas com a temática, foram realizadas na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), além da formulação de relatórios e do preparo do material de apoio utilizado nas palestras, confeccionado pela acadêmica de forma que, além dos demais materiais, os estudantes puderam contar com esquemas e textos e

informações impressos, facilitando ainda mais a assimilação dos assuntos discutidos.

Os extensionistas, acadêmicos da UEMS, participantes do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, com enfoque em Direito Eleitoral entre 2016 e 2017, encontram-se com frequência para debate dos temas, com o objetivo de proporcionar assunto para elaborar artigos, relatos e outros materiais ricos em fundamentação teórica, em vista da conjugação à pesquisa acadêmica das informações obtidas por meio dos trabalhos da extensão.

Externamente foram realizadas as ações do projeto na Escola Estadual Dr. Ermírio Leal Garcia, no município de Paranaíba-MS, com os alunos do nono ano em 2016 e do oitavo ano em 2017, somando um total de 40 alunos diretamente atingidos, através de palestras, vídeos e debates sobre cidadania de maneira geral, além de direitos políticos, da importância da Constituição Federal de 1988, direitos e deveres do cidadão e como obter documentos como o Registro geral (RG), Cadastro de Pessoal Física (CPF) e Título de Eleitor, por exemplo.

Houve, também, distribuição de material de apoio utilizado nas palestras, confeccionado pela acadêmica, com esquemas e exercícios, para os alunos, que têm idades de 12 a 16 anos. As atividades foram desenvolvidas na própria escola durante o horário habitual de aulas, que foram cedidas pelos professores, os equipamentos utilizados também foram cedidos pela Instituição, sendo realizadas as palestras nos meses de novembro de 2016, abril e maio de 2017.

A didática consistiu em instigar os jovens à discussão de temas que não lhes são familiar, por não fazer parte dos temas habitualmente ensinados nas escolas públicas, de forma que não são vivenciados no ambiente escolar. Uma vez criado o reconhecimento entre as experiências pessoais de cada aluno e o tema, a discussão se torna mais dinâmica, interativa e, principalmente, com maior potencial de transformação, tanto dos alunos quanto do meio em que vivem.

### **3. Resultados**

A metodologia utilizada possibilitou a criação de espaços voltados ao diálogo dentro da Escola Estadual Dr. Ermírio Leal Garcia, por meio de círculos de debates, dinâmicas e materiais audiovisuais, questionários e esquemas

desenvolvidos especificamente para os alunos. Além da conscientização sobre os temas relacionados à cidadania, a interação entre a acadêmica e os alunos do Ensino Fundamental, possibilitou aos jovens o conhecimento sobre seus direitos e deveres enquanto cidadãos, direitos políticos e como obter documentos como o Registro Geral (RG), Cadastro de Pessoal Física (CPF) e Título de Eleitor, por exemplo.

A promoção e a difusão de um conhecimento mínimo sobre a Constituição Federal de 1988 atuam como verdadeiro instrumento para se consolidar o conceito de cidadania e a importância de se conhecer e se pôr em prática os direitos, reconhecendo no direito de cidadania uma instituição capaz de promover o desenvolvimento do meio em que vivem.

A abordagem interativa a respeito da cidadania e temas relacionados a ela faz-se essencial, já que por não fazer parte da grade curricular do Ensino Fundamental da escola pública. E muitas vezes os alunos não possuem conhecimento mínimo sobre os assuntos trabalhados de maneira a ser necessária uma discussão simples e completa além de oferecer o material de apoio para facilitar o aprendizado. Na escola alvo do projeto, foi clara a sensibilização dos alunos perante os temas, principalmente, quanto à importância de se obter os documentos de identificação da pessoa. Além dos direitos e deveres enquanto cidadãos, justamente por se tratarem de temas mais correspondentes à realidade dos mesmos. Os jovens do Ensino Fundamental se mostraram bastante participativos, emitiram opiniões pessoais sobre os vídeos e temas apresentados, de forma que demonstraram assim a relevância da execução do projeto de extensão e sua influência para um conhecimento mínimo quanto à cidadania.

#### **4. Conclusão**

A formação cidadã é essencial para o futuro dos jovens, entretanto, essa formação não é proposta na grade curricular do Ensino Fundamental da Educação Básica no Brasil. Por não ser uma disciplina escolar, muitas vezes, os alunos não possuem conhecimento mínimo sobre os assuntos que dizem respeito aos seus direitos fundamentais.

Assim, informar os alunos sobre temas relacionados à cidadania e direitos fundamentais é contribuir para a efetivação de direitos, para a cultura do diálogo e para a emancipação social, na medida em que o saber favorece uma tomada mais

consciente de decisões. Por meio do diálogo e da compreensão dos assuntos de forma clara estes tendem a ser compartilhados, podendo falar-se de uma formação essencialmente cidadã e fundamentada em preceitos básicos de Direitos Humanos, onde não só os alunos participantes do projeto como também a Comunidade em que estão inseridos, por meio dos próprios estudantes, podem exercer sua cidadania de maneira plena, devido aos conhecimentos obtidos.

## 5. Referências:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Lex**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARTILHA - A OAB/RJ VAI À ESCOLA, OAB/RJ. Disponível em: **Cartilha**. Acesso em: 17 de dez. 2016.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. 1. ed. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania**. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **Direitos humanos e cidadania**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de pesquisa: Planejamento, execução e amostragens. Elaboração e interpretação de dados**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

## JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CAMPO DA EDUCAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

**FERNANDO COSTA SANTOS BEZERRA:**

Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogado.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo constatar o atual fenômeno da judicialização de políticas públicas no campo da educação pública, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais juridicamente vinculantes, e para controlar, concomitantemente, os atos discricionários ilegítimos ou abusivos do Poder Executivo, que tenham aprovado dotação orçamentária que represente desvio ou má gestão de verbas públicas, a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional que regem e organizam a implementação das políticas públicas e consequentemente do ensino fundamental obrigatório e gratuito, demonstrando de forma exemplificativa, que a doutrina e os tribunais já se afastaram há muito e de forma consistente, da ideia de afronta à separação dos poderes, quando há omissão ou abuso do Estado perante a coletividade ou o cidadão.

Palavras-chaves:. Direitos fundamentais. Educação. Direito subjetivo. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Controle do orçamento.

---

### 1. A EDUCAÇÃO PÚBLICA NA CF/88

O dever de promover a educação no Brasil, está claramente delineado na Carta Magna, conforme artigos 205 e seguintes:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Artigo 208

**§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.**

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Com efeito, depreende-se da leitura dos artigos 205 e 208, § 3º, da Constituição Federal, que a intenção do legislador em instituir a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, fora que, na falta de um, o outro tem o dever de cumprir a prestação, estabelecendo um regime de responsabilidade solidária, que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao seu preparo para a cidadania e a qualificação para o trabalho.

A clara redação do artigo 208 § 1º e § 2º, norteia e direciona, a discussão quanto a obrigatoriedade e subjetividade do direito ao ensino fundamental nos tribunais e no meio acadêmico Brasileiro, a responsabilizar inclusive, a autoridade competente pela omissão. Um avanço sem igual, se comparado a constituições estrangeiras.

A estrutura organizacional do sistema educacional Brasileiro, deverá seguir o estatuído no artigo 211 e seus parágrafos, onde consta que a União os Estados e o Distrito Federal e os Municípios, organizarão em regime de colaboração os seus sistemas de ensino e que:

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e dos territórios, que financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios,



§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996](#))

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996](#))

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#))

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#))

Básica e prioritariamente a educação infantil e o ensino fundamental devem ser implementados e mantidos pelos Municípios e o Distrito Federal, ou seja, a educação infantil em creches e pré-escolas, dos zero aos cinco anos de idade e o ensino fundamental, dos seis aos quatorze anos respectivamente. Por sua vez, os Estados e o Distrito federal atuarão prioritariamente tanto do ensino fundamental, dos seis aos quatorze anos, como do ensino médio dos quinze aos dezessete anos;

Note-se que legislador constituinte instituiu a expressão “prioritariamente” (parágrafos 2º e 3º), ou seja, que na organização de seus sistemas de ensino, os entes federativos, definirão formas de colaboração de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório, sendo a União responsável pelas funções redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como também, responsável pela organização e o financiamento das instituições de ensino públicas federais e dos territórios (§ 1º).

O legislador constituinte estipulou, portanto, que ensino fundamental básico é obrigatório e gratuito, e que compreende a educação infantil e o ensino fundamental e médio profissionalizante, dos zero aos dezoito anos

de formação e tem por finalidade, conforme o artigo 22<sup>[1]</sup>, da Lei Nº 9394/96 – Lei Diretrizes Bases da Educação Nacional –, “desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”. Estatuiu também o legislador constituinte que os seus recursos serão provenientes dos Municípios e dos Estados em princípio, cabendo a União à responsabilidade pelas funções redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino.

O artigo 208<sup>[2]</sup>, da Constituição Federal, deixa claro o dever constitucional Estatal com a educação, que será efetivado mediante a garantia da educação básica obrigatória e gratuita a todos, inclusive aos que não tiveram acesso a ela na idade adequada. Outrossim, o estado deverá: implantar uma progressiva universalização do ensino médio gratuito; o atendimento especializado aos portadores de deficiência física; a educação infantil em creches e pré-escolas; o acesso aos níveis mais elevados, segundo a capacidade de cada um; a oferta de ensino noturno adequado às condições do educando; e, por fim, o atendimento ao educando por programas suplementares de material, transporte, alimentação e assistência à saúde.

## **2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL**

Os chamados Direitos Prestacionais – direitos fundamentais de segunda geração –, possuem natureza de normas programáticas e, pois, depende de atos discricionários do Poder Executivo na implementação destes no orçamento público e posterior execução.

Não se trata, todavia, de discricionariedade absoluta. O direito a educação está protegido mandamentalmente na constituição pátria, distribuído na construção articulada de seus artigos, que combinados com a legislação infraconstitucional, constituem um conjunto normativo jurídico complexo de amplo alcance.

É corolário do núcleo axiológico antropocentrismo do ordenamento constitucional a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. É dever explicitamente intrínseco do Estado,

preparar o indivíduo, educando-o, para exercer a cidadania com dignidade e com igual oportunidade para todos.

Ao longo de toda a Constituição, numa construção complexa, o legislador constituinte deixa claro e evidente que o povo Brasileiro tem o direito de exigir do Estado a prestação do ensino básico obrigatório e gratuito de qualidade, mormente pelo mandamento de otimização dos direitos fundamentais, que o revelam como normas de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da CRFB.

O ensino fundamental, de qualidade obrigatório e gratuito, (a educação em seu amplo sentido) consiste em pressuposto lógico de cidadania e dignidade, dever inescusável por parte dos gestores públicos. Trata-se de mandamento constitucional juridicamente vinculante dos atos do Poder Executivo, inclusive e, especialmente, dos atos discricionários. Ademais, qualquer lesão ou ameaça de direito poderão, e nestes casos deverão, por também estar o Ministério Público vinculado, serem submetidos à avaliação e controle de constitucionalidade pelo judiciário.

Em contraponto, pode-se arguir o princípio da Separação dos Poderes. O art. 2º, da CF/88, preconiza que os poderes são independentes e harmônicos entre si. Trata-se do princípio da Separação dos Poderes, ou ainda, da Separação das Funções do Poder uno e indivisível. Neste sentido, Walber Moura Agra leciona:

“A terminologia separação dos poderes foi expressa de forma errônea, porque na verdade o poder que resvala da soberania é uno. O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes, de acordo com o que fora estipulado pela Constituição em cada país.”

O *check and balances* da doutrina inglesa, modelo de controle recíproco dos governantes, fundamenta a separação das funções. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma que, “onde não houver separação dos poderes e outorga dos direitos fundamentais não se pode falar na existência de uma lei maior”.

Nesse diapasão, a Administração Pública argumenta que os direitos prestacionais, especificamente o direito a educação, são essencialmente programáticos e técnicos, formulados no âmbito do Poder Legislativo e

implementos via o Poder Executivo, sendo indevida a ingerência do Poder Judiciário, no âmbito das políticas públicas, uma vez que não lhe assiste amparo constitucional na atuação típica de outros Poderes. Lhe faltaria, portanto, legitimidade democrática.

Ocorre que, com o movimento neoconstitucional, passou-se a se discutir e considerar novos papéis do Poder Judiciário, guardião máximo da Carta Magna, a qual lhe cumpre conferir máxima efetividade e força normativa. Quando o Administrador oferece educação de qualidade e escolas de referência gratuitas a apenas uma parte da população em detrimento de outra, verifica-se uma discriminação frontalmente atentatória aos direitos da dimensão da igualdade e ao mandamento constitucional da obrigatória educação básica gratuita de qualidade a todos. Trata-se de clara violação aos direitos e liberdades fundamentais instituídos pela Constituição de 1988.

Ademais, no artigo 5º § 1º, da CF/88, está instituído em claro vernáculo: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata”, e mais ainda, para completar o arcabouço normativo, o artigo 208, §1º, estatui que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo”.

Nesse aspecto, o Ministério Público é legitimado e competente para ingressar com Ação Civil Pública, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito, dos interesses individuais e sociais indisponíveis, ou seja, tem o poder-dever de atuar nas garantias dos acessos a educação obrigatória gratuita de qualidade.

O Superior Tribunal de Justiça converge neste entendimento, acerca da legitimidade do Ministério Público quanto à proteção do direito a educação, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO PÚBLICO – CRIANÇA – DIREITO A EDUCAÇÃO – MINISTERIO PÚBLICO – COMPETENCIA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – LEI 8.069/90, ART. 201, IX.

- A teor do Código da Criança e do Adolescente, o ministério Público não está apenas legitimado, mas “é competente”. Vale dizer: tem o encargo legal de

defender, em substituição processual os interesses sociais da criança. Recurso Especial 212.961/MG.

No Estado de Minas Gerais, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado, juntamente com a Secretaria de Educação Estadual e outras entidades, em 30 de janeiro de 1998, editou a Resolução número 05, na qual:

Se normatiza a atuação do Ministério Público na fiscalização da efetiva observância pelo Estado, Municípios e famílias do direito da criança e do adolescente ao ensino fundamental, assegurado pela Constituição Federal e pelas leis (preâmbulo).

Caio Tácito, em um trecho de sua Carta Mensal:

[...] certamente tão ambicioso plano de valorização da cultura e da educação pressupõe que a tais setores da atividade pública sejam dedicadas parcelas maiores da receita pública, acima dos limites mínimos prescritos na Constituição. Caberá aos homens do Governo, submetidos à cobrança de uma opinião pública exigente de seus direitos fundamentais, atribuir efetiva vigência a tais prioridades de modo a que possa o país vencer atrasos históricos, superar desigualdades sociais e deficiências na formação nacional que são pré-requisitos elementares para um verdadeiro desenvolvimento equilibrado que torne reais os benefícios prometidos no lema da bandeira nacional. (CAIO TÁCITO; 1988, P. 36-7).

Em interessante trabalho monográfico, Taciana Alves de Paula Rocha, quanto à dificuldade em executar o provimento judicial obtido em ação civil pública, ou seja, a condenação da Fazenda Pública a obrigação de ofertar o ensino regular fundamental. *“[...] o provimento judicial obtido em ação civil pública [condenação à Fazenda Pública de ofertar ensino fundamental regular] não satisfaz as necessidades educacionais formalmente consagradas na Constituição Federal, em razão da limitação política a execução contra a Fazenda Pública [admitida apenas na forma de quantia certa] e, ainda, por força da vinculação das*

*verbas condenatórias a fundos especiais previstos em lei. Tal provimento judicial é monetarizado, obtido em execução por quantia certa, enquanto o provimento educacional, objeto de satisfação de necessidades educacionais, somente é satisfeito por meio de provimentos concretos [bens e serviços educacionais] e, portanto, não vinculados ao sistema jurídico, mas ao econômico, no qual a administração de recursos escassos impõe que os gastos públicos para a satisfação de necessidades sejam incluídos em orçamento [previsão orçamentária].*

O controle de políticas públicas consiste, pois, em um controle dos orçamentos. Quanto ao controle preventivo, este pode ser admitido quando o orçamento estiver em dissonância com o plano plurianual ou com a lei de diretrizes e bases orçamentárias, quando não se respeitarem as verbas vinculadas ou quando há necessidade de inclusão de verba no ano seguinte.

Quanto ao controle concomitante, ou seja, durante a execução do orçamento, tem-se que é permitida a atuação do poder judiciário no sentido de corrigir desvios de despesa quando, por exemplo, estiver contemplada rubrica não prioritária, em detrimento de outra que é.

### **3. A DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Superada a discussão da legitimidade e competência, passa-se a analisar a problemática da reserva do possível e o mínimo existencial.

O debate acerca da efetivação dos direitos sociais é sempre criado em volta de um núcleo econômico. O orçamento Público aparece como obstáculo Constitucional, mandamental e (in)vencível. Ao determinar as escolhas políticas de quais direitos sociais privilegiar – as chamadas escolhas trágicas –, o executivo e legislativo encontram o limite das despesas públicas – recursos limitados – e, portanto, o equilíbrio das contas públicas, com o fornecimento de prestações materiais. Trata-se do princípio da reserva do possível, que limita a plenitude das prestações positivas.

Sendo então os recursos limitados, deve-se fazer escolhas trágicas, e no momento histórico atual, insuficientes para a efetivação dos mandamentos constitucionais vinculantes relacionados a direitos públicos subjetivos, notadamente, ao direito social fundamental a educação pública de qualidade.

Desse modo, ficam o executivo e o legislativo, vinculados a gastar prioritariamente com o que está constitucionalizado e legalizado – normas pré orçamentárias impositivas – a fim de se preservar mínimo existencial da pessoa humana. Não se trata, obviamente, de envolver o Ministério Público e os Tribunais nas escolhas trágicas, mas sim, na discussão acerca da vedação ao retrocesso e no controle preventivo e concomitante dos orçamentos e dos atos discricionários do executivo. Isto porque, estando estes desconforme, os ditames mandamentais juridicamente vinculantes da Constituição e da Lei, serão contrários e, portanto, ilegais, ilegítimos e inconstitucionais, vinculando o Ministério Público à exercer o poder-dever de provocar o controle jurisdicional.

Observemos, pois, as palavras de Maurício Pedrosa Filho, a respeito da elaboração dos orçamentos e alocação de recursos para a implantação de políticas com a saúde pública;

Mercê de toda essa normatização atinente à questão orçamentária é que os gestores públicos têm a obrigação de alocar recursos necessários ao cumprimento dos direitos sociais, eis que são prestações garantidas e dispostas na Constituição aos cidadãos, a exemplo da prestação da saúde (nela incluída a assistência farmacêutica).

Essa obrigação do gestor decorre do seu dever legal e funcional de honrar os ditames da Constituição e das leis em geral, haja vista que ele – gestor - enquanto no exercício do seu múnus público, só poderá agir *secundum legem*.

Na esteira das linhas precedentes, a ausência ou escassez de recursos no orçamentário serve de mote para o gestor se eximir do cumprimento de alguma prestação estatal imposta pela Constituição, a exemplo dos serviços de saúde de cuja deficiência e reclamos são notórios em nosso país.

A reserva do possível reflete a ausência de recursos para atender a alguma atividade estatal típica, como a saúde. A ausência de recursos, ou

seja, a sua inexistência, representa o vazio dos cofres públicos. (PEDROSA FILHO; 2012, p. 117).

Destaca Américo Bedê Freire Júnior, no sentido de questionar a prioridade de despesas com propaganda governamental versus áreas prioritizadas pela Constituição de 1988;

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem no orçamento, recursos para propaganda de governo? Antes de os finitos recursos se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder. AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR (2005,p. 74).

Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou, tratam da constitucionalidade e legitimidade, quanto ao remanejamento de recursos públicos de áreas não prioritárias, como a propaganda governamental, para áreas das políticas públicas constitucionalizadas;

O estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e sobre os gastos públicos. Especialmente atenderá Constituição Federal quando remanejar verbas inicialmente destinadas a atividades de menor ou pouca importância, como é o caso daquelas destinadas a publicidade governamental. (SALAZAR; GROU, 2009, p.92).

Na mesma direção, Lucia Valle Figueiredo, no sentido em que vincula os atos políticos do executivo, que em princípio seriam discricionários, as prioridades constitucionalmente garantidoras de direitos fundamentais e as políticas públicas;

O orçamento não é uma peça livre para o administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui também, por



vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que foi constitucionalmente fixada. (SALAZAR GROU 2009, P. 91).

Assim, não pode o Estado prover a dignidade humana e as condições de exercício pleno da cidadania, sem a efetivação do direito a educação e a tudo que com ela se relaciona e a compõe, a exemplo dos materiais e livros didáticos, da merenda escolar balanceada, do fardamento completo de uso diário em salas de aulas e na prática desportiva, dos materiais para as artes e prática musical, do transporte, da assistência médica odontológica e psicológica, enfim, tudo o que se faz necessário ao cumprimento do mandado constitucional da prestação do ensino fundamental.

Isto posto, ficam limitados e juridicamente vinculados, os atos políticos discricionários que são, equivocadamente, tidos como livres de quaisquer controles judiciais, a priorizar a prestação positiva do direito público subjetivo ao ensino fundamental obrigatório, podendo para tanto ocorrer, o remanejamento de verbas orçamentárias inicialmente destinadas a atividades de menor relevância, para áreas privilegiadas constitucionalmente, sem ofensa aos princípios constitucionais inerentes aos gastos públicos, tampouco a separação dos poderes.

Transcrevemos passagem de Walber de Moura Agra em seu livro curso de direito constitucional, 2010, p. 308. “Mesmo não tendo assento constitucional e podendo ser destituída de valia em decorrência do princípio da proporcionalidade, a teoria da reserva do possível se mostra propícia quando for usada para racionalizar os recursos públicos, impedindo que sejam direcionados de forma temerária. Mostrar-se-á despicienda e danosa quando for utilizada para estiolar a concretização de direitos fundamentais.”

#### **4. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

No Processo Civil tradicional, instrumento para solução de conflitos entre particulares, temos os limites do pedido. Os princípios da demanda e da adstrição da sentença ao pedido, são como, os trilhos de um trem para o Magistrado, o juiz

fica adstrito à dimensão apresentada pelas partes, proibido de julgar *ultra, extra* ou *citrapetita*, ou seja, obrigado a se utilizar duma hermenêutica de interpretação restritiva do pedido.

Na tutela da ação, por sua vez, o magistrado possui âmbito maior de atuação. Como pontua, sabiamente, Marcos Aurélio de Freitas Barros em suas “Ponderações sobre o Pedido nas Ações Coletivas e o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas”, a despeito da discricionariedade do juiz:

Antes de abordar o tema de frente, contudo, é preciso realçar, no plano genérico, o controle jurisdicional de políticas públicas, fixando premissas necessárias à compreensão de tão instigante tema ligado à efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, considerando-se que o principal objeto destes direitos fundamentais são justamente as políticas públicas.

Não se pode esquecer que, no âmbito da tutela coletiva, deixa o magistrado de ser um simples aplicador do direito para inferir diretamente em políticas públicas, com reflexos, muitas vezes, em toda a sociedade. A todo o momento, se depara com valores constitucionais da mais alta relevância, o que lhe impõe um alto grau de discricionariedade. Com frequência, o juiz é levado a formular uma opção político-jurídica, a propósito de qual bem jurídico ou interesse social deve prevalecer.

Não pode, pois, estar jungido às amarras impostas pelo clássico. O juiz, em hipótese alguma, pode se satisfazer simplesmente com o que foi apresentado pelas partes ou manejar os meios executivos tipicamente previstos. Deve assumir postura ativa, podendo, inclusive decidir além, aquém ou fora dos limites do pedido autoral, como bem demonstra o art. 84 do CDC, extremamente comprometido com estas ideias. O compromisso maior não pode ser com a pretensão da parte, mas com a tutela do direito material coletivo. O princípio da adstrição da

sentença ao pedido, pois, deve, no mínimo, ser mitigado no âmbito da tutela coletiva.

Daí resulta algumas questões de alta gravidade. Diante dos incrementados poderes do juiz na tutela coletiva, o pedido não se apegua a quaisquer limites? A discricionariedade judicial, quanto à escolha da providência mais adequada, se submeteria somente ao arbítrio do magistrado? Como permitir a manifestação do inconformismo da parte que se sentir prejudicada?

Em resposta a essas indagações, é preciso deixar claro, de início, que o pedido nas ações coletivas não é livre, como se pode pensar. Tem o juiz, mesmo de ofício, liberdade quanto ao pedido imediato (providencia jurisdicional), não podendo, contudo, se afastar da tutela do bem jurídico de que se busca a proteção judicial (o pedido mediato). A parte não pode pedir nem tampouco o juiz determinar, providencia que não atenda ao bem jurídico tutelado. O limite, pois, está no pedido mediato.

Não existe, portanto, absoluta discricionariedade judicial na escolha da providência a ser adotada. Até porque isso seria um convite à arbitrariedade. É-lhe imposta a obrigação da providencia ótima, a mais adequada para proteger, *in casu*, o bem jurídico de dimensão coletiva.

Em razão do exposto, o juiz estará também adstrito ao princípio da proporcionalidade, devendo adotar a providência mais adequada às exigências do caso concreto. Vê-se, portanto, que há uma diferença evidente entre o processo tradicional, de índole liberal-individualista, e o processo coletivo, já que, como ensina Marinoni: “A diferença está na forma de controle. Se antigamente ele era feito pela lei – *daí pensar no princípio da tipicidade dos meios executivos, na separação entre conhecimento e execução e na congruência entre pedido e a sentença* –

atualmente esse controle deve ser realizado pela regra da proporcionalidade”.

Permiti-se, pois, o controle dos atos judiciais à luz da proporcionalidade.

Percebe-se, portanto, que o juiz apesar de não ficar adstrito ao pedido como no processo civil entre particulares, sendo, pois, mitigado o princípio da adstrição da sentença ao pedido, em se tratando de tutela de direitos coletivos, prevalecendo a providência mais adequada no caso concreto e ao princípio da proporcionalidade, não sendo possível distanciar-se deste ou daqueles, sob o risco de incorrer em arbitrariedade.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática histórica na ADPF nº45, ponto de referência para os Tribunais inferiores, dispõe que:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF nº 45 MC/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.5.2004, informativo nº 345-STF.

Acerca da excepcionalidade do controle judicial das políticas públicas, assinalou o ministro que é cabível, quando descumpridas as obrigações pelo

executor competente que comprometam a eficácia de direitos de estatura constitucional, mesmo que provenientes de normas programáticas;

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

O Supremo Tribunal Federal, considera omissão estatal injustificável, a não preservação ou fomentação ao direito fundamental a educação do cidadão, o que enseja controle pelo poder judiciário, por serem considerados atos administrativos ilegais ou abusivos;

Agravo regimental no agravo de instrumento. Acesso à educação. Direito fundamental. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. A educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo poder público e pela sociedade, configurado a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário. 2. O poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos. 3. Agravo regimental não provido. (AI 658491)

Diante da doutrina e da jurisprudência pacífica, percebe-se o cabimento de controle judicial nos orçamentos públicos, no que diz respeito à ilegalidade e abusividade dos atos administrativos, que violam o mínimo constitucional e o direito público subjetivo a uma educação pública de qualidade.

Vê-se, como método coercitivo, a possibilidade de serem utilizadas as *astreintes* contra o poder público. Em decisão do Supremo Tribunal Federal,

que dispõe sobre o descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional, observa-se a possibilidade deste expediente:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - **LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO** - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL -

PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL

Assim, verifica-se que doutrina e os Tribunais Superiores, já aplicam de forma consistente a ideia de que, a atuação judicial, quando provocada, obedecendo aos limites do pedido mediato, a providência mais adequada no caso concreto e ao princípio da proporcionalidade, na tutela ao direito a educação pública de qualidade, quando há omissão injustificável ou abuso do Estado, não afronta a separação dos poderes, pelo contrário, reforça a legitimidade destes, evitando uso indevido do princípio da reserva do possível e a vedação ao retrocesso.

Conforme o entendimento de Josué Mastrodi, ao se justificar uma negativa de intervenção estatal em prioridades sociais, em países com a economia reconhecidamente entre as maiores do mundo como a brasileira, devem ser percebidos estes argumentos como pretexto. Ele arremata ao dizer “[...] numa situação destas, isto não é uma reserva do possível, mas uma reserva da injustiça”.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na Constituição pátria, foi normatizado programaticamente o mandamento da implementação do ensino fundamental progressivo, gratuito e obrigatório para todo o povo Brasileiro. É patente na doutrina e nos tribunais, a responsabilidade dos governantes diante de tamanho lapso temporal. O desrespeito, afronta, ilegalidade e ilegitimidade constitucional, diante da formulação dos orçamentos e

inadequada implementação das políticas públicas, ao momento histórico e econômico vivido no Brasil, é notório.

As normas programáticas não podem se interpretadas e consideradas como apenas promessas vazias do legislador constituinte, ao cargo e na dependência da boa vontade do governante eleito. Os orçamentos não são peças desvinculadas de premissas e livres para o administrador público. Há regras, ditames e mandamentos constitucionais a serem perseguidos. Um verdadeiro arcabouço normativo deve ser respeitado pelo Executivo, e, quando não, controlado pelos outros Poderes, do contrário ser-lhe-ia dado o poder de renegar a segundo plano, as prioridades do sistema normativo constitucional, e, porque não dizer, até dos supralegais acordos internacionais.

Do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, extrai-se o mandamento de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, da qual faz parte a educação básica de qualidade, têm aplicação imediata. Do parágrafo 1º artigo 208, extra-se também, o importantíssimo e esclarecedor mandamento de que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Conclui-se, portanto, que nas ações civis públicas, cujo objeto seja a implementação de políticas públicas, e, sobretudo, nos casos de omissão ou abuso estatal, aplicam-se as regras do pedido nas ações coletivas. Deve-se evitar a postulação de medidas que importem em ingresso na específica esfera da Política, pois assim, haveria intromissão indevida do Poder Judiciário, e consequente arbitrariedade, em juízos de conveniência e oportunidade.

Nas medidas de caráter liminar, ou seja, no pedido imediato, que pretende garantir um resultado útil no futuro, no final do processo, fica o Magistrado, de ofício, com base no art. 84 do CDC, autorizado a determinar multa diária ou quaisquer outras providências executivas necessárias à obtenção da tutela específica, ou resultado prático equivalente, se valendo de verdadeiras cláusulas gerais processuais, entretanto, adstrito aos limites do pedido mediato, do bem jurídico tutelado.

Logo, o controle jurisdicional das políticas públicas é possível, mas deverá ser excepcional e proporcional ao caso concreto. Este controle para ser legítimo, não se afina com um exame unicamente político, mas sim jurídico ou jurídico-



político, com a contemplação das finalidades predispostas pelas normas Constitucionais. Somente haverá espaço para o controle jurídico dos atos políticos, se estes tiverem contorno de desvio ou abusividade governamental, dentro de um exame criterioso de compatibilidade ou não, entre a atividade estatal e os ditames das normas Constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 28° ed. 2006.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. 1. Ed. Sergio Fabris, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. Ed. Malheiros, Brasil, 08. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. Ed. Coimbra, 2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivim, 2008. v. 2

FOLHA DE SÃO PAULO. **Campos irá gastar R\$100 milhões com propaganda em PE**. Disponível em: <http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://WWW.1.folha...1424088-campos-ira-gastar-r-100-milhoes-c0m-propaganda-em-pe-shtml>. Acesso em: 31 mar 2014, às 11:16h.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Ministério Público decide apurar redução no kit escolar em São Paulo**. Disponível em: <http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://www1.folh...t>

[erio-publico-decide-apurar-reducao-no-kit-escolar-em-sao-paulo.shtml](#). Acesso em: 01 abr 2014, às 12:09h.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**; o dicionário da língua portuguesa, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 14. Ed. Ver. Anual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

GLOBO G1. **Em PE, prefeituras terão que relatar gasto com propaganda institucional**. Disponível em: [HTTP://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2011/12/em-pe-prefeituras-terao-que-relatar-gasto-com-propaganda-institucional.html](http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2011/12/em-pe-prefeituras-terao-que-relatar-gasto-com-propaganda-institucional.html). Acesso em: 31 mar 2014, às 11:22h.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda Eleitoral: e o princípio da propaganda política**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEDROSA FILHO, Maurício Barreto. **A dispensação judicial de medicamento: uma análise a luz da legislação e jurisprudência**. Recife: FASA, 2012.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Interesses coletivos ineficiência de sua tutela judicial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ROCHA, Taciana Alves de Paula. **A tutela Jurisdicional do direito prestacional à educação: ensino regular em ação civil pública no Brasil**. Dissertação de Mestrado. UNICAP, 2008.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

NOTAS:

[1] Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

[2] Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#)) ([Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#))

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996](#))

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#))

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#))

[3] Tácito, Caio. Da educação e da cultura na nova Constituição. Rio de Janeiro, no 34, nov. 1988, p. 36-7.

## **O SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REFLEXÕES À LUZ DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIAL**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social. Para tanto, o presente busca estabelecer uma análise sobre Sistema Nacional de

Seguridade Social como instrumento de concretização dos direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais Sociais. Sistema Nacional de Seguridade Social. Mínimo Existencial Social. Dignidade da Pessoa Humana.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 A construção filosófica do vocábulo “dignidade” e suas implicações no alargamento dos direitos fundamentais; 3 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana; 4 O Sistema Nacional de Seguridade Social como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais

---

### **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus'*”, ou

seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém"<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião ("Olho por olho, dente por dente"), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, "*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*"<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, "*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*"<sup>[3]</sup>. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta

tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 A construção filosófica do vocábulo “dignidade” e suas implicações no alargamento dos direitos fundamentais**

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao lado disso, não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas”<sup>[4]</sup>. É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos, tal como de instrumentos que ambicionem evitar que se repitam atos atentatórios contra a dignidade de outros indivíduos.

Por óbvio, a República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como

fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteadas por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a cargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, ainda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, insito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana”<sup>[5]</sup>, tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. Frise-se que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

É evidenciável que princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social.



Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos”[6].

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”[7], sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseqüentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se

para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento.

Diante de tal cenário, os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a inclusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli<sup>[8]</sup> afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. Assim, a sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípua o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa em tal ideário o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda em relação à proeminência da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante a dicção de Rocha, o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. Nesta esteira de dicção, “o desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado”<sup>[9]</sup>.

### **3 A Construção do Mínimo Existencial Social: O reconhecimento dos Direitos Sociais como indissociáveis da Dignidade da Pessoa Humana**

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança social, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos sociais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo, sobretudo no que toca à superação dos argumentos e obstáculos erigidos pela Administração Pública no que se relaciona à reserva do possível para sua implementação. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a promoção dos direitos sociais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial social.

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade social como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

Nesta senda de exposição, ainda, o conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das

relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, cuida anotar que o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Nessa premissa, cuida reconhecer que o mínimo existencial social se desdobra como uma das múltiplas e indissociáveis órbitas vinculadas ao superprincípio da dignidade da pessoa humana, em especial no que atina à realização de suas potencialidades, sobremaneira no que se relaciona aos direitos. Recentemente, o rol do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil sofreu considerável alargamento, passando a abarcar uma plêiade de direitos sociais como fundamentais ao indivíduo: *“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*<sup>[10]</sup>. De maneira reiterada, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os direitos sociais materializam um agir positivo do Estado, devendo, portanto, ser adimplido em favor do cidadão.

**Ementa:** Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades

especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 860.979 AgR/ Relator: Ministro Gilmar Mendes/ Julgado em 14 abr. 2015/ Publicado no DJe em 06 mai. 2015).

**Ementa:** Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência da criança e do adolescente – Deve estatal resultante da norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível. Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões constitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos Juízes e Tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela

necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição do retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de Agravo Improvido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ ARE 745.745 AgR/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 02 dez. 2014/ Publicado no DJe em 19 dez. 2014).

**Ementa:** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Administrativo e Processual Civil. Repercussão geral presumida. Sistema Público de saúde local. Poder Judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravo Regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF ). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário

não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma/ RE 642.536 AgR/ Relator: Ministro Luiz Fux/ Julgado em 05 fev. 2013/ Publicado no DJe em 27 fev. 2013).

Ora, denota-se que a implementação do mínimo existencial social pressupõe, com claros contornos, a estruturação de políticas públicas pelo Poder Público, sobretudo no que concerne ao núcleo duro que sustenta os direitos sociais, dentre o direito à educação e o direito à saúde recebem especial atenção. É preciso sublinhar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Assim sendo, a intervenção jurisdicional, por vezes, encontra justificativa pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à educação e à saúde, precipuamente, tornar-se-á plenamente legítima, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesse e de valores em conflito, a necessidade de prevalência da decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e proteção aos direitos sociais.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Ao lado do exposto, tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção dos direitos sociais, de maneira geral, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, em especial a plêiade que compõe o mínimo existencial social. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

#### **4 O Sistema Nacional de Seguridade Social como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais**



Em alinhamento ao exposto, cuida ressoar que o Sistema Nacional de Seguridade Social, a partir de seus feixes axiológicos, busca a implementação e consolidação do bem-estar e da justiça sociais. Nesta premissa, a seguridade, na condição de política social, configura método de economia coletiva. Logo, como procedimento de acúmulo coletivo, a comunidade é conclamada a fazer um pacto técnico-econômico no qual a solidariedade social é o equilíbrio almejado. Assim, o pacto solidário-social implica na contribuição da maioria em benefício da minoria. “A Previdência Social – enquanto parte integrante da Seguridade Social – atua como instrumento de redistribuição da riqueza nacional, e deve atuar, principalmente, no bem estar do cidadão, auferindo-lhe condições dignas e justas”<sup>[11]</sup>.

Desta feita, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, estabelece a seguridade como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, cuja destinação é assegurar os direitos concernentes à saúde, à previdência e à assistência social. Ora, ao se voltar para a proeminência do direito previdenciário e das múltiplas formas de proteção cominadas na Carta de 1988, há que se ressaltar a adoção do princípio da universalidade pelo sistema previdenciário, partindo de um núcleo mínimo de proteção para, a partir dele, em consonância com a capacidade econômica, o Estado ampliará o núcleo de eventos protegidos.

Do exposto, verifica-se que o direito previdenciário é emoldurado por relevante interesse social, em especial na reparação dos efeitos dos eventos protegidos, tal como para realçar o papel desempenhado pelo Estado na solução dos problemas em questão. Denota-se, portanto, que a visão contemporânea do Estado Social de Direito encontra na seguridade social e, no caso do Brasil, no peculiar sistema a mais saliente de sua caracterização. Observa-se, desta sorte, a proteção do bem-estar do homem como o ponto mais saliente da seguridade constitucional, encontrando as raízes alicerçadoras no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

#### Artigo 25

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados

médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social<sup>[12]</sup>

De igual forma, a seguridade encontra raízes no artigo XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em especial preconizando que “toda pessoa tem direito à previdência social, de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade”<sup>[13]</sup>, impossibilitando física ou mentalmente de obter meios de subsistência. Ademais, não é demasiado afirmar que o artigo 6º da Carta de 1988<sup>[14]</sup> estabelece o rol dos direitos sociais, elencando, dentre eles, o direito à previdência social. Antes, porém, no artigo 3º a Constituição<sup>[15]</sup> estabelece, com clareza ofuscante, entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ora, a previdência social encontra sustentáculo maior no princípio da solidariedade, afigurando-se, pois, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, um direito humano reconhecido e positivado. O Ministro Luís Roberto Barroso, em sede de Recurso Extraordinário nº 626.489, já assentou o entendimento que o direito à previdência social constitui um direito fundamental<sup>[16]</sup>. Sobre a temática, Leiria, em seu escólio, vai afirmar:

Em seu artigo 6º, caput, a Constituição dispõe sobre a previdência social como um direito social de todo cidadão brasileiro e, além de mencionar o benefício da aposentadoria como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inc. XXIV), estabelece que a previdência social atenderá, nos termos da lei, (a) a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (b) a proteção à maternidade, especialmente à gestante; (c) a proteção ao trabalhador em situação de desemprego

involuntário; (d) salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, em valor nunca inferior ao salário mínimo[17].

Do exame da positivação, insta-se o direito previdenciário, com destaque, é um dos direitos fundamentais e, contemporaneamente, encontra inserção dentro da técnica de proteção social denominada de *seguridade social*. Destarte, em razão da característica fundamental, é objeto de debate e preocupação em todas as nações, sobretudo por compor o piso mínimo vital imprescindível ao desenvolvimento humano. Assim, a seguridade social deve ser instrumento de autêntica política social, com o escopo de assegurar o equilibrado desenvolvimento socioeconômico e uma distribuição equitativa da renda nacional, proporcionando, a partir do corolário da solidariedade, a constituição de uma sociedade livre e justa. O sistema nacional de seguridade social, neste sentido, é a busca da manutenção do *ser* em níveis adequado, tendo nítida vinculação com o superprincípio da dignidade da pessoa humana. Em complemento, Machado da Rocha vai lecionar que:

Observamos aqui que a obrigação do Estado em respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, mas, abrange uma obrigação prestatória diante da impossibilidade deste em prover para si uma existência humanamente digna. Sendo assim, é justamente quando o cidadão tem sua força laboral afetada, que a Previdência Social evidencia seu papel nuclear, na busca da manutenção do ser humano dentro de um nível minimamente adequado. A doutrina nacional que trata sobre os direitos fundamentais também reconhece a íntima vinculação entre o direito à Previdência Social e a dignidade humana, constituindo este um princípio basilar de todos os direitos sociais[18].

Alocando-se a previdência social e os benefícios dela advindos à categoria de direitos fundamental, reserva-se aos aplicadores do direito à

proteção máxima. Ora, os direitos sociais são traduzidos, para o Estado, em obrigação de fazer, sobremaneira de criar certas instituições públicas. Assim, enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode alicerçar exigências para que sejam criadas; contudo, após ser criadas, o Texto Constitucional passa a proteger sua existência, impondo ao Estado as tarefas de criar certas instituições ou serviços com o escopo de lhe conferir concreção, como também, uma vez criados, obsta sua abolição

#### REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Voto proferido no Recurso Extraordinário nº 626.489-SE**. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil. breves reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. 07, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. **A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. a. 40. n. 159, jul.-set. 2003.

RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

ZANINI, Juliano Cesar. O Direito Fundamental aos Benefícios Previdenciários e a impossibilidade da aplicação do prazo decadencial na revisão dos atos de concessão – inconstitucionalidade do art. 103, caput, da Lei nº 8.213/91. *In*: Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista**

da **Academia Brasileiro de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 5, n. 8, jan.-jun., p. 119-155. Disponível: . Acesso em 23 jul. 2017.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012, p. 09.

[5] RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017, p. 19.

[6] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil. breves reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017, p. 236.

[7] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 76.

[8] POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 40. n. 159, jul.-set. 2003, p. 109.

[9] MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. **A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Disponível em: . Acesso em 15 mai. 2015, p. 32.

[10] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

[11] ZANINI, Juliano Cesar. O Direito Fundamental aos Benefícios Previdenciários e a impossibilidade da aplicação do prazo decadencial na revisão dos atos de concessão – inconstitucionalidade do art. 103, caput, da Lei nº 8.213/91. *In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileiro de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, n. 8, jan.-jun., p. 119-155. Disponível: . Acesso em 23 jul. 2017, p. 130.

[12] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

[13] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[15] Ibid. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[16] BARROSO, Luís Roberto. **Voto proferido no Recurso Extraordinário nº 626.489-SE**. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2017, p. 01.

[17] LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 129.

[18] ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.111.





**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”  
NÚCLEO DE PESQUISA**

**RAUL FERNANDO TOSTA BOLSON**

**VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA:  
APLICABILIDADE PLENA NO ÂMBITO DO PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

**RIBEIRÃO PRETO  
2016**

**RAUL FERNANDO TOSTA BOLSON**

**VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA:  
APLICABILIDADE PLENA NO ÂMBITO DO PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

MONOGRAFIA APRESENTADA COMO EXIGÊNCIA  
PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE  
BACHAREL EM DIREITO.

ORIENTADOR DE CONTEÚDO: MESTRE  
HAMILTON CACERES PESSINI.

ORIENTADOR DE METODOLOGIA: DOUTOR  
RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA.

**RIBEIRÃO PRETO  
2016**

## RESUMO

O tema da vedação das decisões-surpresa veio à tona com a promulgação do Código de Processo Civil atualmente em vigor. É que, pela primeira vez num Código de Processo Civil brasileiro, há expressa vedação de proferimento de decisão judicial sem que haja prévia manifestação das partes (artigo 10). Este trabalho, atento às modernas discussões sobre o tema, demonstra que a vedação das decisões-surpresa, agora expressa na legislação infraconstitucional, não se trata de novidade em nosso ordenamento jurídico. Em verdade, já decorria do princípio do contraditório, que atualmente não é mais entendido como mera bilateralidade de audiência, mas, mais do que isso, como verdadeira garantia de influência ou participação da parte na formação da decisão jurisdicional. Desse modo, é vedado ao juiz que decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, por evidente violação à garantia constitucional do contraditório, vez que estas não puderam participar da formação da decisão. E, decorrendo do princípio constitucional do contraditório, entendido como garantia de influência do jurisdicionado na decisão a ser proferida pelo Estado-juiz, a vedação das decisões-surpresa deve ter sua aplicabilidade amplamente reconhecida em nosso sistema processual civil, razão pela qual não podem vingar as teses que buscam minorar seu alcance. Por isso, este trabalho demonstra que a vedação das decisões-surpresa é aplicável amplamente, quer se trate de matéria cognoscível *ex officio*, ou ainda que diga respeito tão somente a questões de direito ou à qualificação jurídica dos fatos. Da mesma forma, demonstra-se que inclusive em sede de improcedência liminar do pedido é vedado ao juiz proferir decisão sem que a parte tenha previamente se manifestado sobre o tema.

Palavras-chave: Decisão-surpresa. Princípio do contraditório. Garantia de influência.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>05</b>
<b>1 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....</b>	<b>07</b>
1.1 DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	07
1.2 DA EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO: O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA.....	09
1.3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DAS PARTES.....	16
<b>2 DA VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA.....</b>	<b>22</b>
2.1 O QUE É DECISÃO-SURPRESA?.....	22
2.2 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	24
2.3 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA NO DIREITO COMPARADO.....	27
2.3.1 Na Alemanha.....	28
2.3.2 Na França.....	29
2.3.3 Em Portugal.....	30
2.3.4 Na Áustria.....	30
2.3.5 Na Itália.....	31
2.4 A SURPRESA COMO CAUSA DE NULIDADE DA DECISÃO.....	32
<b>3 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA E SUA APLICABILIDADE.....</b>	<b>36</b>
3.1 A VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA E AS MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS <i>EX OFFICIO</i> .....	36
3.2 O <i>IURA NOVIT CURIA</i> E O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE NÃO SER SURPREENDIDO.....	42
3.3 A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA PARTE.....	48

<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

Nosso atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em vigor desde 18 de março de 2016, consagrou a vedação ao proferimento das chamadas decisões-surpresa em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente em seu artigo 10, que dispõe que não pode, o juiz, decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha sido oportunizada às partes prévia manifestação, ainda que se trate de matéria de conhecimento oficioso.

Campo fértil para discussões, a vedação ao proferimento das decisões-surpresa é assunto que demanda inúmeros estudos: donde decorre a vedação? O que é, propriamente, uma decisão-surpresa? Quais as consequências de seu proferimento? A vedação das decisões-surpresa é plenamente aplicável ou deve ser relativizada?

A controvérsia é grande. O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) apresentou à Câmara dos Deputados, enquanto lá tramitava o projeto do então novo Código de Processo Civil, um “substitutivo” para a redação do artigo 10 acima mencionado, a fim de que fosse acrescentada a qualificação jurídica do pedido como exceção à aplicação do dispositivo. A redação final seria a seguinte: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, questões a respeito das quais possa pronunciar-se de ofício sem dar oportunidade às partes de prévia manifestação”. E então viria o parágrafo único: “O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência, nas hipóteses do art. 307 e à qualificação jurídica do pedido”.

No mesmo sentido, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em seminário voltado à discussão do Código de Processo Civil atualmente em vigor, aprovou os enunciados de números 1 (“Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”) e 6 (“Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”)

Tudo isso demonstra a enorme resistência à aplicabilidade da vedação das decisões-surpresa quanto à qualificação jurídica dos fatos, de modo que seria desnecessária a manifestação das partes quanto às questões de direito. Buscamos demonstrar, neste trabalho,

que não pode subsistir tal posição, que em verdade, de maneira injustificada, busca minorar a garantia de participação da parte decorrente do princípio do contraditório, que é expressão da própria democracia.

A ENFAM, na mesma oportunidade, editou ainda o enunciado de número 4 (“Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”), buscando afastar do âmbito da vedação das decisões-surpresa matéria cognoscível *ex officio*, limitando, vez mais, a garantia de participação outorgada pelo princípio do contraditório às partes.

Mas não só quanto à qualificação jurídica dos fatos e acerca de matéria cognoscível de ofício existe controvérsia acerca da aplicabilidade da vedação das decisões-surpresa. Há parcela da doutrina que afirma também que, nos casos de improcedência liminar do pedido, é desnecessária a prévia manifestação da parte, pois o contraditório seria respeitado pelo juízo de retratação que é possibilitado pela interposição de recurso de apelação.

A presente monografia não se furtou a tais discussões. Mediante revisão bibliográfica e método dedutivo, nos debruçamos sobre o tema, atravessando um caminho que tem como início necessário o princípio do contraditório, desde o modelo de processo civil determinado pela Constituição da República de 1988, buscando investigar o real alcance do instituto da vedação das decisões-surpresa, e concluindo pelo desacerto dos posicionamentos que tentam limitar aplicabilidade em nosso processo civil.

Nesse sentido, ao demonstrar a evolução da concepção de referido princípio, que antes era visto como mera bilateralidade de instância e hoje tem como inegável decorrência a garantia de influência na decisão a ser proferida pelo Estado-juiz, o estudo torna possível a adequada compreensão do motivo pelo qual se veda a prolação de decisão-surpresa no processo civil moderno, e demonstra que tal decisão só pode ser considerada nula, vez que ofende garantia de índole constitucional.

Com tudo isso em mente, nos propusemos, por intermédio da presente monografia, a defender que o instituto da vedação das decisões-surpresa possui aplicabilidade plena em nosso ordenamento jurídico, por todas as razões que serão a partir de agora expostas ao leitor.

## 1 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Um trabalho que pretenda, como este, entender a razão pela qual é vedado o proferimento das chamadas decisões-surpresa e sua aplicabilidade em nosso ordenamento, deve atravessar um caminho que tem como início necessário o princípio do contraditório.

Isso porque, mediante a evolução na concepção de referido princípio, este deixou de ser entendido como mera bilateralidade de audiência para ser compreendido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional.

A evolução da concepção clássica do princípio até o modo que é entendido atualmente é o que pretendemos aqui demonstrar, por se tratar de premissa fundamental para a compreensão do trabalho.

Vejamos.

### 1.1 Da concepção clássica do princípio do contraditório no processo civil brasileiro

O princípio do contraditório está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, o qual reza que “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”.

Inicialmente, tal princípio era compreendido em nosso ordenamento como mera bilateralidade de instância, isto é, bastava que ao litigante fosse dada ciência da manifestação da parte contrária, possibilitando-lhe sobre ela se manifestar.

Moacyr Amaral Santos afirmava, nesse sentido, que o contraditório consiste em se ouvir a parte contrária, possibilitando-lhe defesa. Em suas palavras: “imprescindível que se dê ao réu, no processo, oportunidade para defender-se. Oferecida essa oportunidade, respeitado está o princípio”<sup>1</sup>.

Tal posição era dominante na doutrina, que entendia que referido princípio se esgotava no binômio informação-reação. Inclusive Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, ainda adotando a concepção aqui tratada como clássica do contraditório, de modo bastante reducionista afirmavam que o

---

<sup>1</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.



contraditório “é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”<sup>2</sup>.

Também caudatário dessa rasa concepção – a de que o contraditório se esgotaria no binômio informação-reação –, Marcus Vinicius Rios Gonçalves discorre que há “uma diferença entre o contraditório no processo civil e no penal. Neste, como está em jogo a liberdade das pessoas, ele deve ser real e efetivo”<sup>3</sup>.

*Mutatis mutandis*, infere-se que, para tal doutrinador, o processo civil se contentaria com um contraditório de menor amplitude. Esse, aliás, o teor de suas próprias palavras, quando aduz que no “processo civil o contraditório tem menor amplitude. Basta que seja dada ciência às partes do que ocorre no processo, com a oportunidade de reação”<sup>4</sup>.

Cassio Scarpinella Bueno sintetiza esse pensamento, outrora recorrente na doutrina, afirmando que o “núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, *de acordo com a doutrina tradicional*, de um binômio: ‘ciência e resistência’ ou ‘informação e reação’”<sup>5</sup>.

A doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, da mesma forma, identifica na doutrina brasileira tal concepção limitada do contraditório:

Em geral, do ponto de vista do seu *conteúdo*, o direito ao contraditório era identificado com a *simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes*. Nesse contexto, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio *conhecimento-reação*. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

<sup>5</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131, sem itálicos no original.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 501.

Por muito tempo vigorou o entendimento acima exposto no Brasil. Tratava-se, em verdade, de uma compreensão absolutamente errônea do princípio, que somente limitava sua real extensão.

Partia da premissa, como visto, de que o contraditório destinava-se somente às partes, e não ao juiz, que a ele não estaria submetido, o que levou mesmo a se crer que a decisão judicial, para ser considerada devidamente fundamentada, sequer tinha de levar em consideração os argumentos lançados pelas partes no processo, como demonstraremos de maneira minuciosa ao tratarmos do princípio do contraditório em confronto ao dever de fundamentação judicial.

Todavia, nossa melhor doutrina, atenta aos postulados da Constituição da República acerca do devido processo legal e das garantias processuais, e ainda à moderna tendência da legislação comparada, e por fim verificando que o contraditório também se destina ao juiz, se apercebeu de que referido princípio, em verdade, possui dimensão muito maior, e não pode ser limitado ao binômio informação-reação. É o que passamos a demonstrar.

## **1.2 Da evolução na concepção do princípio: o contraditório como garantia de influência**

André Pagani de Souza sustenta que, a partir da interpretação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, verifica-se que “não só às partes deve ser franqueada a sua participação no processo, mas também o próprio magistrado tem o *dever* de participar da preparação do julgamento a ser feito”<sup>7</sup>.

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em comentário ao dispositivo em questão, conclui que o contraditório não se destina somente às partes, mas também ao juiz, ao afirmar que compete a este observar ele mesmo o princípio:

---

<sup>7</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

Por outro lado, em face do papel ativo que desempenha hoje no processo civil, cumpre ao juiz não só observar ele mesmo o princípio como também tomar todas as providências para que seja respeitado pelas partes<sup>8</sup>.

Por isso é que se passou a afirmar na doutrina que o contraditório possui uma *dupla destinação*: às partes e ao juiz. Quanto às partes, o contraditório trata-se de verdadeiro direito, ao passo que, ao magistrado, é um dever que lhe é imposto<sup>9</sup>.

Às partes, como visto, é um direito, na medida em que lhes proporciona a possibilidade de manifestação no processo, inclusive como decorrência “da própria definição de Estado Democrático e Social de Direito”<sup>10</sup>:

*Em outras palavras, não é possível imaginar um Estado – que tenha a igualdade e a justiça como valores supremos, que visa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, instituído por uma sociedade fundada na harmonia social, na qual todo poder emana do povo – que atue no exercício do seu poder jurisdicional mediante um processo do qual se exclua a participação daqueles que possam ser por ele atingidos de alguma maneira*<sup>11</sup>.

Comunga do entendimento acima esposado Fredie Didier Jr., o qual aduz que o princípio do contraditório “é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”<sup>12</sup>.

Concluindo o raciocínio, discorre André Pagani de Souza ainda que a participação das partes no processo é o que torna legítima a decisão a ser proferida pelo Estado-juiz:

Dito de outro modo, os destinatários dos atos de poder praticados pelo Estado-juiz devem participar da preparação desse ato para que ele seja qualificado como *legítimo*. Registre-se que não se trata de uma simples

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 435.

<sup>9</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78-79.

<sup>10</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80.

<sup>11</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80.

<sup>12</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 78.

*legitimação pelo procedimento, mas de uma legitimação pela participação que é viabilizada pelo correto cumprimento das normas processuais. É o que se chama de “legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”<sup>13</sup>.*

Desse modo, tendo-se evidenciado que o contraditório está intrinsecamente ligado à ideia de participação das partes, inclusive como expressão da democracia, ele se mostra como verdadeira garantia de influência na formação da decisão a ser proferida<sup>14</sup>.

Adicionalmente, como simétrica paridade de armas, o contraditório também está intimamente ligado à isonomia – também garantia constitucional –, “no sentido de que todos têm o direito de terem as mesmas oportunidades de pedir, alegar e provar, assim como a todos deve ser assegurado o direito de reagir aos atos que lhes forem desfavoráveis”<sup>15</sup>.

De seu turno, acerca do endereçamento do contraditório também ao juiz, cumpre-nos vez mais transcrever a obra de André Pagani de Souza, porque extremamente elucidativa:

O juiz contemporâneo não é um “convidado de pedra”, um mero espectador das contendas judiciárias. Ele é um dos “atores da trama processual”, um dos seus sujeitos, com poderes e deveres. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “deve ele desenvolver sua atividade de condutor do processo de forma ativa, buscando remover todos os obstáculos que se apresentem à efetividade do contraditório”.

A remoção dos obstáculos ao *contraditório real e efetivo* se dá pelo exercício do dever de estimular a participação prévia a respeito de qualquer questão, mesmo aquelas passíveis de exame de ofício, a fim de que as partes tenham real oportunidade de influir no julgamento.

Com efeito, não se concebe *contraditório real e efetivo* sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz. Assim, o juiz deve se valer de todas as armas que o ordenamento processual coloca à sua disposição para observar e fazer ser observado o princípio do contraditório.

O contraditório real e efetivo, portanto, é “*aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de participação efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado*”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

<sup>14</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

<sup>15</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82-83.

<sup>16</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

Vê-se, assim, que o juiz tem o dever de zelar pelo contraditório real e efetivo, proporcionando às partes possibilidade de efetiva participação e influência durante o processo. Nesse sentido, o artigo 7º do Código de Processo Civil em vigor, dispõe, *in verbis*, que é “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Mostra-se de maneira desanuviada, portanto, que o contraditório, destinando-se também ao juiz, não pode ser compreendido mais como a mera bilateralidade de instância, mas sim como verdadeira garantia de participação ou de influência na formação da decisão.

Referida concepção, do contraditório em sentido fraco, como estamos aqui demonstrando, foi superada pela moderna doutrina. A propósito, esclarece Estêvão Mallet, citando José Lebre de Freitas, que:

Afinal, hoje não se entende mais o contraditório como a mera e limitada necessidade de ouvir-se a parte sobre o pedido inicialmente deduzido pelo autor. O contraditório é, no seu verdadeiro e pleno sentido, mais do que isso. É também a prerrogativa de “participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questão de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa”. Em resumo, prossegue o mesmo autor, “o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento do processo”<sup>17</sup>.

Observa-se que tal conceito, vez mais, dá enfoque à isonomia (plena igualdade das partes para que possa participar do processo) e conclui que a participação deve encontrar efetiva ressonância na decisão, isto é, deve a parte poder influenciar na decisão do juiz.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já anunciava, em 1993, que a concepção de contraditório então posta pela doutrina não refletia o real alcance do princípio:

---

<sup>17</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los.

Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo Juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual.

[...]

Como se constata, mostra-se insuficiente, no contexto delineado no presente trabalho, a velha definição da garantia do contraditório. O princípio deve ter por conteúdo também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando que seu exame decorra de decisão voluntária do órgão judicial, ou por imposição da regra *iura novit curia*<sup>18</sup>.

Veza mais se verifica que a doutrina mais atenta às garantias processuais constitucionais identifica, no contraditório, mais do que a mera bilateralidade de instância.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ressaltando que ao contraditório também se submete o juiz, colocam a questão em termos claros, indo ao encontro da doutrina que identifica no contraditório a garantia de influência da parte:

Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito *mais do que simples bilateralidade da instância*. Ao binômio conhecimento-reação tem-se acrescentado a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos*. Isso é: *direito de influência*. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a *gravar igualmente o juiz*. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele também se submeter*. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório<sup>19</sup>.

Rejeita também a concepção de que o contraditório se esgotaria na mera bilateralidade de instância Renzo Cavani, o qual é enfático ao aduzir que:

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 501-502.

Nada obstante, refletindo o contraditório a dialética própria do processo – por isso constituindo a sua própria essência –, aquele não pode ser entendido hoje como uma simples *bilateralidade da instância*, concepção que inclusive levou alguns a afirmar que o contraditório seria prescindível para a obtenção de uma decisão justa<sup>20</sup>.

De tal posição é também caudatário Cassio Scarpinella Bueno, o qual afirma que o contraditório, em seu contexto adequado – o de *direito fundamental* – deve ser entendido como o direito de influenciar, efetivamente, na formação da convicção do juiz ao longo do processo (garantia de influência)<sup>21</sup>. Nesse sentido, conclui que:

Não é despropositado acentuar, ademais, que o princípio do contraditório, máxime porque previsto expressamente ao lado do “princípio da ampla defesa” pelo mesmo texto constitucional (art. 5º, LV), tem que ser lido no sentido mais amplo, de “participação”, de “cooperação”, de “colaboração”, na linha que os parágrafos anteriores quiseram demonstrar. É que a não se pensar dessa forma, buscando, para ele, princípio do contraditório, formas mais amplas de seu emprego no “modelo constitucional do processo civil”, *sua função restaria apequenada, o que contraria a sua própria razão de ser e, superiormente, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal*. Destarte, a compreensão “restrita” do contraditório como “defesa” (mesmo que ampla) do réu deve ser descartada no direito brasileiro até mesmo em função da forma pela qual ele foi previsto e expressamente enunciado na Constituição Federal<sup>22</sup>.

Nessa toada, parece-nos particularmente elucidativa a lição de Renzo Cavani, o qual afirma que uma concepção do contraditório limitada ao binômio informação-reação corresponde à figura do contraditório em sentido *fraco*, já superada pela moderna processualística. Aponta ele que, atualmente, o contraditório é concebido de maneira *forte*, e trata-se de verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional. Em suas palavras:

Entender o contraditório como simples bilateralidade de instância implica que apenas as partes são os seus destinatários e que o conteúdo de dito princípio se esgota no binômio conhecimento-reação, é dizer, o direito de uma parte conhecer as alegações feitas no processo pela outra e de se

---

<sup>20</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 68.

<sup>21</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

<sup>22</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134, sem itálicos no original.

manifestar a respeito. Assim mesmo, essa visão exclui o juiz como mais um destinatário do contraditório, o qual tem enorme influência não apenas na forma de conduzir o debate judicial, mas também na própria motivação das decisões judiciais. Esse entendimento corresponde à figura de um *contraditório em sentido fraco*.

Contraposto à noção de contraditório fraco encontra-se o *contraditório em sentido forte*. Já não se trata apenas de um direito de conhecer e reagir, mas principalmente de um verdadeiro *direito de influência* no desenvolvimento do processo e na formação da decisão que, como ato de poder do Estado, será suportada pelas partes. O contraditório já não pode ser entendido apenas como a caracterização da essência do processo. Se é bem verdade que esse enquadramento é absolutamente correto, o contraditório não pode se esgotar nessa dimensão, mas, na realidade, deve ser visto como valor-fonte do próprio processo, capaz de promover o exercício de uma democracia participativa e o de ser um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.

Assim, contemplado o contraditório como um autêntico direito fundamental processual, cujo núcleo duro está composto pela cabal participação dos seus destinatários (juiz e partes) no processo, habilitados, dessa maneira, a influir no seu desenvolvimento e resolução, fica claro que o contraditório *jamaís pode ser excluído da estruturação do processo*<sup>23</sup>.

Como visto, Renzo Cavani comunga do entendimento sustentado por André Pagani de Souza e Fredie Didier Jr., concluindo, de igual modo, que o contraditório, entendido como garantia de participação das partes na formação da decisão jurisdicional, é expressão da própria democracia.

Comentando o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República (o qual tem aplicabilidade imediata por força do disposto em seu § 1º<sup>24</sup>), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta também que:

Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos judiciais<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 69-70.

<sup>24</sup> “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.



Ademais, no que diz respeito à posição sustentada por Marcus Vinicius Rios Gonçalves no sentido de que o contraditório teria maior amplitude no processo penal, nada há, no ordenamento jurídico, que justifique tal distinção entre o referido princípio no âmbito do processo civil ou penal. Veja-se que o contraditório está expressamente previsto na Constituição da República (art. 5º, LV), e, portanto, os “valores constitucionais a serem realizados pelo processo, civil ou penal, são os mesmos. O ‘modo de ser’ do processo é um só, totalmente vinculado à Constituição Federal”<sup>26</sup>, como bem leciona Cassio Scarpinella Bueno.

Desse modo, fixada está a premissa que assentará este trabalho: o contraditório deve ser entendido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da convicção da decisão a ser proferida pelo Estado-juiz, não mais se limitando ao binômio informação-reação.

Por fim, como último tópico antes de adentrarmos especificamente no âmbito das decisões-surpresa, contudo, passaremos a demonstrar que o contraditório guarda profundas relações com o dever de fundamentação das decisões judiciais, o qual também é garantido constitucionalmente.

### **1.3 O dever de fundamentação das decisões judiciais como garantia de análise dos argumentos das partes**

Devidamente demonstrado que o contraditório é, repise-se, verdadeira garantia de participação no processo, cumpre-nos salientar, ainda, que não basta que seja possibilitada a manifestação da parte. Tal manifestação deve encontrar *efetiva ressonância* na decisão que será proferida pelo julgador:

Na perspectiva adotada, cada um dos contraditores pode exercer um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e ao mesmo tempo deve suportar os controles e reações dos outros participantes. Além disso, o prolator do pronunciamento deve considerar os resultados assim obtidos.

---

<sup>26</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133. Veja-se que, na frase em questão, o doutrinador aponta que não há como se acolher a distinção entre “verdade real” (que seria aplicável ao processo penal) e “verdade formal” (esta, aplicável ao processo civil) feita por parte da doutrina, pela mesma razão apontada em nossa transcrição: o modo de ser do processo, seja penal ou civil, é totalmente vinculado à Constituição Federal, que não faz tal distinção. E, havendo a mesma razão, chega-se à mesma conclusão acerca do contraditório.

O último requisito exige suma importância, visto que o direito fundamental constituiria pura ilusão, se ignorada pelo órgão judicial a participação dos interessados. Em tal hipótese não haveria diálogo, mas monólogo, a contradizer o próprio conceito de processo e afrontar o direito fundamental ora sob análise<sup>27</sup>.

Noutras palavras: de nada valeria a possibilidade de manifestação da parte no processo se esta não tivesse de ser levada em conta – ainda que para ser repelida – quando do proferimento da decisão. *Seria um verdadeiro contrassenso a garantia do contraditório*, ou, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, acima transcritas, uma “pura ilusão”.

Referido doutrinador leciona, ainda, que os princípios da cooperação e da lealdade realçam a necessidade, já imposta pelo contraditório, de serem, os argumentos lançados pelas partes, considerados pelo juízo quando da decisão. Ressalta, no entanto, que tal dever do juízo (de enfrentar os argumentos das partes) limita-se aos que não sejam “manifestamente irrelevantes” para o deslinde do processo<sup>28</sup>.

O dever de enfrentar os argumentos das partes – que já decorria do princípio do contraditório, como visto – veio reforçado pelo § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil em vigor<sup>29</sup>, o qual inclusive ressalva, em seu inciso IV, que os argumentos que devem ser enfrentados pelo juízo são aqueles “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, e não os manifestamente irrelevantes.

Nesse sentido, ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que:

---

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

<sup>29</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

É importante perceber, porém, que o art. 489, § 1.º, IV, *não visa a fazer com que o juiz rebata todo e qualquer argumento invocado pelas partes no processo*. O Poder Judiciário tem o dever de dialogar com a parte a respeito dos *argumentos capazes de determinar por si só a procedência ou improcedência de um pedido – ou de determinar por si só o conhecimento, não conhecimento, provimento ou desprovimento de um recurso*. Isso quer dizer que todos os *demais argumentos* só precisam ser considerados pelo juiz com o fim de *demonstração de que não são capazes de determinar conclusão diversa* daquela adotada pelo julgador<sup>30</sup>.

Também Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, tratando da devida fundamentação das decisões judiciais, decorrente do artigo 93, IX<sup>31</sup>, da Constituição da República, sustentam que a parte tem o direito de ver seus argumentos analisados pelo juízo:

Há uma decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 24.268/04 – Min. Gilmar Mendes) da qual, embora diga respeito ao direito administrativo, é possível retirar uma autêntica homenagem ao preceito/princípio que obriga a fundamentação/motivação das decisões judiciais, com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, demonstrando que as partes têm os seguintes direitos: (a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O acórdão incorpora, ainda, a doutrina de Durig/Assmann, ao sustentar que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento

---

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445-446.

<sup>31</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

(*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)<sup>32</sup>.

Justamente quando do proferimento da decisão – mediante a leitura de sua fundamentação – é que as partes terão condições de verificar se seus argumentos foram, de fato, analisados séria e detidamente pelo juízo, ou seja, se a garantia do contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais foram devidamente respeitados.

Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes não destoam do que foi até aqui exposto, e identificam na garantia de fundamentação racional das decisões, decorrente em nosso ordenamento do artigo 93, IX, da Constituição da República, um “desígnio constitucional para que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional”<sup>33</sup>.

E a participação das partes, como tivemos a oportunidade de até aqui expor, decorre diretamente do princípio do contraditório, razão pela qual sustentamos que este está umbilicalmente ligado ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

A doutrina aponta, ainda, que a formação da decisão está condicionada a um prévio diálogo entre os jurisdicionados e o julgador a respeito da questão levada a juízo<sup>34</sup>. Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que tal debate prévio se dá acerca da “*seleção do material* que servirá à interpretação e à aplicação do direito”<sup>35</sup>, e que:

Essa seleção, dimensionada a partir das manifestações das partes e eventualmente por indicações do juiz (*Hinweispflicht*), cria a *expectativa*

---

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 93. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324.

<sup>33</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 200.

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

*legítima* para as partes de que a decisão será fundamentada dentro da moldura delineada pelo debate processual<sup>36</sup>.

Por tais razões, sustentam tais doutrinadores, mormente pautados pelo artigo 489 do Código de Processo Civil, que especifica o dever de fundamentação já garantido constitucionalmente, que não se considera fundamentada a decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra (artigo 489, § 1º, inciso III, do Código de Processo Civil) e que não enfrente todos os argumentos das partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ela adotada (artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil)<sup>37</sup>.

Nesse sentido, acerca da decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra, discorrem que, com “fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado”<sup>38</sup>.

Dessarte, na linha seguida por este trabalho, que demonstra que o contraditório é verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional, resta evidente que tal vício na fundamentação fere de morte a garantia do jurisdicionado, que não tem seus argumentos considerados quando proferida a decisão em solitária onipotência do julgador.

Tratando-se do inciso IV do dispositivo em questão – que não considera fundamentada a decisão que não enfrente todos os argumentos das partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador –, tal compreensão, vez mais, só pode ser feita de maneira adequada partindo-se da premissa fundamental de que o contraditório é garantia de influência na formação da decisão.

É esclarecido em nossa melhor doutrina que, quando imperava a concepção clássica ou fraca do contraditório, então limitado à bilateralidade de instância, bastava ao

---

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

juiz julgador, para ter considerada fundamentada sua decisão, que demonstrasse as razões pelas quais adotou a conclusão que vinha inserta no dispositivo.

Para tanto, era suficiente que não houvesse contradição entre as proposições constantes da decisão (a contradição *interna* do julgado, que dá ensejo à oposição dos embargos de declaração atualmente), de modo que se partia de critério *intrínseco* a fim de se verificar se devidamente fundamentada<sup>39</sup>.

No entanto, compreendendo-se o contraditório em sentido forte, não mais a fundamentação pode ser avaliada tão somente a partir de um critério a ela intrínseco. Agora, está também subordinada a um critério *extrínseco*, a saber, a consideração dos argumentos das partes:

Se contraditório significa direito de influir (arts. 7.º, 9.º e 10), é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo, de consideração*. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*. Daí a razão pela qual não basta o critério da não contradição: além de não ser contraditória, a fundamentação tem sua completude pautada também por *critério extrínseco* – a consideração pelos argumentos desenvolvidos pelas partes em suas manifestações processuais<sup>40</sup>.

Em linha de conclusão do que até aqui expusemos, é importante que se diga que foi absolutamente superada por nossa doutrina a concepção fraca do contraditório. Atualmente – e gize-se, esta é a premissa que assenta este trabalho – o contraditório é concebido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão. Implica dizer: mais do que participação ficta, todos os argumentos deduzidos pela parte no processo terão de ser enfrentados pelo órgão julgador quando do proferimento da decisão, sem o que

---

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

não se considerará fundamentada a decisão nos moldes em que constitucionalmente exigida, e que vem expressos no artigo 489 do Código de Processo Civil.

Tudo isso posto, temos agora condições de tratar das decisões-surpresa e de sua vedação em nosso processo civil, o que passamos a fazer.

## 2 DA VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA

Bem entendida a questão posta no capítulo anterior, a de que o contraditório é verdadeira *garantia de influência* da parte, podemos, então, analisar o que são as chamadas “decisões-surpresa”, estudando sua vedação inclusive no âmbito do direito comparado, e entender as consequências de seu proferimento. Para adentrarmos a tais questões, contudo, primeiro temos de entender o que é isto – a decisão-surpresa.

### 2.1 O que é decisão-surpresa?

Se, como vimos, o contraditório é a garantia constitucional de efetiva influência da parte na formação da decisão, por certo é que o juiz não pode decidir com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado àquela oportunidade de se manifestar. Tendo decidido sem oportunizar à parte prévia manifestação, a *surpreenderá* com a decisão. Daí é que advém o termo decisão-surpresa.

Enxergam como decorrência do princípio do contraditório a vedação das decisões-surpresa também Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Para eles:

Por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em *todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes*, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes (art. 10). Em outras palavras, veda-se o juízo de “*terza via*”. Há proibição de *decisões-surpresa* (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado<sup>41</sup>.

Isto é, decisão-surpresa é aquela que tem por fundamento matéria, de fato ou de direito, sobre a qual não foi oportunizado à parte prévio debate. Implica dizer: *é uma decisão tomada sem que a parte tenha tido a possibilidade de nela influenciar*.

Em obra dedicada ao estudo do tema, André Pagani de Souza conceitua a decisão-surpresa da seguinte maneira:

---

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.



Nesse contexto, *decisão-surpresa* é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a *decisão-surpresa* é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a *decisão-surpresa* – podem ser questões de fato ou de direito a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram *ventiladas* no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório<sup>42</sup>.

Seguindo a mesma linha de entendimento, porém de maneira mais sucinta, Welder Queiroz dos Santos expõe que *decisão-surpresa* “é aquela que contém, como fundamento, matéria, de fato ou de direito, que não tenha sido previamente oportunizada a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito”<sup>43</sup>.

A doutrina é uniforme, portanto, ao identificar *decisão-surpresa* como aquela que tem por fundamentos elementos até então não debatidos no processo, advindos tão somente da convicção do julgador que, de maneira isolada e sem qualquer manifestação das partes sobre o tema, num verdadeiro *monólogo*, a profere, surpreendendo, portanto, os jurisdicionados.

No mesmo sentido, esclarece Estêvão Mallet que:

A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no processo – pouco importa trata-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja – produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de “*decisão-surpresa*”, “*decisão solitária*” ou, ainda, “*sentença de terceira via*”<sup>44</sup>.

Logo em seguida, esclarece que “tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136-137.

<sup>43</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “*decisão surpresa*” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

<sup>44</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “*decisão-surpresa*”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>45</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “*decisão-surpresa*”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

Resta claro, dessarte, que a ideia de decisão-surpresa está intimamente ligada ao contraditório como garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional. Desse modo, todos os fundamentos da decisão precisam ser previamente debatidos no processo, de modo que se garanta, de fato, a participação das partes no provimento, mediante a análise séria e minuciosa de seus argumentos.

Caso o fundamento da sentença seja matéria, de fato ou de direito, até então não aventada no processo, isto é, sem que a parte tenha tido a chance de expor seu próprio argumento sobre o tema e, assim, influenciar na decisão proferida pelo Estado-juiz, estar-se-á diante da chamada decisão-surpresa, a qual é vedada por nosso ordenamento jurídico, como veremos.

## **2.2 Vedação das decisões-surpresa no processo civil brasileiro**

Decisão-surpresa, como vimos, é aquela que contém, como fundamento, matéria sobre a qual não foi oportunizado prévio debate às partes, de modo que estas não puderam influenciar em sua formação. E, sendo o princípio do contraditório verdadeira garantia de influência ou participação da parte na formação da decisão, *não são necessários grandes esforços hermenêuticos para se chegar à conclusão de que a decisão-surpresa é contrária à garantia processual da parte*, razão pela qual é vedada pelo ordenamento.

Reiteramos, nesse sentido, que o princípio do contraditório, por si só, é bastante a vedar no ordenamento o proferimento de decisão-surpresa, vez que garante a influência do jurisdicionado na formação da decisão judicial. Por isso é que Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes chegam mesmo a afirmar que referido princípio constitui uma garantia de não ser surpreendido:

Desse modo, o *contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do

processo, mesmo que o objeto decisório corresponda a matéria apreciável de ofício<sup>46</sup>.

Adicionalmente, o Código de Processo Civil em vigor inovou ao trazer, no bojo seu artigo 10, *in verbis*, que:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Trata-se da consagração da vedação das decisões-surpresa na legislação infraconstitucional, que agora contém dispositivo expresso para tanto.

Bem esclarece Welder Queiroz dos Santos, a propósito, que referido dispositivo (artigo 10 do Código de Processo Civil) não se trata de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, como demonstramos acima, porque a vedação já decorria do princípio do contraditório. Em verdade, trata-se de uma inovação apenas no próprio Código de Processo Civil brasileiro, que pela primeira vez contém dispositivo expresso acerca da vedação das decisões-surpresa:

Do ponto de vista teórico, não se trata propriamente de uma novidade. A vedação da *decisão surpresa*, no sistema processual civil brasileiro, é conteúdo do direito fundamental ao contraditório, ao lado dos direitos de comunicação dos atos processuais, de manifestação, de participação no desenvolvimento do processo, de influência no conteúdo das decisões e de ter os argumentos considerados, todos garantidos pelo art. 5.º, LIV, da CF/1988, que possui aplicabilidade imediata.

Como todas as normas infraconstitucionais devem ser analisadas, interpretadas e aplicadas de acordo com a Constituição (que possui força normativa), com os direitos fundamentais (que possuem eficácia e aplicabilidade imediata) e com os princípios (que possuem caráter normativo), logo, todas as regras processuais previstas no Código de Processo Civil devem respeitar o modelo constitucional do direito processual civil.

Entretanto, do ponto de vista pragmático, trata-se de uma inovação em um Código de Processo Civil brasileiro, já que, pela primeira vez, ter-se-á no Brasil a regra da vedação aos órgãos jurisdicionais de proferirem *decisão surpresa*<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 178.

<sup>47</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

Comunga do entendimento Estêvão Mallet, que, em trabalho produzido enquanto o projeto do Código de Processo Civil atualmente em vigor ainda tramitava no Legislativo, afirmava, a respeito do artigo 10 aqui mencionado, que:

De qualquer sorte, não importa que ainda não exista regra do gênero já positivada e aplicável ao processo civil ou ao processo do trabalho. A exigência, como adverte a doutrina especializada e deflui do assinalado até aqui, é desdobramento da garantia do contraditório e “decorre diretamente da cláusula do devido processo legal”. É, aliás, o que explica haver a jurisprudência considerado indispensável, mesmo sem regra legal positivada, abrir o contraditório quando oferecidos embargos de declaração com efeito infringente, solução que veio a ser inclusive incorporada a alguns regimentos internos de tribunais. No caso, foi-se claramente além do direito posto, tudo para assegurar o respeito ao contraditório e à ampla defesa<sup>48</sup>.

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já sustentava, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, ao discorrer sobre a vedação expressa existente na França, que em nosso ordenamento ela decorre diretamente do princípio do contraditório:

Embora não haja no sistema jurídico brasileiro regra semelhante a essa, as suas determinações podem ser estabelecidas por aplicação do princípio, assegurado constitucionalmente<sup>49</sup>.

Resta evidente, portanto, que no ordenamento jurídico pátrio a vedação das decisões-surpresa decorre do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, cuja aplicabilidade é imediata, por força do disposto em seu § 1º.

Todavia, vemos referida inovação com bons olhos.

Inicialmente, por tornar expresso aquilo que dependia de todo o raciocínio até aqui demonstrado, passando pela evolução na concepção do princípio do contraditório, hoje não mais limitado à mera bilateralidade de instância. A posição, contudo, já era pacífica em nossa melhor doutrina, como demonstramos neste trabalho.

Por essa razão, além de consagrar a posição que já era a mais acertada, acreditamos que referida dispositivo ganhará exponencial importância no ordenamento a fim

---

<sup>48</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 435.

de possibilitar, principalmente, a interposição de recurso especial por sua violação, garantindo um maior controle das decisões jurisdicionais.

Explica-se: eventual decisão-surpresa até então proferida, como demonstramos, violava – e viola – o princípio do contraditório, garantido pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Desse modo, contra as causas decididas em única ou última instância que causassem surpresa à parte, teria ela de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com escoro no artigo 102, inciso III, alínea *a*<sup>50</sup>, argumentando violação a referido dispositivo.

Entretanto, a partir do *leading case* ARE 748371<sup>51</sup>, o Supremo Tribunal Federal firmou posição de que não há repercussão geral em recurso extraordinário que argumente ofensa ao princípio do contraditório, a qual seria meramente reflexa à Constituição da República, dependendo, para conhecimento, de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Dessarte, o recurso extraordinário eventualmente interposto sequer seria conhecido, por força do disposto no § 3º do artigo 102 da Constituição da República<sup>52</sup>, ficando sem meios, o jurisdicionado, de impugnar a decisão.

Agora, existindo dispositivo expresse na legislação infraconstitucional que veda o proferimento das decisões-surpresa, acreditamos que será possível um maior controle das decisões judiciais, mediante interposição do pertinente recurso especial por violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*<sup>53</sup>, também da Constituição da República.

---

<sup>50</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;”.

<sup>51</sup> “Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral”.

(ARE 748371 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

<sup>52</sup> “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>53</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

## 2.3 Vedação das decisões-surpresa no direito comparado

Devidamente demonstrada, portanto, a pertinência da inovação constante do artigo 10 do Código de Processo Civil que, ademais, faz com que o Brasil acompanhe a moderna tendência da legislação comparada, que há muito já reconhecia também tal vedação.

Exemplificativamente, veremos como se dá a vedação das decisões-surpresa na Alemanha, na França, em Portugal, na Áustria e na Itália, uma a uma, nesta ordem.

### 2.3.1 Na Alemanha

A Alemanha foi pioneira na positivação de dispositivo acerca da vedação das decisões-surpresa no processo civil<sup>54</sup>. Originalmente constante do § 278, III, do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*, abreviadamente ZPO) desde 1976, a regra da vedação das decisões-surpresa em terras germânicas foi aperfeiçoada pela Lei sobre a Reforma do Processo Civil, de 2001, e hoje consta do § 139 do ZPO<sup>55</sup>, possuindo a seguinte redação:

§ 139 – Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para complementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção

---

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”.

<sup>54</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

<sup>55</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As comunicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito<sup>56</sup>.

Como visto na transcrição acima, na Alemanha, “as partes de um processo não podem ser surpreendidas por decisão fundadas em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento, em razão do princípio do contraditório”<sup>57</sup>.

A vedação das decisões-surpresa, então, decorre diretamente do § 139, (2), do ZPO, o qual abrange não só questões jurídicas, mas também fáticas, consoante expressa disposição legal.

### **2.3.2 Na França**

Na França, dispõe o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*:

Artigo 16.

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.

Não pode considerar, na sua decisão, os pontos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que tenham sido objeto de debate em contraditório.

Não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações<sup>58</sup>.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tratando do contraditório na França, afirma que referida norma “resume toda a amplitude alcançada pelo princípio na sua moderna concepção”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

<sup>57</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117.

<sup>58</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 435.

O dispositivo evidencia que há muito tempo o direito posto francês reconhece a dupla destinação do princípio do contraditório (às partes e ao juiz), tanto que o faz de maneira expressa em referida norma.

E justamente por se submeter ao princípio do contraditório é que o juiz não pode proferir decisão que tenha por fundamento questões, de fato ou de direito, ainda que cognoscíveis de ofício, sobre as quais as partes não tenham tido oportunidade de manifestação prévia.

Nesse sentido, leciona André Pagani de Souza sobre o princípio do contraditório no direito francês que:

Na prática, o respeito do contraditório pelo juiz consiste em convidar as partes a se manifestarem sobre os pontos que ele pretende levar em consideração na sua decisão, provocar suas explicações quando houver debates ou, ainda, converter o julgamento em diligência para reabrir a instrução ou os debates, quando entender necessário. Somente depois dessas providências é que o magistrado poderá decidir e fundamentar sua decisão em matéria que tenha sido objeto dessa atividade verdadeiramente preparatória do seu ato decisório<sup>60</sup>.

Resta evidente, portanto, que também o direito francês veda as chamadas decisões-surpresa, as quais constituem clara ofensa ao princípio do contraditório.

### 2.3.3 Em Portugal

Também o direito português, mediante seu Código de Processo Civil em vigor (aprovado em 2013), repetindo disposição que constava do anterior, reza, em seu artigo 3º, número 3, que:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

<sup>61</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.



Para André Pagani de Souza, também em Portugal “há muito tempo não se questiona haver no princípio do contraditório uma dupla destinação, sendo ele dirigido às partes e ao juiz, que deve cumpri-lo e também fazer com que ele seja cumprido”<sup>62</sup>, sendo que referida conclusão decorre do próprio dispositivo acima transcrito, que dispõe que o magistrado “deve observar e fazer cumprir” o princípio do contraditório.

E, como já demonstrado neste trabalho, destinar-se o contraditório também ao juiz significa que ele não pode decidir com fundamento em questão acerca da qual não tenham as partes previamente se manifestado, ainda que cognoscível *ex officio* a matéria, no que também é expresso o dispositivo legal.

#### 2.3.4 Na Áustria

Após a reforma de 2002, o direito austríaco passou a conter disposição expressa vedando o proferimento de decisão-surpresa, correspondente ao seu artigo 182a<sup>63</sup>. Albert Herke, analisando referido dispositivo, afirma que “*il giudice deve discutere con le parti le loro allegazioni in fatto e in diritto, evitando di pervenire a decisioni, appunto, ‘a sorpresa’, frutto di propri convincimenti non sottoposi al necessário preventivo vaglio di queste ultime*”<sup>64</sup>.

VeZ mais fica evidente a necessidade de prévia manifestação da parte, a ser devidamente analisada pelo juiz, a quem é vedado o proferimento de decisão que seja fruto somente de seu próprio convencimento, o que esgotaria a garantia do contraditório.

#### 2.3.5 Na Itália

---

<sup>62</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

<sup>63</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>64</sup> *Apud* MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Em tradução livre: o juiz deve discutir com as partes as alegações de fato e de direito por elas apresentadas, evitando proferir decisão, propriamente, “à surpresa”, que seja fruto somente de seu próprio convencimento, não submetida ao debate prévio das partes.

Na “velha bota”, o *Codice di Procedura Civile* italiano, sob a rubrica de *principio del contradditorio*, o qual apontamos vastamente neste trabalho como razão pela qual é vedada a decisão-surpresa, dispõe, em seu art. 101, que:

Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione<sup>65</sup>.

Mais uma vez a legislação comparada garante a prévia manifestação da parte sobre a matéria que será objeto de decisão judicial, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício.

Tratando do tema no direito italiano, Estêvão Mallet, citando Comoglio, afirma que, em razão da vedação das decisões-surpresa, fica o juízo obrigado a:

Provocare preventivamente il contradditorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronuncia<sup>66</sup>.

Mostra-se de maneira desanuviada, então, que a decisão proferida sem prévia possibilidade de manifestação do jurisdicionado sobre o tema é vedada no ordenamento jurídico italiano. Desse modo, deve o juiz provocar previamente o contraditório pleno das partes para que possa validamente decidir sobre a matéria.

---

<sup>65</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Em tradução livre: o juiz, salvo disposição em contrário da lei, não pode proferir decisão sobre alguma demanda, se o polo passivo não for regularmente citado e não comparecer nos autos. Ao constatar questão de ofício, não deve o juiz proferir uma decisão de plano, antes deve intimar as partes, sob pena de nulidade, em prazo não inferior a vinte dias e não superior a quarenta dias, para que depositem em cartório memoriais contendo observações sobre a referida questão.

<sup>66</sup> MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Em tradução livre: provocar previamente o contraditório pleno das partes sobre cada questão, de fato ou de direito, havendo a possibilidade de proferir decisão interlocutória, que ele considerar de ofício, somente depois proferindo decisão sobre o tema.

## 2.4 A surpresa como causa de nulidade da decisão

Vimos, portanto, a definição de decisão-surpresa, e como esta é vedada em nosso ordenamento jurídico, porque violadora do princípio do contraditório no plano constitucional e, atualmente, do artigo 10 do Código de Processo Civil na legislação infraconstitucional. Adicionalmente, vimos que a legislação brasileira encontra-se de acordo com a moderna legislação processual comparada, que privilegia o contraditório como garantia de influência da parte na formação da decisão judicial.

Tudo isso posto, surge uma questão de máxima pertinência para o estudo da vedação das decisões-surpresa: qual a consequência de seu proferimento se ela, como vimos, fere de morte o princípio do contraditório?

Fredie Didier Jr., sem meias palavras, vai direto ao cerne da questão, respondendo à questão que expusemos acima: “Decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório”<sup>67</sup>.

É a mesma posição de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, os quais afirmam que a “decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório”<sup>68</sup>. Por isso, afirmam, com escoro nas lições de Bender e Strecker, que “a decisão de surpresa é um câncer na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram justiça no Direito”<sup>69</sup>.

Também Renzo Cavani sustenta que a decisão-surpresa será absolutamente nula, por violação ao princípio do contraditório:

São totalmente inaceitáveis, portanto, as “decisões-surpresa” ou de *terza via*, por violar o núcleo duro do direito fundamental ao contraditório. É por isso que o ato jurisdicional estará maculado por um *vício extraformal* produto de um “inválido exercício, por parte do juiz, do poder de decisão, dando lugar à nulidade do provimento”<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 82.

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 190.

<sup>69</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 194.

<sup>70</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 73. O texto entre aspas é citação da obra de Vittorio Denti, e Renzo Cavani discorre, em sua nota de rodapé de número 31, ainda na página 73 da *Revista de processo*, que “o tema dos vícios formais e extraformais é muito complexo e não pode ser desenvolvido nesta oportunidade. Uma ideia muito clara sobre o tema (do qual sou partidário) encontra-se em Vittorio Denti, *Voz*:

Parece-nos ser essa a conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Discorre, o doutrinador, acerca da inadmissibilidade de serem, as partes, surpreendidas por decisão que tenha por fundamento matéria sobre a qual não tenham podido previamente se manifestar, e afirma que, em casos tais, “permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição”<sup>71</sup>.

Não destoa dos demais Estêvão Mallet, o qual também enfrentou o tema, para ao fim concluir que decisão-surpresa é nula, havendo “vício processual insanável, pela ofensa aos incisos LIV e LV, da CF”<sup>72</sup>. Em suas palavras:

Se, como se procurou mostrar ao longo dos itens anteriores, a prolação de decisão-surpresa infringe as garantias do contraditório e do devido processo legal, pouco importa não tenha sido deferido algo diverso do pedido. Mesmo que o resultado final seja o que foi postulado, a nulidade permanece. O vício não decorre do resultado, mas do meio para alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes<sup>73</sup>.

Nesse particular, destacamos sua posição: para ele, ainda que seja para deferir o que foi postulado pelo jurisdicionado, é vedado ao juiz proferir decisão-surpresa, podendo inclusive a parte vencedora arguir a nulidade do julgado, pois o vício não decorre do resultado, mas do meio. Isto é, ainda que tenha sido deferido à parte o que ela postulava, não foi garantida sua participação no processo, tampouco influenciou na formação da decisão que proferida. Desse modo, subsiste a ofensa ao princípio do contraditório.

É partidário da conclusão de que a decisão-surpresa caracteriza nulidade processual por violação ao princípio do contraditório também André Pagani de Souza<sup>74</sup>, que ressalta que o prejuízo advém do dano perpetrado à garantia de participação da parte no processo e de sua garantia de influência na formação da decisão:

---

invalidita (diritto processuale civile). *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. Milão: Giuffrè, 1997, vol. I, p. 711.” Estendemos sua colocação à essa monografia quando afirma que o tema é complexo para ser discorrido aqui, e inclusive fugiria ao âmbito do trabalho, razão pela qual não foi feita pesquisa sobre ele.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>72</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>73</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>74</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

Em suma, a violação ao princípio do contraditório, em razão da prolação de uma decisão-surpresa, enseja um *prejuízo processual* para a parte e um *cerceamento de defesa*. Assim, a consequência da decisão-surpresa é a sua nulidade, que deverá ser declarada (uma vez verificado o prejuízo). Ou seja, nem sempre será o caso de declaração da nulidade. Há que se tomar o cuidado de verificar se no caso concreto houve a *garantia de participação*. Somente na hipótese de não ter sido assegurada a participação é que se justifica a declaração de nulidade. O “prejuízo” necessário para a declaração da nulidade é o dano causado aos objetivos da *participação* do processo em contraditório. Se o procedimento ficar maculado, mas a garantia de participação sair ilesa, não há nulidade a ser declarada, segundo a máxima “*pas de nullité sans grief*”<sup>75</sup>.

Ressalva-se que, tendo sido garantida a participação da parte na formação da decisão, respeitado estará o princípio do contraditório, de modo que por tal razão não haverá que se falar em nulidade.

Também caudatário da posição de que a decisão-surpresa é nula por violação ao princípio do contraditório, Welder Queiroz dos Santos, muito embora analisando o tema no âmbito do direito comparado, afirma que na “Alemanha não há previsão expressa de sanção em caso de prolação de *decisão surpresa*, em que pese sua eventual nulidade devesse ser extraída do sistema processual”<sup>76</sup>.

Ainda em seu estudo sobre a vedação das decisões-surpresa na Alemanha, declaradamente voltado a “contribuir com a interpretação e aplicabilidade do art. 10 do Novo CPC brasileiro”, reforçando a posição acima transcrita, Welder Queiroz dos Santos sustenta que:

Por fim, a ausência de sanção expressamente prevista em lei para o caso de inobservância e de violação pelos órgãos jurisdicionais da regra da vedação de *decisão surpresa* e dos deveres a ela relacionados, no direito processual civil alemão, faz com que eles nem sempre sejam observados, de modo que a inclusão de sanção expressa teria uma função de incentivo e de dissuasão. Assim, extrai-se da experiência alemã a necessidade de se incluir uma previsão expressa de nulidade para a *decisão surpresa* no sistema processual civil brasileiro<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159-160.

<sup>76</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

<sup>77</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

Muito embora a nulidade da decisão-surpresa decorra do modelo de direito processual civil que vem traçado desde a Constituição da República, por violação ao princípio do contraditório, comungamos do entendimento acima esposado, no sentido de que seria pertinente a previsão expressa na legislação infraconstitucional. Aliás, tal medida iria ao encontro da legislação italiana, como já vimos em tópico próprio, que veda a decisão-surpresa no artigo 101 de seu Código de Processo Civil, “*a pena di nullità*”.

Ante o exposto, e sob pena de nulidade, conclui-se que é vedado ao juiz proferir decisão que tenha por fundamento matéria, de fato ou de direito, sobre a qual não tenha sido oportunizado à parte prévio debate, o que violaria o princípio do contraditório e também a legislação infraconstitucional (artigo 10 do Código de Processo Civil).

Todavia, ao que parece, a inovação advinda da edição de referida norma no plano infraconstitucional enfrenta resistência de parcela na doutrina e também de alguns setores ligados ao Judiciário, que negam a aplicabilidade plena da vedação em nosso processo civil.

Adicionalmente, e também visando à contribuição acerca do real alcance da vedação das decisões-surpresa em nosso ordenamento e sua correta interpretação, discorreremos sobre algumas situações em que ela é plenamente aplicável.

### **3 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA E SUA APLICABILIDADE**

A partir de agora, vista a real dimensão do direito ao contraditório, ou seja, como garantia de não ser surpreendido no processo, e bem conceituada a decisão-surpresa, passaremos a estudar algumas hipóteses nas quais incidirá a vedação, muito embora haja resistência por parte da doutrina e por determinadas instituições.

Nessa toada, como bem apontaram Dierle José Coelho Nunes e Lúcio Delfino acerca do artigo 10 do Código de Processo Civil, que veda, no plano infraconstitucional, as decisões-surpresa:

Mas no Brasil nada é simples. Por mais que a doutrina de cabeça procure demonstrar que o direito-não-pode-ser-meramente-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-ele-é, setores há que se mostram resistentes e se apegam a um conservadorismo sem respaldo constitucional. É difícil apontar as justificativas da “queda de braço”, mas não se pode desprezar razões consequencialistas (com supostos fins de facilitação do trabalho judicial), ignorância acerca das implicações envolvidas na mudança, apego à comodidade e mesmo motivos afetos ao prestígio pessoal e à manutenção de poder<sup>78</sup>.

De modo que nos cumpre, aqui, enfrentar referida resistência contra a aplicação do instituto, de natureza constitucional. Não temos, todavia, a pretensão de esgotar a matéria, tratando de todas as hipóteses de decisões-surpresa existentes, mas sim de estudar algumas questões pontuais acerca da aplicabilidade da vedação.

Bem delimitado o objetivo proposto, passamos a analisar algumas hipóteses.

#### **3.1 A vedação das decisões-surpresa e as matérias cognoscíveis *ex officio***

Questão que se coloca na doutrina é se a possibilidade de influência da parte na decisão se estende às questões cognoscíveis de ofício pelo juiz. Noutras palavras: tratando-se de decisão que pode ser decidida de ofício, deve o juiz colher a manifestação das partes, e

---

<sup>78</sup> NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

avaliá-las, antes de decidir? Ou a possibilidade de decidir acerca da matéria, mesmo que ausente qualquer provocação das partes, também dispensa a manifestação destas sobre o tema?

A título de exemplo, o § 5º do artigo 337 do Código de Processo Civil reza que o juiz conhecerá de ofício das seguintes matérias: (i) inexistência ou nulidade da citação; (ii) incompetência absoluta; (iii) incorreção do valor da causa; (iv) inépcia da petição inicial; (v) perempção; (vi) litispendência; (vii) coisa julgada; (viii) conexão; (ix) incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; (x) ausência de legitimidade ou de interesse processual; (xi) falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; (xii) indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Todas essas matérias – cognoscíveis de ofício – podem ser reconhecidas pelo juiz em sua decisão, independentemente de qualquer provocação das partes. A questão que se coloca é: as partes terão de se manifestar previamente sobre a matéria, caso queira, o juiz, conhecer de algum desses temas sem que tenha havido provocação?

Inicialmente, cumpre-nos lembrar que a própria redação definitiva do artigo 10 do Código de Processo Civil bem resolve a questão, ao destacar, *in fine*, que o juiz não pode decidir sem prévia manifestação das partes, “ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. A mera interpretação gramatical e a observância dos limites semânticos da norma demonstram que, ainda que cognoscível de ofício a matéria, às partes deve ser oportunizada prévia manifestação.

Todavia, não foi essa a conclusão adotada, ao que parece, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Em seminário voltado à discussão do Código de Processo Civil atualmente em vigor, ela aprovou o enunciado de número 4 acerca do tema, de seguinte teor: “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”<sup>79</sup>.

Como visto, malgrado não goze de qualquer força senão persuasiva o enunciado aprovado, mas apenas demonstre a posição de parcela da magistratura sobre o tema, denota-se que eles entendem pela relativização da participação da parte na formação da decisão, o que não se pode admitir.

---

<sup>79</sup> Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27.05.2016.



A incompetência absoluta (ou qualquer outra matéria de ordem pública e cognoscível *ex officio*) tem de ser previamente debatida com a parte antes que o juiz possa invocá-la, a fim de se respeitar plenamente o princípio do contraditório.

A doutrina não destoia de tal conclusão. Didática é a lição de Fredie Didier Jr. sobre o tema:

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. *Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido*<sup>80</sup>.

A distinção também é feita por Nelson Nery Junior, o qual afirma que a decisão sobre matéria cognoscível *ex officio*, muito embora independa de provocação das partes, será nula se não lhes for oportunizada prévia manifestação e garantia de participação:

A circunstância de se tratar de matéria de ordem pública evita a nulidade da decisão que sobrevier, pelo fundamento de que era desnecessária a provocação da parte para que o juiz ou tribunal pudesse decidir sobre a matéria de ordem pública. Mas não evita a nulidade da decisão por *cerceamento de defesa*, por desobediência ao contraditório, caso não se tenha dado oportunidade para as partes, previamente, tomarem conhecimento de que será possível ao juiz ou tribunal decidir determinada matéria *ex officio*<sup>81</sup>.

Elucidativas são as lições acima transcritas, que bem diferem a possibilidade de agir de ofício da de agir sem que as partes possam influenciar na decisão a ser tomada pelo Estado-juiz. A primeira possibilidade é certa e não se questiona; a segunda é vedada constitucionalmente, e tal vedação é ratificada no plano infraconstitucional pelo artigo 10 do Código de Processo Civil.

---

<sup>80</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 81.

<sup>81</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 264.

Renzo Cavani também diferencia a possibilidade de o juiz conhecer de ofício de determinada questão da possibilidade de decidir sem que as partes se manifestem previamente sobre o tema:

Nada obstante, aqui se deixam perceber duas questões bem diferentes: (a) a possibilidade de o juiz verificar de ofício a existência de um vício grave que possa afetar a idoneidade do procedimento (só assim pode ser entendida a equívoca figura das “nulidades insanáveis”); e (b) o *direito* das partes de influenciar na decisão que poderia decretar a nulidade. O primeiro guarda relação com o princípio inquisitivo em sentido processual, é dizer, com os poderes do juiz que se referem à condução do processo (poderes instrutórios, delimitação jurídica da causa, correção das irregularidades do procedimento etc.), enquanto o segundo refere-se exclusivamente ao *direito fundamental ao contraditório*<sup>82</sup>.

Como se vê, não há dúvida, na doutrina, de que é vedada ao magistrado a possibilidade de decidir em solitária onipotência, impondo às partes decisão sobre a qual não tenham podido influenciar, ainda que se trate de matéria de conhecimento oficioso.

Debruçando-se sobre o tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também leciona que:

Ainda em relação a questões que possam ser solucionadas de ofício pelo juiz (v.g., pressupostos processuais, condições da ação, nulidades absolutas), a decisão deve ser tomada só depois de ouvidas as partes a respeito, de forma a não lhes causar surpresa<sup>83</sup>.

Aliás, no trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já se encontrava, há muito, referida posição, sempre apontada como decorrência do princípio do contraditório:

Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por final, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, da inadequação ou improcedência da decisão que irá tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial,

---

<sup>82</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 66.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 434.

muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório<sup>84</sup>.

Saliente-se que, como bem destaca o autor, a influência das partes não é ficta: deve ser levada em conta pelo juízo – ainda que para rejeitá-la – e é bem provável que o jurisdicionado forneça informações ou elementos não apreensíveis num primeiro momento ou solitariamente pelo julgador.

Discorrendo acerca do real alcance da garantia do contraditório, e atento à moderna tendência mundial de vislumbrá-lo como verdadeira *garantia de influência* na formação da convicção do julgador, Cassio Scarpinella Bueno afirmava que:

Em alguns sistemas jurídicos, a concepção do *princípio da cooperação* mostra-se tão intensa que se veda ao magistrado que fundamente sua decisão em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por elas valorada, analisada diferentemente sem que lhe dê, *antes*, possibilidade de se manifestar. É dizer de forma direta: se o magistrado entende dar ao caso uma solução que, até aquele instante procedimental, não foi objeto de específica consideração, exame e reflexão pelas partes, elas têm o direito de, cientes de qual a análise que o juiz pretende fazer, sobre ela se manifestar *anteriormente*, de forma a que possam influenciar agudamente na convicção derradeira do juiz.

Importante destacar esta última observação. Esta faceta do princípio do contraditório mostra-se tão *forte* que impõe a sua observância mesmo naqueles casos em que, usualmente, a prévia e efetiva manifestação das partes não seria sequer concebida, vale dizer, na prática dos atos de ofício pelo magistrado<sup>85</sup>.

Gize-se que influência na formação da decisão só pode, por óbvio, ser exercida de maneira *prévia* ao proferimento desta, sob pena de esvaziamento da garantia. Por isso, aponta André Pagani de Souza que o juiz deve provocar o debate sobre a matéria cognoscível de ofício antes de tomar a sua decisão, “pois esse é o modo de agir do Estado-juiz no Estado Democrático e Social de Direito: às claras, sem surpresas, sem armadilhas”<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>85</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

<sup>86</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

Anota, ainda, que, “quanto mais as partes participarem da decisão que será proferida, mais próximo o Estado estará do ideal de democracia sobre o qual está alicerçado”<sup>87</sup>.

Nesse sentido, ele exemplifica que, verificando o juiz que há processo idêntico com sentença já transitada em julgado, deve possibilitar às partes manifestação, intimando-as a dizerem acerca do eventual reconhecimento de coisa julgada<sup>88</sup>.

Compartilha do entendimento Nelson Nery Júnior, para quem:

Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte<sup>89</sup>.

Não agindo dessa maneira, o juiz proferirá uma decisão-surpresa, violando o direito fundamental das partes ao contraditório. É o que sustenta Renzo Cavani:

Daí que o contraditório na perspectiva do Estado Constitucional exija, como regra, que toda decisão do juiz seja precedida da efetiva oportunidade de as partes nela influírem, ainda em se tratando de uma matéria que caiba ao juiz decidir *ex officio* (como no caso de diversos vícios ocorridos no procedimento). A razão disso é que, ao se permitir às partes manifestar-se, o juiz possuirá maiores informações ou elementos que serão determinantes na adoção da decisão. São totalmente inaceitáveis, portanto, as “decisões-surpresa” ou de *terza via* por violar o núcleo duro do direito fundamental ao contraditório<sup>90</sup>.

Um pouco mais adiante, o mesmo jurista afirma que uma decisão *ex officio*, ainda que decreta nulidade, se adotada sem possibilitar às partes prévia manifestação sobre o

---

<sup>87</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

<sup>88</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

<sup>89</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 262.

<sup>90</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 72-73.

vício, “nada mais é do que uma imposição do poder de forma autoritária, precisamente porque se impede que dita decisão seja construída mediante o diálogo e a participação”<sup>91</sup>.

Acerca das matérias cognoscíveis de ofício em confronto à vedação das decisões-surpresa, Estêvão Mallet anota que:

De fato, mesmo quando se trate de matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício pelo tribunal, inclusive matéria estritamente de direito, as garantias do contraditório e do devido processo legal, entendidas em seu correto e devido significado, impõem a sua prévia submissão a debate pelas partes, como evidencia a doutrina mais atenta à proteção dos direitos fundamentais dos litigantes<sup>92</sup>.

Por isso é que ele conclui que, ainda que se trate de matéria de conhecimento oficioso, se proferida sem que as partes tenham previamente se manifestado sobre o tema, haverá comprometimento da efetividade do contraditório, “como facilmente se intui”<sup>93</sup>.

Como visto mediante a acurada análise da doutrina realizada, chega-se à conclusão que, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício, ela não poderá ser utilizada como fundamento da decisão judicial se o magistrado não possibilitar às partes manifestação prévia sobre o tema, sob pena de nulidade por violação ao princípio do contraditório.

Isso posto, passaremos a analisar ainda outras questões que envolvem a aplicabilidade do instituto da vedação das decisões-surpresa.

### **3.2 O *iura novit curia* e o contraditório como garantia de não ser surpreendido**

Tratando-se de aplicação do direito, prevalece a máxima *iura novit curia*. Isto é, “ainda que as partes tenham situado a controvérsia em torno de determinadas situações jurídicas, não fica o juízo vinculado”<sup>94</sup>. Desse modo, o juiz pode aplicar a norma que entender

---

<sup>91</sup> CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 75.

<sup>92</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>93</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>94</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

adequada quando do proferimento de sua decisão, dando qualificação jurídica diversa ao fato daquela proposta pelas partes<sup>95</sup>.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) apresentou à Câmara dos Deputados, enquanto lá tramitava o projeto do então novo Código de Processo Civil, um “substitutivo” para a redação do artigo 10 acima mencionado (redação definitiva já transcrita neste trabalho), para que fosse acrescentada a qualificação jurídica do pedido como exceção à aplicação do dispositivo.

A redação final seria a seguinte: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, questões a respeito das quais possa pronunciar-se de ofício sem dar oportunidade às partes de prévia manifestação”. E então viria o parágrafo único: “O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência, nas hipóteses do art. 307 e à qualificação jurídica do pedido”<sup>96</sup>.

Desse modo, caso o juiz entendesse por dar qualificação jurídica diversa a pedido feito pelas partes, ele não as precisaria convidar a se manifestarem sobre o tema<sup>97</sup>.

No mesmo sentido, a ENFAM aprovou, em seu seminário voltado à discussão do Código de Processo Civil atualmente em vigor, o enunciado 1, de seguinte teor: “Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”. Na mesma oportunidade, editou ainda o enunciado 6, a saber: “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”<sup>98</sup>.

Infere-se, portanto, que estaria excluída da garantia de influência da parte a qualificação jurídica dos fatos levados a juízo, de modo que seria desnecessária a manifestação dos jurisdicionados sobre o tema, cabendo tão somente ao Estado-juiz impor sua decisão.

---

<sup>95</sup> MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

<sup>96</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 172-173.

<sup>97</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

<sup>98</sup> Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27.05.2016.

O enunciado 6 chega ao absurdo de dizer, de maneira clara, que não constituiria julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos diversos dos apresentados pelas partes.

Dierle José Coelho Nunes e Lúcio Delfino, estarecidos com o teor de tais enunciados, afirmam que:

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), em evento recentemente realizado, intitulado *O Poder Judiciário e o Novo CPC*, aprovou enunciado (Enunciado 1) que desdenha todo o ganho democrático que se pretendeu legislativamente com a implantação, no direito posto, do contraditório substancial. O que se verifica em seus termos é de arrepiar, e chega a surpreender até setores da doutrina mais descrentes em transformações reais<sup>99</sup>.

Por isso, prosseguem suas críticas quanto à resistência ao reconhecimento da real dimensão do princípio do contraditório e da vedação das decisões-surpresa no Brasil:

iii) O próprio evento promovido pela Enfam, circunscrito à participação de magistrados, já é emblemático e, por si só, até dispensaria a elaboração do malfadado Enunciado 1. É que, se o contraditório não implica influência das partes na construção das decisões judiciais, nada mais adequado que a magistratura se unir e definir, sozinha, os sinais de orientação com os quais deverão trabalhar juízes de todo o Brasil ao lidar com o novo CPC. Os juízes decidem como se deve interpretar cada qual dos dispositivos processuais, formando seus enunciados, e nós, os cidadãos-utentes da jurisdição, curvamo-nos comodamente àquilo por eles deliberado (!?).

iv) Se a expressão “fundamento” refere-se apenas ao substrato fático que “orienta o pedido”, o que fazer então com a parte final do artigo 10, que exige manifestação das partes inclusive sobre matérias apreciáveis de ofício? Desde quando prescrições, decadências, ausência de pressupostos processuais dizem respeito a “suportes fáticos que orientam o pedido”? Quer dizer que as matérias de “ordem pública” continuam impermeabilizadas ao contraditório, a despeito do que instituem o artigo 10 do novo CPC e a própria Constituição? Poder-se-ia imaginar que o enunciado não está formulado com exatidão. Isso não deixa de ser verdade! Mas também não se pode desprezar o desejo de implodir o edifício legislativo, minando a doutrina que ergueu o contraditório a condição de garantia de influência e não surpresa. Basta verificar que há, entre os enunciados aprovados, outros que seguem linha semelhante de entendimento<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

<sup>100</sup> NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

É evidente, com o devido respeito ao IBDP e à ENFAM, que nada há que justifique a posição por eles sustentada, que só impede a parte de influenciar na formação da convicção do magistrado, em clara ofensa ao contraditório e ao artigo 10 do Código de Processo Civil.

Bem aponta André Pagani de Souza, a propósito, que, dando nova qualificação jurídica ao pedido sem que as partes tenham previamente se manifestado sobre o tema, “o magistrado não atuará em cooperação com as partes e não será leal a elas e ao trabalho em conjunto do qual todos participam para obter o melhor resultado possível: o processo”<sup>101</sup>.

Referido doutrinador prossegue, esclarecendo que:

Por mais que o órgão judicial conheça o direito, não pode ele subestimar a capacidade das partes de trazer novas luzes para contribuir com a preparação do julgamento, uma vez que são elas que melhor conhecem os fatos, os documentos, as testemunhas e tudo o mais que ensejou o conflito que ele tem diante de si para decidir.

Em suma, é inegável que o magistrado pode dar qualificação jurídica aos fatos que lhe são apresentados, *desde que possibilite o debate prévio das partes sobre a norma jurídica que entende aplicável à espécie*, a fim de que não profira decisão que surpreenda as partes com fundamentos nunca antes debatidos no processo. Logo, pelas razões acima expostas, *data maxima venia*, não se pode concordar com a referida proposta de alteração do projeto de lei feita pelo IBDP<sup>102</sup>.

Veja-se que, conforme a lição acima transcrita, sequer se discute a possibilidade de que o magistrado dê qualificação jurídica diversa aos fatos narrados pela parte: por certo tem ele tal faculdade. Entretanto, para que seja válida referida decisão e para que possa dar qualificação jurídica diversa, as partes deverão ser previamente intimadas a fim de se manifestarem sobre o tema, e o magistrado deverá enfrentar todos os argumentos por elas lançados capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada (nos termos, aliás, do artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil).

O dispositivo acima apontado está em plena consonância com o que foi por nós exposto até aqui: o contraditório é verdadeira garantia de influência na formação da decisão a ser proferida pelo Estado-juiz. E essa influência deve ser real, efetiva, e não meramente ficta

---

<sup>101</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

<sup>102</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.



ou presumida. Por isso, não basta ao julgador que colha a manifestação das partes; deve ele analisar, séria e detidamente, todos os argumentos por elas lançados nos autos, capazes de, em tese, infirmar a conclusão que venha a adotar.

A doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, analisando o tema, justificam a necessidade de se colher e analisar a manifestação da parte também sobre a qualificação jurídica do pedido:

A razão pela qual o direito ao contraditório, inicialmente confinado às alegações de fato e ao terreno da prova, acabou avançando também para o âmbito das alegações jurídicas é muito clara: ao tempo em que se entendia que a jurisdição apenas interpretava uma norma preexistente e que para cada caso havia apenas uma norma aplicável (cognitivismo interpretativo), a legitimidade democrática da solução jurídica do caso advinha do fato de o caso ser resolvido por uma norma legitimada pela atuação do Poder Legislativo (democracia representativa). Quando se passou a entender que a jurisdição, ao interpretar, outorga um sentido possível ao texto, dentre vários aceitáveis (adscritivismo interpretativo), e que nem sempre é aplicável ao caso apenas uma única norma, a legitimidade democrática passou a depender não só da vinculação do juiz aos *dispositivos* da Constituição e da legislação aplicáveis, mas também da prévia oportunidade de participação das partes na decisão (democracia participativa). Portanto, é na teoria da interpretação que reside o elemento que justifica os novos contornos do direito ao contraditório no processo civil<sup>103</sup>.

Atribui-se à teoria da interpretação a razão pela qual as partes devem ter garantida também a influência quanto à qualificação jurídica dos fatos que levam ao Judiciário, pois nem sempre é aplicável ao caso uma única norma, e a legitimidade democrática depende também de as partes poderem participar na preparação da decisão que lhes será imposta (o que André Pagani de Souza chamou de legitimação pela participação<sup>104</sup>).

Prosseguem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para ratificar a conclusão a que chegamos no tópico anterior (de que também sobre as matérias de conhecimento oficioso tem as partes de previamente se manifestar) e estender a necessidade de manifestação prévia da parte também à qualificação jurídica dos fatos, sob pena de violação ao princípio do contraditório:

---

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.

<sup>104</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10).

Exigir-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de manifestarem-se significa evitar a *decisão-surpresa* no processo. Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão também no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Isso quer dizer que o brocardo *Iura Novit Curia* só autoriza a variação da visão jurídica dos fatos alegados no processo acaso as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciar previamente à tomada de decisão (art. 10). Fora daí há evidente violação à *colaboração* e ao *diálogo* no processo, com afronta inequívoca ao *dever judicial de consulta* e ao *contraditório*<sup>105</sup>.

Finalizando o raciocínio, os três expõem, então, que a necessidade de manifestação prévia das partes não se dá no interesse somente das partes, mas se trata de expressão da própria democracia e possibilita decisões mais bem construídas:

Semelhante exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no *interesse público* de chegar-se a uma *solução bem amadurecida* para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Consoante observa a doutrina, o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de “democratização do processo”. De outro, conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo<sup>106</sup>.

Referidos doutrinadores, como visto, corroboram que é vedado ao magistrado decidir dando qualificação jurídica diversa ao pedido sem que tenha, antes, colhido a manifestação das partes a respeito. Não tendo elas se manifestado previamente, haverá violação à *colaboração* e ao *diálogo* no processo, com afronta ao *dever judicial de consulta* e ao *contraditório*.

---

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 503.

<sup>106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 503.

Observe-se que não destoam, em momento algum, da conclusão de André Pagani de Souza, o qual afirma que, “ao não advertir as partes sobre a nova qualificação jurídica que pretender dar ao pedido, o magistrado violará o *dever de prevenção* e o *dever de consulta* inerente ao princípio do contraditório que lhe é endereçado”<sup>107</sup>.

Essa é também a posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pois, analisando o contraditório como garantia de influência real e prévia na formação da decisão judicial, aponta que ela se estende “à matéria fática ou de puro direito”<sup>108</sup>, como o é a qualificação jurídica do pedido. Mais adiante, tratando ainda do princípio do contraditório, desta vez expressamente o confrontando com o brocardo *iura novit curia*, ele afirma que:

Também a nova visão jurídica do juiz sobre um ponto fundamental, não suscitado previamente pelas partes (decorrência do princípio *iura novit curia*), deve ser com elas discutida previamente em homenagem ao princípio do contraditório<sup>109</sup>.

Mas tal conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não se trata de novidade, tampouco foi influenciada pelo projeto do então novo Código de Processo Civil. Já em 1993 apontava ele, em estudo sobre o contraditório:

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório<sup>110</sup>.

No mesmo trabalho, ainda, discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a efetiva e prévia participação das partes no processo se mostra, inclusive, como faceta da democracia, vez que impede que o julgador, em solitária onipotência, meramente imponha sua decisão às partes:

---

<sup>107</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 434.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

Cumprido assinalar, finalmente, que a problemática ora abordada não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da Justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do Direito<sup>111</sup>.

Só é possível a conclusão, dessarte, de que a vedação das decisões-surpresa tem aplicabilidade plena em nosso processo civil, ainda que se trate somente da qualificação jurídica a ser dada ao fato levado a juízo.

### **3.3 A improcedência liminar do pedido e a prévia manifestação da parte**

Outra questão mostra-se tormentosa acerca da necessidade de prévia manifestação da parte. É que Código de Processo Civil em vigor dispõe, em seu artigo 332<sup>112</sup>, sobre o instituto da improcedência liminar do pedido. Trata, o dispositivo em questão, da possibilidade de o processo ser extinto com resolução de mérito (e, portanto, fazendo coisa julgada material) antes mesmo de citado o réu.

O magistrado, com escoro em referida norma, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (inciso I); acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal

---

<sup>111</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>112</sup> “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (inciso II); entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III); ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso IV). Por fim, nos termos do § 1º do dispositivo, o “juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição”.

Dito isso, a questão que importa a este trabalho quanto à aplicação do instituto da improcedência liminar do pedido é: o autor terá de previamente se manifestar sobre o tema objeto da decisão a ser proferida, por força do disposto no artigo 10 do mesmo diploma legal e da garantia constitucional do contraditório como garantia de influência, ou se trataria de exceção legal à vedação das decisões-surpresa?

Daremos dois exemplos para esclarecer a questão proposta.

Inicialmente, vimos que o artigo 332, inciso II, do Código de Processo Civil em vigor, determina que o magistrado julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos. Desse modo, caso o autor não tenha argumentado a distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*) da decisão em sua petição inicial, está o magistrado autorizado a proferir decisão sem antes lhe possibilitar manifestação sobre a incidência ou não do precedente em seu caso?

O § 1º do mesmo artigo, outrossim, autoriza o proferimento de sentença de improcedência do pedido independentemente de citação do réu se o magistrado verificar, ainda no juízo de admissibilidade da petição inicial, a ocorrência de prescrição. Contudo, se a hipótese de prescrição sequer foi aventada pelo autor em sua petição inicial, não havendo nesta nada que diga sobre sua interrupção, por exemplo, e o magistrado desde logo profira sentença, tal decisão será nula, como se demonstrou que o são as decisões-surpresa?

É posta na doutrina a questão sobre a qual discorreremos:

Alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar (arts. 5.º, LV, da CF, e 10, CPC). Isso poderia levar à conclusão de que, *acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição* ao seu caso na petição inicial, teria o juiz de oportunizar que o autor se pronunciasse sobre a aplicação do precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de *eventual distinção ainda não realizada*

que o autor entenda pertinente) ou sobre a decadência do direito ou a prescrição da pretensão<sup>113</sup>.

Afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, contudo, que, como nesses casos a apelação viabiliza o juízo de retratação pelo magistrado que proferiu a decisão, não haveria desrespeito ao contraditório, o qual seria exercido de maneira eficaz com o recurso<sup>114</sup>. Estas as palavras de referidos doutrinadores:

No entanto, como nesse caso a apelação excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332, § 3.º), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição. E é justamente por essa razão que o art. 332, § 1.º, dispensa o contraditório prévio no julgamento da improcedência liminar que declara a decadência ou a prescrição – pelas mesmas razões, o contraditório deve também ser dispensado quando houver a invocação de precedente não debatido ou de orientação jurisprudencial não discutida pelo autor na petição inicial<sup>115</sup>.

É a mesma posição de Fredie Didier Jr., para quem:

Essa possibilidade de juízo de retratação é o que garante o respeito ao direito do demandante ao contraditório, que, com as razões da apelação, poderá convencer o juízo do equívoco de sua decisão, inclusive com a possibilidade de demonstrar a distinção do seu caso (art. 489, §1º, VI, CPC). O juízo de retratação homenageia, também, o *princípio da cooperação* (art. 6º, CPC), pois permite que o magistrado “ouça” o que tem a dizer o autor sobre a questão. É importante essa observação, notadamente nos casos de improcedência liminar pelo reconhecimento da prescrição, pois o demandante poderá, por exemplo, demonstrar ao magistrado a ocorrência de algum fato que interrompeu ou suspendeu o curso do prazo prescricional. Se não houvesse a possibilidade de juízo de retratação, a improcedência *liminar* seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório, além de redundar em antinomia com o art. 10 do CPC<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169.

<sup>114</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-170.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-170.

<sup>116</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 594.

Como visto, tal parcela da doutrina enxerga, na possibilidade conferida pelo § 3º do artigo 332 do Código de Processo Civil, o devido respeito ao princípio do contraditório, a afastar a necessidade de manifestação prévia da parte sobre o fundamento da decisão que será proferida pelo Estado-juiz. Nessa linha de entendimento, Humberto Theodoro Júnior afirma que:

O julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 332, não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e ampla defesa. A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação, um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da questão de direito enfrentada e solucionada *in limine litis*<sup>117</sup>.

Como se vê, vez mais encontramos resistência à aplicabilidade plena da vedação das decisões-surpresa em nosso ordenamento, a qual é pautada em justificativas verdadeiramente insustentáveis, como passamos a evidenciar.

De início, é de se afastar o argumento de que o princípio do contraditório seria assegurado pela faculdade conferida ao juiz de se retratar.

Analisando a faculdade de retratação então outorgada pelo § 1º do artigo 285-A do Código Buzaid<sup>118</sup>, André Pagani de Souza já afirmava que a “possibilidade de o órgão judicial se retratar após o proferimento de uma sentença é remota, tendo em vista a realidade do acúmulo de trabalho que assola o Poder Judiciário brasileiro”<sup>119</sup>, lição que ainda nos parece plenamente aplicável no momento atual vivido pelo país.

Com mais vagar, assevera o mesmo doutrinador, ainda discorrendo sobre o artigo 285-A do Código Buzaid (cujas razões se aplicam inteiramente ao presente estudo, vez que tratam da tese de que o contraditório seria assegurado pela possibilidade de retratação do juízo na apelação contra sentença de improcedência liminar do pedido), que:

---

<sup>117</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 762-763.

<sup>118</sup> “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, reproduzindo-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”.

<sup>119</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

Com o devido respeito dos que pensam o contrário, a aplicação do § 1º do art. 285-A do Código de Processo Civil, não proporciona a *real e efetiva* atuação do princípio do contraditório, ainda que de forma diferida. O contraditório, nesses casos, é de incidência meramente teórica e fictícia<sup>120</sup>.

Prossegue ele afirmando que o contraditório, nesses casos, é de incidência teórica ou fictícia porque os juízes, na maior parte das vezes, estão sufocados por grande volume de trabalho, de modo que não podem se dar o luxo de examinar um processo por mais de uma vez<sup>121</sup>.

Desse modo, discorre que “um processo sem contraditório, em que este é uma simples ficção ou uma possibilidade teórica, não é processo, mas sim *simulacro de processo*”<sup>122</sup>, e conclui que a norma que autorizava o julgamento de improcedência liminar do pedido não era dotada de razoabilidade, porque permitia a existência de um processo “sem contraditório, no qual a possibilidade de retratação do órgão judicial é uma ilusão”<sup>123</sup>.

E a realidade do foro não diverge do entendimento acima esposado, isto é, de que a possibilidade de retratação judicial, no mais das vezes, não passa de uma ilusão. Isso porque as decisões de retratação se limitam, em sua grande maioria, a manter a decisão recorrida “por seus próprios fundamentos”.

Pensamos que as mesmas críticas feitas ao instituto da improcedência liminar do pedido quando da vigência do Código Buzaid se aplicam ao Código de Processo Civil em vigor. É que, havendo as mesmas razões, isto é, a de que o juízo de retratação não possibilita contraditório real e efetivo, só se pode chegar à mesma conclusão.

Todavia, não só por isso argumentamos que é desacertada a doutrina que afirma que o instituto da improcedência liminar do pedido não viola o artigo 10 do Código de Processo Civil e a garantia constitucional do contraditório.

E isso porque, como demonstramos de maneira minuciosa, decisão-surpresa é decisão proferida sem que a parte possa se manifestar *previamente* sobre seus fundamentos. Desse modo, inconcebível que, na via recursal – portanto, em momento *posterior* ao

---

<sup>120</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

<sup>121</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

<sup>122</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

<sup>123</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.



proferimento da decisão – seja possível se falar que não houve violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, o qual assegura que o “juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”.

Noutras palavras, se somente na via recursal o autor se manifestou sobre o tema, isto só pode significar que a decisão foi proferida com fundamento a respeito do qual não foi oportunizada sua manifestação e, portanto, configurando decisão-surpresa.

Da mesma sorte, e também como visto de maneira clara e suficiente no presente trabalho, o contraditório é atualmente concebido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão a ser proferida pelo juízo.

Entretanto, se primeiro é proferida a decisão e somente depois a parte sobre ela pode se manifestar, como é possível sustentar que houve efetiva influência na *formação* da decisão? Clara é a violação perpetrada ao contraditório se não oportunizada prévia manifestação ao autor quando do julgamento de improcedência liminar do pedido.

Era essa a posição de Daniel Mitidiero quando da vigência do Código de Processo Civil anterior:

em linha de conclusão, temos que o art. 285-A, do CPC, está em absoluta dissonância com a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, entendido como a possibilidade de convencer o órgão judicial da argumentação exposta na inicial<sup>124</sup>.

Veja-se, no mesmo sentido, que muito embora o agravo de instrumento também possibilite juízo de retratação pelo juiz que proferiu a decisão<sup>125</sup>, se esta versar sobre o mérito do processo (artigo 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil<sup>126</sup>), por exemplo,

---

<sup>124</sup> MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*, n. 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 109-110 *Apud* SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196-197, nota de rodapé 67.

<sup>125</sup> “Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento”.

<sup>126</sup> “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

II - mérito do processo;”

terá de ser submetida a contraditório prévio, não havendo, mesmo dentre os doutrinadores acima citados, quem sustente o contrário.

E isso porque o contraditório, repise-se, é garantia de influência na *formação* da decisão, e não somente em sua *alteração* ou *reforma*. O artigo 10 do Código de Processo Civil, de seu turno, veda a decisão proferida com fundamento a respeito do qual as partes não tenham a possibilidade *prévia* de se manifestar, sob pena de nulidade.

Trata-se de mais do que a mera manifestação sobre o tema: os argumentos das partes devem ser analisados, séria e detidamente, pelo juízo que proferirá a decisão, o qual tem o ônus de enfrentar todas as razões que possam, em tese, infirmar a conclusão a ser por ele adotada.

O que dissemos acima se aplica a todos os recursos que possibilitam juízo de retratação, de modo que essa possibilidade não afasta (e nem poderia afastar) o direito da parte de influenciar na formação da decisão a ser proferida.

Ainda outro exemplo: caso proferida sentença e contra esta opostos embargos de declaração, havendo a possibilidade de acolhimento com efeitos infringentes<sup>127</sup>, o § 2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil<sup>128</sup> impõe a intimação do embargado para, querendo, manifestar-se sobre o recurso no prazo de cinco dias. Isto é, a medida garante que a parte possa previamente se manifestar sobre a decisão a ser proferida, podendo influenciar na formação da convicção do julgador.

E é garantida a possibilidade de participação da parte e de influência na decisão ainda que esta possa ser reformada, posteriormente ao seu proferimento (como é óbvio), mediante a interposição do recurso de apelação.

Tudo isso evidencia que nosso sistema processual civil, desde o modelo que lhe foi imposto pela Constituição da República de 1988, prestigia o contraditório prévio, a garantia de influência da parte na formação da decisão a ser proferida (*e, portanto, em*

---

<sup>127</sup> A possibilidade de acolhimento com efeitos infringentes é assegurada sempre como *consequência* do vício a ser sanado (omissão, contradição, obscuridade ou erro material), e não como *causa* da oposição dos embargos de declaração.

<sup>128</sup> “Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

(...)

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

*momento anterior a ela*), sendo insustentável que seria respeitado o princípio pela possibilidade de retratação advinda da interposição de recurso.

A doutrina que sustenta a posição de que não haveria prejuízo à parte não se ocupa, ainda, de outra questão de enorme relevância: o pagamento do preparo da apelação. Neste Estado de São Paulo, por exemplo, o valor do preparo corresponde a quatro por cento sobre o valor da causa, nos termos do inciso II do artigo 4º da Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003<sup>129</sup>.

E o autor, sobrevivendo decisão sobre a qual não lhe tenha sido oportunizada prévia manifestação acerca do fundamento, terá de arcar com tal custo para que possa, então, exercitar o contraditório mediante um recurso de apelação que possibilita juízo de retratação que, nos mais das vezes, se limita a manter a decisão “por seus próprios fundamentos”.

Caso esteja litigando em face de réu que será beneficiário da justiça gratuita, não poderá reaver a quantia gasta para que o juiz, somente em juízo de retratação (no mais das vezes ficto), aprecie seus argumentos, *o que já deveria ter feito de maneira prévia à decisão proferida*.

Ficam evidentes, portanto, os prejuízos advindos ao autor decorrentes do julgamento de improcedência liminar do pedido sem a sua prévia manifestação.

Mas ainda mais pode ser dito sobre o tema.

A manifestação prévia, além de assegurada pela garantia constitucional do contraditório e também pelo artigo 10 do Código de Processo Civil, resulta na formação de decisões mais bem construídas, com menor possibilidade de interposição de recurso pelas partes, que já tiveram seus argumentos devidamente apreciados.

Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira discorre que:

Exatamente em vista dessa realidade é que se mostra inadequada a investigação solitária do órgão judicial; o monólogo consigo mesmo limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas

---

<sup>129</sup> “Artigo 4º - O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma:  
I - 1% (um por cento) sobre o valor da causa no momento da distribuição ou, na falta desta, antes do despacho inicial; essa mesma regra se aplica às hipóteses de reconvenção e de oposição;  
(...)

II - 4% (quatro por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, como preparo da apelação e do recurso adesivo, ou, nos processos de competência originária do Tribunal, como preparo dos embargos infringentes; (NR)”

e favorece à formação de um juízo mais aberto e ponderado: “É o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo”<sup>130</sup>.

Por certo é que os argumentos da parte não podem ser desprezados. Adicionalmente ao direito de influência, o argumento lançado pela parte pode ser decisivo para a decisão a ser proferida, porque é a parte quem melhor conhece os fatos, as provas e a situação que leva ao Judiciário.

Prossegue, portanto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para, analisando o direito de manifestação prévia da parte, lecionar que é bastante provável que o juiz recolha, dessa audiência, “elementos que o convençam da desnecessidade, da inadequação ou improcedência da decisão que irá tomar”<sup>131</sup>, porque, mesmo imparcial, muitas vezes não se dá conta ou não tem acesso a informações ou elementos que somente podem ser fornecidos pelas partes<sup>132</sup>.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes argumentam que:

No entanto, torna-se imperiosa a aplicação da chamada participação entre o juiz e as partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz a redução do tempo processual e a formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos<sup>133</sup>.

Referidos doutrinadores complementam, mais adiante:

Ao passo que, como já se percebeu há muito na doutrina e jurisprudência comparada, caso ocorra um debate profícuo para a formação das decisões, contraditório dinâmico, diminui-se o tempo do processo, eis que se diminuem os recursos, ou se reduz consideravelmente a chance de seu acatamento, viabilizando-se a utilização de decisões com executividade imediata<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>131</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

<sup>133</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 178.

<sup>134</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 192.

Significa dizer que a participação das partes é imprescindível para a construção da decisão jurisdicional, sendo que “toda decisão proferida solitariamente iria de encontro ao contraditório”<sup>135</sup>.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, muito embora somente o faça em relação à prescrição e não às demais hipóteses que autorizariam o julgamento de improcedência liminar do pedido, atenta para a dificuldade de o julgador, sozinho, reconhecê-la:

Malgrado o Código dispense a manifestação prévia dos litigantes na hipótese em análise, nenhum juiz tem, na prática, condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição<sup>136</sup>.

Isso porque a prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, “que, por versar sobre eventos não conhecidos do juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniência dos titulares dos interesses em confronto”<sup>137</sup>.

Por fim, discorre referido doutrinador que:

Se é difícil para o juiz decretar *ex officio* e liminarmente a prescrição objetiva do Código Civil (arts. 189, 205 e a maioria dos incisos do art. 206), impossível será fazê-lo nos casos de prescrição subjetiva, como a do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e alguns incisos do art. 206 do Código Civil. É que nesses casos, além da interferência de impedimentos, interrupções e suspensões, há a imprecisão do termo inicial da prescrição que se relaciona com um dado pessoal e subjetivo: a data do “conhecimento do dano e de sua autoria”<sup>138</sup>.

Tudo isso posto, conclui-se que a decisão de improcedência liminar do pedido sem que a parte previamente seja intimada a se manifestar (*caso não o tenha feito desde logo*

---

<sup>135</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 195.

<sup>136</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

<sup>137</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

<sup>138</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

*em sua petição inicial*) é vedada por nosso sistema processual civil, constituindo ofensa ao princípio do contraditório e ao artigo 10 do Código de Processo Civil.

Conforme se evidenciou neste trabalho, o contraditório é garantia de influência da parte na formação da decisão, sempre prévia a esta, portanto.

Da mesma sorte, o artigo 10, que veda as chamadas decisões-surpresa no processo civil, está inserto no Capítulo I do Código, que regula as “normas fundamentais do processo civil”, de modo que o sistema processual deve ser por elas regido.

Adicionalmente, demonstrou-se que o juízo de retratação possibilitado pela interposição de recurso de apelação não garante o direito de influência da parte na formação da decisão, sendo que, para exercitar a garantia ficta, ainda terá de arcar com as custas do preparo.

Adicionalmente, deixamos claro que o argumento da parte, analisado séria e detidamente, reduz o tempo do processo e leva à formação de decisões mais bem construídas, o que diminui a interposição de recursos.

Por tudo isso, não se pode concordar com a parcela da doutrina que defende que não haveria prejuízo ao contraditório decorrente da ausência de prévia manifestação da parte quanto ao fundamento da decisão que julga liminarmente improcedente o pedido.

Pelas mesmas razões, mostra-se de maneira desanuviada que a exceção trazida pelo parágrafo único do artigo 487 do Código de Processo Civil<sup>139</sup> conflita diretamente com o princípio do contraditório e com as normas fundamentais do processo civil brasileiro, muito embora trate somente de uma das hipóteses de improcedência liminar do pedido, de modo que lhe deve ser negada aplicação aos casos levados ao juízo.

---

<sup>139</sup> “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”.

## CONCLUSÕES

Vimos que, atualmente, o princípio do contraditório não mais se limita à mera bilateralidade de instância, posição que foi sustentada pela doutrina por muito tempo. Hodiernamente, se reconhece que referido princípio possui uma dupla destinação: às partes e ao juiz. Quanto às partes, o contraditório trata-se de verdadeiro direito, ao passo que, ao magistrado, é um dever que lhe é imposto.

O direito proporcionado às partes pelo princípio do contraditório – inclusive decorrente de o Brasil ser um “Estado Democrático e Social de Direito” – é a possibilidade de sua participação na formação da decisão que lhes será imposta pelo Estado-juiz. Estando intrinsecamente ligado à ideia de participação, o contraditório se mostra como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão que será proferida.

Quanto ao juiz, tem o dever de zelar por um contraditório real e efetivo, removendo todos os obstáculos necessários para tanto. Desse modo, deve possibilitar às partes participação prévia sobre todas as questões acerca das quais decidirá.

E mais: a garantia de participação ou de influência não pode ser ficta, sendo insuficiente que haja manifestação da parte se esta não for analisada, séria e detidamente, pelo juiz. Todos os argumentos das partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador quando do proferimento da decisão terão de ser por este analisados, ainda que para afastá-los. Desse modo, mediante a fundamentação é que o juiz se submete ao contraditório e garante a plena participação das partes, que então estarão, de fato, influenciando na formação da decisão.

E sendo, o contraditório, verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional, é vedado ao juiz que decida tendo por fundamento matéria, de fato ou de direito, a respeito da qual não foi oportunizada prévia manifestação aos jurisdicionados.

Por certo é que, tendo a decisão fundamento até então não aventado no processo, e desconhecido pelas partes, se tratará de verdadeira decisão-surpresa. Isso porque ela verdadeiramente surpreende os jurisdicionados, que não tomaram, em momento algum, conhecimento acerca do tema ou puderam sobre ele se manifestar previamente à decisão.

Desse modo, a decisão-surpresa constitui clara violação ao princípio do contraditório, ao não possibilitar às partes prévia manifestação ou verdadeira influência, sendo vedada pelo ordenamento.

Adicionalmente, e muito embora já decorresse do princípio do contraditório, como visto, a legislação infraconstitucional passou a conter dispositivo que veda expressamente o proferimento de decisões-surpresa, a saber, o artigo 10 do Código de Processo Civil em vigor.

A medida, muito embora não constitua inovação em nosso sistema jurídico, o é no plano da legislação infraconstitucional brasileira, que pela primeira vez contém dispositivo de semelhante teor, indo ao encontro da moderna legislação comparada.

Vemos referida inovação com bons olhos. É que o Supremo Tribunal Federal, a partir do *leading case* ARE 748371, firmou posição de que não há repercussão geral em recurso extraordinário que argumente ofensa ao princípio do contraditório, a qual seria meramente reflexa à Constituição da República, dependendo, para conhecimento, de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Por isso, a parte que se visse diante de uma decisão-surpresa – violadora, como visto, do princípio do contraditório – sequer teria seu eventual recurso extraordinário conhecido, não tendo meios efetivos de controle da decisão judicial. Agora, existindo dispositivo expresso na legislação infraconstitucional que veda o proferimento das decisões-surpresa, a parte prejudicada poderá interpor o competente recurso especial por violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, o que constitui maior salvaguarda a seu direito.

Os recursos interpostos contra as decisões-surpresa, no mais das vezes, deverão pleitear a declaração de nulidade da decisão, por violação à garantia constitucional do contraditório e também à legislação infraconstitucional (artigo 10 do Código de Processo Civil), como é pacífico na doutrina.

Todavia, como crítica construtiva ao artigo 10 do Código de Processo Civil, a exemplo do que acontece na Alemanha, onde a falta de previsão expressa de nulidade na legislação infraconstitucional faz com que a vedação nem sempre seja respeitada, acreditamos que andaria bem o legislador pátrio ao acrescentar expressamente a sanção cominada ao descumprimento da norma, como bem o fez a Itália, cuja legislação veda o proferimento de decisão-surpresa, “*a pena di nullità*”.



A aplicabilidade da vedação é plena no âmbito do processo civil brasileiro, vez que decorrente de garantia constitucional. Dessarte, devem ser rejeitadas e duramente criticadas as posições que buscam minorar o real alcance da vedação das decisões-surpresa em nosso ordenamento.

Nesse sentido, é evidente que a vedação das decisões-surpresa se aplica também às questões cognoscíveis *ex officio*, conclusão que decorre, inclusive, da própria redação do artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro, devendo-se respeitar os limites semânticos do texto, o qual reza que, ainda que de conhecimento oficioso a matéria, às partes deve ser oportunizada prévia manifestação.

Pertinente, nesse particular, a distinção entre a circunstância de o juiz poder conhecer de ofício sobre a matéria, isto é, sem que haja provocação da parte, e a possibilidade de proferir decisão sem possibilitar ao jurisdicionado que influencie na formação de sua convicção.

A primeira é certa e não se questiona; a segunda é vedada constitucionalmente, e tal vedação é ratificada no plano infraconstitucional pelo artigo 10 do Código de Processo Civil.

E a garantia da vedação das decisões-surpresa, como não poderia ser diferente, estende-se não só à matéria fática, mas também a qualificação jurídica do pedido. Desse modo, ainda que subsista o brocardo *iura novit curia*, para que seja válida a decisão que outorgue qualificação jurídica diversa da até então sustentada pelas partes, estas deverão ser previamente intimadas a se manifestarem sobre o tema, e o magistrado deverá enfrentar todos os argumentos por elas lançados capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada, nos termos, aliás, do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

A extensão da garantia de influência também à qualificação jurídica dos fatos deve-se à teoria da interpretação, pois nem sempre é aplicável ao caso uma única norma, e também à legitimidade democrática, pois garante às partes a participação na preparação da decisão que lhes será imposta (legitimação pela participação).

Resta evidente, dessarte, que a manifestação prévia das partes é imprescindível para a construção da decisão jurisdicional (que sempre deverá analisar, séria e detidamente, os argumentos lançados), e decorre diretamente do princípio do contraditório.

Por isso é que nem mesmo em sede de improcedência liminar do pedido pode, o magistrado, decidir sem que o autor tenha podido influenciar na formação da decisão.

Relembre-se, por oportuno, que se o contraditório é garantia de participação e de influência na formação da decisão, deverá ser sempre prévio a esta.

E as decisões construídas mediante a participação plena das partes possuem menores chances de reforma e menor índice de interposição de recursos. Isso porque as partes já tiveram seus argumentos devidamente analisados, produziram as provas que entendiam pertinentes e obtiveram resposta do Estado-juiz, o que eleva sobremaneira seu conformismo com a decisão proferida. Além disso, uma decisão assim construída, isto é, que já analisou detidamente os argumentos da parte, ainda que para rejeitá-los, possui maiores índices de acerto.

Desse modo, caso não tenha se manifestado desde logo em petição inicial quanto ao tema que pretende ter por fundamento de sua decisão, é vedado ao juiz decidir sem antes intimar o autor a se manifestar sobre o tema, garantindo-lhe, em respeito ao contraditório, a possibilidade de participação e influência.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 65-78.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre*, 28: 177-206, jan./jun. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.