

Vol. 14 – N.º 1/2 2013  
ISSN 1982-6982

# Revista Jurídica

Ministério Público do Estado do Amazonas

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público  
do Estado do Amazonas



# Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

RJMPAM	Manaus	v. 14	n. 1/2	2013	jan./dez.	p. 1 à 394
--------	--------	-------	--------	------	-----------	------------

©2014 Ministério Público do Estado do Amazonas

**Coordenador Geral:** Nasser Abraham Nasser Netto

**Comissão Editorial:** Aguielo Balbi Júnior, Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza, Francisco de Assis Aires Argüelles e João Gaspar Rodrigues

**Revisor Geral:** João Gaspar Rodrigues

**Revisão e normalização:** Carlos Augusto Pereira da Cunha e Sílvia Vasconcelos dos Santos Alvarenga

**Secretária:** Fernanda Priscilla Pereira da Silva

**Diagramação:** Hirailton Gomes do Nascimento

---

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./ Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF v. 14. (janeiro/dezembro – 2013). Manaus: PGJ/CEAF, 2013.

394p.

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas (2000-2005) – ISSN 1679-6233

ISSN 1982-6982

1.Ministério Público 2. Direito - Periódico I. Título

CDU: 34(05)

CDDIR: 340.05

---

As ideias e opiniões expressas nos trabalhos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

2014

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69037- 473 Manaus – AM

Fone: (92) 3655 0753 / 3655 0754 / 3655 0755

ceaf@mpam.mp.br

www.mpam.mp.br



**Ministério Público do Estado do Amazonas**  
**Procuradoria-Geral de Justiça**

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Francisco das Chagas Santiago da Cruz

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
**PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS**

José Hamilton Saraiva dos Santos

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
**PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva

**CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

José Roque Nunes Marques

**OUVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Flávio Ferreira Lopes

**SECRETÁRIO-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Jorge Alberto Veloso Pereira

**CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E**  
**APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

João Gaspar Rodrigues



## MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA:** José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieira - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Otávio de Souza Gomes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz.

**PROCURADORES DE JUSTIÇA:** Alberto Nunes Lopes - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Evandro Paes de Farias - Flávio Ferreira Lopes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Mauro Roberto Veras Bezerra - Nicolau Libório dos Santos Filho - Noeme Tobias de Souza - Pedro Bezerra Filho - Públio Caio Bessa Cyrino - Rita Augusta de Vasconcellos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pinto dos Santos - Suzete Maria dos Santos.

**PROCURADORES DE JUSTIÇA INATIVOS:** Aguielo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Edilson dos Santos Oliveira - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - José Agostinho Nunes Balbi - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Maria Helena Antonio Monassa Abinader - Merita Azulay Cardoso Soares - Mithridates Corrêa Filho - Orlando dos Santos Santiago - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Yano René Pinheiro Monteiro.

**PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA ESPECIAL:** Adelson Albuquerque Matos - Aguielo Balbi Júnior - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antônio José Mancilha - Carlos Fábio Braga Monteiro - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy Maria de Souza - Cley Barbosa Martins - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieira Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edinaldo Aquino Medeiros - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Francilene Barroso da Silva - Francisco de Assis Aires Argüelles - Francisco Lázaro de Morais

Campos - Géber Mafra Rocha - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Christina Chrisóstomo - Jefferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Gaspar Rodrigues - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Lauro Tavares da Silva - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lílian Maria Pires Stone - Lincoln Alencar Queiroz - Lorena de Verçosa Oliva - Luciana Toledo Martinho - Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva - Luissandra Chixaro de Menezes - Mara Nóbria Albuquerque da Cunha - Marcelo Pinto Ribeiro - Marco Aurélio Lisciotto - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria das Graças Gaspar de Melo - Maria Eunice Lopes de Lucena Bittencourt - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Marlene Franco da Silva - Marlinda Maria Cunha Dutra - Mirtíl Fernandes do Vale - Nasser Abraham Nasser Netto - Neyde Regina Demóstenes Trindade - Nilda Silva de Sousa - Otávio de Souza Gomes - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Raimundo David Jerônimo - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Rogério Marques Santos - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sarah Pirangy de Souza - Sheila Andrade dos Santos - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento - Wandete de Oliveira Netto.

**PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 1ª ENTRÂNCIA:** Adriano Alecrim Marinho - Alessandro Samartin Gouveia - Álvaro Granja Pereira de Souza - André Alecrim Marinho - André Lavareda Fonseca - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Seffair - Armando Gurgel Maia - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes Gonzaga - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards de Freitas - Carolina Monteiro Chagas Maia - Christiane Dolzany Araújo - Christiane Rodrigues Brand - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sergio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Daniel Silva Chaves Amazonas de Menezes - Eliana Leite Guedes - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Evandro da Silva Isolino - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Viana - Igor Starling Peixoto - Inna Breves Maia - Ítalo Klingler Rodrigues do Nascimento - João Ribeiro Guimarães Netto - José Felipe da Cunha Fish - Kepler Antony Neto - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Leonardo Abinader Nobre - Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos - Luiz do Rego Lobão Filho - Marcelo Augusto Silva de Almeida - Marcelo de Salles Martins - Márcia Cristina de Lima Oliveira - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Maria Betusa da Silva Araújo - Paulo Alexander dos Santos Beriba - Raimundo do Nascimento Oliveira - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Roberto Nogueira - Rodrigo Miranda Leão Júnior - Romina Carmem Brito Carvalho - Sandra Maria Cabral Miranda Barros Ramalho - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Simone Martins Lima - Válber Diniz da Silva - Vitor Moreira da Fonsêca - Vivaldo Castro de Souza - Yara Rebeca Albuquerque Marinho.

**PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS:** Carlos Firmino Dantas - Flávio Mota Morais Silveira - Iranilson de Araújo Ribeiro - José Augusto Palheta Taveira Júnior - Leonardo Tupinambá do Valle - Marcelle Cristine de Figueiredo Arruda -

Márcio Pereira de Mello - Rômulo de Souza Barbosa – Salete Gomes Araújo - Sarah Clarissa Cruz Leão – Sérgio Roberto Martins Verçosa - Tânia Maria de Azevedo Feitosa.

**PROMOTORES DE JUSTIÇA INATIVOS:** Aguinaldo Concy de Souza - Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes – Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagê - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - João Batista dos Santos - João Florêncio de Menezes - João Valente de Azevedo - Jonas Neto Camêlo - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme – José Herivelto Pereira de Oliveira - Léa Regina Pereira Mattos - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasques Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Waldir Rosas dos Santos.

**PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS INATIVOS:** José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo.

*In memoriam:*

**PROCURADORES DE JUSTIÇA:** Adalberto Ribeiro de Souza - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - Gebes de Mello Medeiros - Geraldo de Macedo Pinheiro - Ivan Coelho Cintra - João Bosco Sá Valente - Jorge Abdon Karim - José Ribamar Prazeres Coelho - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Manuel Braga dos Santos - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Marília Marques de Oliveira - Mário de Mello Bittencourt - Nestor da Costa Ferreira - Orlando Moreira de Souza - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Raimundo Nonato Coelho - Roberto de Aquino Valle - Silis Campello Moslay - Tabira Rodrigues Fortes.

**PROMOTORES DE JUSTIÇA:** Afonso Acampora - Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Carlos Augusto de Araújo Marques - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Eutichio Haidem Vieira - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Francisco Sá P. Passos - Frederico A. R. da Câmara - Gilberto Ramos da Silva - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - Isaac Marcus Pinto - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jessé Soares Ferreira - José de Araújo Mendes - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lauro Barbosa da Costa - Lúcia Cistina C. Barros - Luiz Cartas Cáffaro - Rafael Barbosa Amorim - Raimundo Andrade Bentes - Raimundo Carlos Sampaio - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Sebastião Norões - Teófilo Narciso de Mesquita Neto.



# SUMÁRIO

**Apresentação..... 13**

## DOCTRINA

**A prescrição no direito da criança e do adolescente infracional – existe?..... 15**

*Nasser Abraham Nasser Netto*

**Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: A tutela efetiva do direito à morte digna.... 61**

*Paulo Bernardo Lindoso e Lima*

**O ativismo, o garantismo e o cooperacionismo processual..... 103**

*Vitor Fonsêca*

**O denunciismo e sua funcionalidade em ambiente democrático..... 117**

*João Gaspar Rodrigues*

**O direito dos cadeirantes a um ambiente acessível previsto na legislação em vigor aplicada em Manaus..... 151**

*Larissa Cristina Alves Rojas*

**Os desafios das mulheres no cenário democrático brasileiro do século XXI..... 183**

*João Gaspar Rodrigues*

**Princípio da irrelevância penal do fato, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?..... 217**

*Felipe Augusto Fonseca Viana*

**Responsabilidade civil hospitalar: entre a jurisprudência e o atuar Ministerial..... 263**

*Maurílio Casas Maia*

**Um estudo junto ao poder judiciário amazonense sobre a eficácia punitiva no crime de excesso de exação..... 291**

*Daniel Antonio de Aquino Neto e Gissele Santiago Pimentel*

**Um estudo sobre o sequestro internacional de crianças no Brasil com base na Convenção de Direito Internacional Privado da Haia..... 315**

*Débora Katarinne de Souza Rodrigues*

## **TRABALHO FORENSE**

**Ação Rescisória ..... 355**

*Públio Caio Bessa Cyrino*

## Apresentação

A Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas chega ao seu 14º volume. Neste número, assim como nas edições anteriores, temas relevantes são objetos de análise e reflexão. Tudo o que é dito ao longo dessa obra coletiva, se não é novo nem original pelo aspecto substantivo – embora a invenção muito frequentemente consista em novas combinações de apanhados preexistentes -, recebe abordagem inovadora, pujante e fascinantemente vibrátil.

A interdisciplinariedade, presente na formação do conhecimento pós-moderno e essencial num trabalho coletivo, impõe-se pela contingência de que não se pode compreender cientificamente um só aspecto da vida social sem conhecê-los a todos. Explicar cientificamente um certo fenômeno social ou jurídico é relacionar a lei de variação da série que esse fenômeno constitui pela sua sucessão histórica, com a lei de variação de uma ou várias outras séries. É ainda o que se extrai das lições iniciais de August Comte: os fenômenos sociais são profundamente conexos. O seu estudo real nunca poderá ser racionalmente separado; disto resulta a obrigação permanente de considerar sempre simultaneamente os diversos aspectos sociais.

Em cada ângulo por onde se olhe os estudos reunidos neste volume, vemos fermentar o inconformismo, queimar a ânsia de renovação, arder o desejo de racionalmente reconstruir toda uma estrutura sócio-jurídica. E isso, por óbvio, impulsionado por uma consciência de modernização e progresso; uma

consciência talhada para grandezas, para criar, crescer, subir... Os autores e colaboradores não conseguem se livrar de um defeito honroso: estampam em seus trabalhos a ânsia permanente pelo aperfeiçoamento de seus objetos de estudo e de trabalho.

O presente volume da RJMPAM, apesar da clareza da exposição ao longo das páginas em homenagem à lealdade de comunicação que deve existir entre autores e leitores, é antes para ser estudado, meditado, interpretado, do que apenas lido. O leitor não deve procurar a compreensão rápida de um trecho, de um período, ou mesmo de uma simples frase; não deve apanhar apenas o verniz das coisas; ao contrário, deve ler com a preocupação de ir além, de interpretar o presente como fruto do passado voltado para o futuro, porque os nossos autores oferecem esse *plus* e pedem, em cada leitor, mais um intérprete das coisas do Direito do que apenas um simples curioso das coisas do pensamento. Conclusão contrária equivaleria a colher pulgas de uma sementeira de leões.

Por fim, deixamos nossos agradecimentos à equipe do CEAF, ao Conselho Editorial da RJMPAM e a todos os servidores que, direta ou indiretamente, contribuiram para trazer à luz da publicidade o presente caderno científico.

**João Gaspar Rodrigues**  
Diretor do CEAF

# A prescrição no direito da criança e do adolescente infracional - existe?

Nasser Abrahim Nasser Netto\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A prescrição. 3 Fundamentos da prescrição. 4 Por um conceito de prescrição. 5 O Estatuto da Criança e do Adolescente – o ECA. 6 A prescrição e o ECA. 7 A prescrição da pretensão socioeducativa não executória. 7.1 Prazos de prescrição. 7.2 Termos iniciais da prescrição. 7.3 Causa suspensiva da prescrição. 7.4 Causas interruptivas da prescrição. 8 A prescrição da pretensão socioeducativa executória. 8.1 Prazos de prescrição. 8.2 Termos iniciais da prescrição. 8.3 Causa suspensiva da prescrição. 8.4 Causas interruptivas da prescrição. 9 A prescrição da pretensão socioeducativa intercorrente. 10 A prescrição da pretensão socioeducativa retroativa. 11 A prescrição e as medidas de proteção. 12 A prescrição e o problema da criança em conflito com a Lei. 13 Conclusão. Referências.

**Resumo:** Certa experiência haurida em Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude de Comarcas do interior do Estado do Amazonas e do Foro da Capital permitiu, após incessantes reflexões, chegar-se ao entendimento de que é plenamente cabível o instituto da prescrição no chamado Direito da Criança e do Adolescente. Por conseguinte, lícito é esperar o denodo do Poder Público e da própria sociedade para o exercício de pretensões

---

\* Membro do Ministério Público do Estado do Amazonas. Promotor de Justiça Titular da 30ª Promotoria da Comarca de Manaus. Diretor-Geral do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Administração e Economia do Amazonas – Fundação Getúlio Vargas. Professor Titular de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

socioeducativas e de proteção, haja vista a presença de prazos a serem devidamente respeitados em nome do direito de liberdade e da segurança dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Prescrição. Pretensão. Ato Infracional. Medida Socioeducativa. Medida de Proteção.

## 1 Introdução

A arbitrariedade estatal, a sacrificar o povo, é algo que não se concebe. O Poder Público possui limites para atuar, sobretudo quando tem por finalidade a aplicação e/ou execução de medidas punitivas ou que onerem, de alguma forma, os interesses da pessoa. Embora não seja apêndice do Direito Penal e do Processo Penal, o Direito da Criança e do Adolescente é construído de acordo com alguma normativa característica daqueles ramos da árvore jurídica. Nessa atmosfera, o estudo que ora se inicia pretende demonstrar a existência da prescrição na área infantojuvenil, postura que só tende à tutela dos direitos de adolescentes e de crianças a quem se atribua a prática de ato infracional, sem esquecer, evidentemente, o escopo socioeducativo e de proteção norteador da Lei de nº 8.069/90.

## 2 A prescrição

Nada foge à ação do tempo. Não haverá de ser diferente no Direito. O tempo cura todos os males, cicatriza as chagas, apagando-as na memória da sociedade, aplacando os sentimentos de indignação e de revolta que se instalam no seio do grupo. Em tal conjuntura, registram-se, a confirmar juridicamente a força do tempo, os institutos da prescrição, da decadência, além de outros<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Considerando a influência que o tempo exerce sobre as relações jurídicas, tem-se o instituto da prescrição (GOMES, 1995, v.1, p.495).

Afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>2</sup>: “O tempo domina o homem, na vida biológica, na vida privada, na vida social e nas relações civis. Atua nos seus direitos. Particularmente quanto a estes, pode exercer relevante papel”.

O presente trabalho pretende delinear a prescrição no âmbito infantojuvenil. Objetiva-se mostrar que a inércia<sup>3</sup> do Estado no cumprimento de suas obrigações pode levar à extinção de pretensões também na órbita do chamado Direito da Criança e do Adolescente.

Muito discutida é a ideia de prescrição, havendo entendimento no sentido de ser ela a perda do direito em razão do decurso do tempo<sup>4</sup>. Outros asseveram que a prescrição é a perda da ação tendo em vista a inatividade de seu titular<sup>5</sup>. Apontam-se, ainda, posturas segundo as quais a prescrição seria a perda de uma pretensão tendo em linha de conta a inércia do sujeito<sup>6</sup>.

Quando se fala em prescrição como perda de determinado direito, alude-se ao direito material, direito de

---

<sup>2</sup> PEREIRA, 1995, v. 1, p. 432.

<sup>3</sup> O decurso do tempo pode ensejar o perecimento de relações jurídicas negligentemente abandonadas pelo sujeito (PRERIRA, 1995, v. 1, p. 433).

<sup>4</sup> No sentido de ser a prescrição causa extintiva de direitos, ver PEREIRA, 1995, v. 1, p. 435. O Autor, considerando a distinção entre prescrição aquisitiva e prescrição extintiva, denuncia ser esta a perda de um direito.

<sup>5</sup> No sentido de ser a prescrição causa extintiva do direito da ação, ver GARRAUD, 2003, v. 2, p. 104. O Autor alude à prescrição como instituto destinado a extinguir os direitos de ação emergentes da infração e os direitos de execução advindos da condenação.

<sup>6</sup> No sentido de ser a prescrição causa extintiva de pretensões, ver LOZANO Jr., 2002, p. 26. O Autor noticia que a prescrição pode “atingir” a “pretensão” punitiva ou a “pretensão” executória, ambas pertencentes ao Estado.

fundo<sup>7</sup>, concernente ao bem da vida protegido pela ordem jurídica. No instante em que se afirma ser a prescrição a perda da ação, tem-se em conta o direito de ação, de feições instrumentais<sup>8</sup>, servindo ao processo como forma compositiva de litígios. Por fim, quando se refere à perda de uma pretensão, deve-se concluir que a prescrição extingue o veículo da ação judicial, isto é, a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio<sup>9</sup>.

Seja como for, a prescrição, pressupondo o decurso do tempo, lastreando-se na atitude passiva de alguém, o que traduz inércia, inatividade ou omissão, está visceralmente ligada à ideia de perda. Ou seja, pela prescrição, perde-se algo: um direito, uma ação, uma pretensão, valendo, para tanto, transcrever passagem de Orlando Gomes<sup>10</sup>: “(...) a idéia central da prescrição é a *inércia* (...)”.

Aprofundando a reflexão, calha ponderar que a prescrição não determina a perda do direito material, bastando, para tanto, lembrar a relação de crédito e débito. Com efeito, caso o credor não cobre do obrigado a dívida que este tem a solver, deixando escoar o correspondente lapso temporal, nada impede que o devedor, ulteriormente, cumpra a parte que lhe toca no negócio, solucionando a obrigação. Nota-se, em tal sentido, que o decurso do tempo não tem o condão de extinguir o direito. Este permanece intacto, pois de obrigação natural se está a tratar.

---

<sup>7</sup> Tem-se em mira o chamado direito subjetivo, isto é, a prerrogativa de que, em virtude de previsão constante da norma jurídica, certo indivíduo é titular (MONTEIRO, 2001, v. 1, p. 4).

<sup>8</sup> Ação como direito de exigir a emanação de certo provimento jurisdicional, decidindo-se uma pretensão trazida a Juízo (DINAMARCO, 2001, v. 1, p. 297).

<sup>9</sup> Ver JARDIM, 1992, p. 238, citando Carnelutti.

<sup>10</sup> GOMES, 1995, v. 1, p. 496.

A propósito, esse é o espírito do artigo 882 do Código Civil, ao tangenciar o problema do pagamento indevido.

Também não se há de ver na prescrição a perda do direito de ação. A ação, como mecanismo de agitar ou movimentar a função jurisdicional do Estado, atrela-se ao cumprimento de certas condições<sup>11</sup>, ou seja, requisitos legalmente previstos para que se exerça o direito de forma regular, sem excessos, abusos ou emulações<sup>12</sup>. Nessa dimensão, surgem a possibilidade jurídica do pedido<sup>13</sup>, o interesse de agir<sup>14</sup> e a *legitimatío ad causam*<sup>15</sup>, como pressupostos a serem preenchidos, sob pena de o autor vir a ser declarado carecedor de ação. A prescrição absolutamente não entra no presente contexto. Pensar na prescrição como perda do direito de ação judicial é achar que a ação, para ser regularmente exercitada, vincula-se à não expiração do prazo prescricional. Vale dizer: a não ocorrência da prescrição seria uma espécie de condição negativa da ação. Porém, tal assertiva não procede, pois,

---

<sup>11</sup> Condições da ação são elementos destinados a dar vida à norma, garantindo-se, destarte, o Direito (SATTI, 2003, v. 1, p. 193). O Autor menciona, como condições da ação, o interesse e a legitimidade.

<sup>12</sup> A expressão “condições da ação” requer certo cuidado. A ação judicial, como garantia fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, não se adstringe a condições. Tal fenômeno ocorre, propriamente, no terreno do Direito Processual e, portanto, em nível infraconstitucional, a exemplo do artigo 3º do CPC. De conseguinte, mais correta que “condições da ação” é a locução “condições ‘para o regular exercício’ do direito de ação”. Falando, inclusive, na ação como direito pré-processual, vale consultar TORNAGHI, 1991, v. 1, p. 55-56.

<sup>13</sup> Trata-se de postulação prevista no ordenamento jurídico (GRECO FILHO, 1991, p. 97).

<sup>14</sup> SATTI, 2003, v. 1, p. 197, considera o interesse uma condição objetiva a justificar o exercício da ação, reservando à legitimidade a posição de condição subjetiva.

<sup>15</sup> É a qualidade para agir, consistente na titularidade do interesse encontrado na pretensão que o autor deduz em Juízo, correspondendo à qualidade que também deve ter a parte contrária – legitimidade ativa e legitimidade passiva (SANTOS, 1990, v. 1, p. 167).

para o exercício daquele direito, é suficiente o cumprimento das mencionadas condições (positivas).<sup>16</sup>

Assim, tudo está a indicar que a prescrição surge como instituto determinante da extinção de pretensões, sem, no entanto, tocar no direito material ou no direito de ação. Por pretensão, conforme já se disse, deve ser entendida a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio. É o veículo da ação judicial, servindo de fundamento à petição inicial, no Processo Civil, à denúncia ou à queixa, no Processo Penal, bem assim à representação, no chamado Processo Infracional, regulado pela da Lei de nº 8.069/90.

Cometido o ato infracional, nasce para o Estado a pretensão socioeducativa que, por intermédio do Ministério Público, deverá ser articulada em sede própria: a representação (artigo 180, inciso III e artigo 182, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente). Paralelamente, é o que sucede no campo do Direito Processual Penal, em que a prática do crime ou da contravenção enseja para o Poder Público a pretensão punitiva a ser deduzida por meio da denúncia ou da queixa, nos termos do artigo 41 do CPP.

É exatamente a pretensão que se fará alvo do pião prescricional, caso haja, evidentemente, desrespeito ao prazo previsto. Não é por outra razão que no Direito Penal se fala numa prescrição “da pretensão” punitiva e numa prescrição “da pretensão” executória, significando tais expressões que prescritível é a pretensão e não o direito ou a ação. Tais posturas valem também para o Direito da Criança e do Adolescente,

---

<sup>16</sup> Nada obstante, a prescrição, ao consumir-se, opera efeitos práticos no campo do processo, estancando-lhe o andamento, impedindo a análise do *meritum causae*.

em cujas hostes podem ser identificadas uma prescrição “da pretensão” socioeducativa não executória e uma prescrição “da pretensão” socioeducativa executória.

Enfim, a tendência de ver na prescrição a extinção ou perda de uma pretensão encontra-se definitivamente solidificada no Direito Positivo. Com efeito, o artigo 189 do atual Código Civil preconiza que a pretensão nasce a partir da violação do direito, sendo extinta pela prescrição nos limites temporais dos artigos 205 e 206.

### **3 Fundamentos da prescrição**

Como instituto jurídico, a prescrição deve estribar-se em fundamentos, os quais vêm considerados por certas teorias, podendo-se aludir às seguintes: teoria do esquecimento, teoria da emenda e teoria da certeza do Direito<sup>17</sup>.

A essa altura já se pode vislumbrar na prescrição a suposição da existência de prazos (prazos prescricionais), todos eles legalmente previstos, a exemplo do que acontece com o artigo 109 do Código Penal. Nessa linha de entendimento, é lícito concluir que a prescrição tem em sua base o fator tempo. Este é o ponto em que a teoria do esquecimento principia por elaborar suas elucubrações. Com efeito, para a mencionada teoria (também chamada de teoria do olvido), nota-se na comunidade a propensão de se obliterarem fatos ocorridos há muito, sem que tenha havido tempestiva punição. Verificando ser a ação temporal algo de todo implacável, aceitando que o tempo tudo apaga,

---

<sup>17</sup> Há, na doutrina, referência a outras teorias, quais sejam: teoria da prova, teoria da extinção dos efeitos antijurídicos, teoria psicológica (LOZANO Jr., 2002, p. 23).

tudo resolve, não deve ser de outra forma na esfera do Direito. Como Ciência voltada para a solução de conflitos, a Dogmática Jurídica deve inserir-se em tal conjuntura, observando as leis mais primárias da intrigante dinâmica social.

Nesse sentido, perpetrado o fato antissocial, passado o tempo e omitida a atividade persecutória, qual seria a razão, o fundamento, enfim, de uma tardia punição? A justiça, em tal hipótese, não se estaria confundindo com vingança? Não seria uma justiça completamente sem utilidade? Justiça por justiça não é justiça. Decorrido o tempo, a comunidade tende a esquecer, a olvidar, e até a perdoar o episódio. Consumada a prescrição, porque o Estado se houve com inércia, considera-se extinta a pretensão, sem que mais nada possa ser feito.

Há, pelo escólio de René Garraud, o seguinte ensinamento<sup>18</sup>:

O verdadeiro motivo da prescrição penal tem a sua base no direito de punir. Com efeito, tornando-se inútil o castigo muito distanciado do delito ou da condenação, porque a lembrança do fato culposo está apagada e porque a necessidade do exemplo desapareceu, o próprio direito de punir deixa de existir para a sociedade. É pois o esquecimento *presumido* da infração não julgada, que liberta o culpado das conseqüências da infração: é o esquecimento *presumido* da condenação pronunciada que o liberta das conseqüências da condenação. A cessação da *razão de punir* motivada pelo fato de a pena não produzir qualquer efeito, relativamente ao autor do delito como relativamente a terceiros, e quando uma perseguição estiver fora de toda a proporção com as dificuldades e incertezas que oferece a constatação do delito como com

---

<sup>18</sup> GARRAUD, 2003, v. 2, p. 105.

a perturbação causada a uma situação adquirida, eis pois o que explica tanto a prescrição da ação pública como a prescrição da pena. A presunção de esquecimento que resulta do tempo decorrido é fundada, como todas as presunções, na observação dos fatos habituais: é ao mesmo tempo uma presunção invencível porque a lei a estabeleceu num fim elevado de utilidade social.

A segunda teoria, dita da emenda ou da correção, tem em vista, de certo modo, os fins da pena. Conhecida é a fase histórica em que a punição calcava-se apenas na ideia retributiva de compensar o mal com o mal, fundada na fria dialética hegeliana. De fato, o crime, sendo uma violação do Direito, encontraria na pena a sua própria violação. A pena, como violação da violação, seria a reafirmação do Direito. Lastreia a postura, ainda, o cânone da indeclinabilidade, devendo a sanção ser aplicada e executada a qualquer custo. Não havia preocupações com a pragmática da punição. Era a época em que reinava, absoluto, o apótema do *punitur quia peccatum*.

Hodiernamente, ao contrário do que propunha a corrente retributiva, pensa-se numa sanção utilitária, colimando a prevenção geral e a prevenção especial. Por prevenção especial, compreende-se a recuperação, a ressocialização, a reeducação, enfim, do agente infrator, impedindo-se novas condutas desviantes e, destarte, a reincidência. É o império do chamado *punitur ut ne peccetur*.

Transcorrido o tempo, vencido o prazo legalmente previsto, sem que o Estado tenha se feito presente com sua atividade de demanda, busca de provas, instrução e julgamento, o mal representado pelo fato cometido é naturalmente absorvido pelo grupo, tornando-se rarefeito. É justamente nessa atmosfera de retorno ao equilíbrio, à ordem e à paz que o agente, segundo suas próprias forças, consegue se recuperar, reinserindo-se na conjuntura da qual faz parte, comprovando a circunstância de que o delito foi apenas um ponto em

sua vida. O tempo faz o sujeito se autocorriger, expiando seus pecados, dispensando a sanção como instrumento de emenda. Dessa forma, consumada a prescrição, fecham-se todas as portas para qualquer possibilidade punitiva.

Acompanhe-se o posicionamento de Magalhães Noronha<sup>19</sup>:

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção de sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranqüilidade, dos sobressaltos e terrores por que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração.

Resta perscrutar a teoria da certeza do Direito ou da segurança jurídica. Na conformidade de seus postulados, a inércia dos Órgãos da persecução deixa pendente, no tempo, a atividade repressiva, o que acarreta estado de insegurança e, conseqüentemente, de instabilidade, não se compadecendo este quadro com a credibilidade que o povo deve depositar nas Instituições. E se analisarmos a questão sob o ponto de vista dos interesses do infrator, verificaremos que a enfocada teoria mais se solidifica, pois que a indefinição ameaça-lhe a tranquilidade e o sossego.

Se o Estado chamou a si a função de administrar e aplicar a justiça, dando a cada um o que é seu, proclamando a vontade inserta na norma jurídica e até estatuinto como crime o exercício arbitrário das próprias razões (artigo 345 do CP), cabe a ele pronunciar-se, dentro do prazo previsto, sobre as

---

<sup>19</sup> NORONHA, 1993, v. 1, p. 346-347.

contendas que lhe chegam ao conhecimento, sob pena de, não o fazendo, ver declarada extinta sua pretensão ante a consumação do fenômeno prescricional. Assim, o interesse da comunidade reside exatamente na tempestiva atuação do Poder Público.

Assevera Giuseppe Bettiol<sup>20</sup>:

No setor penal, é do ângulo do interesse estatal que nos devemos antes de tudo situar para a compreensão do funcionamento desta causa de extinção do crime. Para justificar o instituto, recorreu-se a presunções; mas será excelente a tal propósito não equivocar-se, porque mesmo recorrendo a presunções não é somente do ponto-de-vista individual ou do réu que nos devemos situar, mas do da coletividade (...).

#### 4 Por um conceito de prescrição<sup>21</sup>

O vocábulo tem origem na expressão *praescriptio*<sup>22</sup>, significando “escritura prévia”. De conseguinte, trata-se de escritura anteposta à verificação do mérito da causa, isto é, à análise da questão de fundo, essencial ou primacial do processo. Vê-se, dessa forma, que a prescrição, uma vez alegada e

---

<sup>20</sup> BETTIOL, 1976, v. 3, p. 199. Nada obstante Bettiol falar na prescrição como causa de extinção do crime, não se pode incorrer em tal vício. De fato, é comum ler ou ouvir que a prescrição extingue o crime; a prescrição extingue a pena; a prescrição extingue o processo; a prescrição extingue a ação; a prescrição extingue a condenação; a prescrição extingue a execução. Porém, tais posturas partem de inescusáveis equívocos, pois que, tecnicamente, o que a prescrição extingue são pretensões.

<sup>21</sup> A prescrição confere efeitos de ordem jurídica a um fato natural, que é a fluência do tempo. Extingue-se, desse modo, a “faculdade” que o Poder Público tem de aplicar aos infratores a respectiva sanção (ACOSTA, 1995, p. 294). O termo faculdade está entre aspas porque, em seu lugar, melhor seria dizer “pretensão”. No Código Penal, a prescrição, como causa extintiva da punibilidade, vem prevista no artigo 107, inciso IV, primeira parte, regulando-se, ainda, pelos artigos 109 *usque* 119.

<sup>22</sup> MORAES, 2002, v. 2, p. 465, menciona que prescrição vem de *praescriptio* – do verbo *prescribere*, de *prae* e *scribere*, que significa “escrever antes”.

acolhida, impede a análise do mérito, não mais interessando a responsabilidade ou a inocência do agente infrator.

Diante do afirmado até o presente momento, cabe movimentar o seguinte conceito: prescrição é a extinção ou a perda de uma pretensão em face do seu não exercício dentro do prazo legalmente estipulado.

Quanto à natureza jurídica, a prescrição constitui exceção material ou substancial indireta, pois, sem negar o fato (materialidade) ou a correspondente autoria, opõe motivo impeditivo ao exercício de determinada pretensão<sup>23</sup>.

Entretanto, advirta-se que prescrição não se confunde com decadência<sup>24</sup>. Prescrição é extinção de pretensões. Decadência é extinção de direitos (potestativos<sup>25</sup>). O Código de Processo Civil, no artigo 495, por exemplo, determina que o direito à ação rescisória extingue-se ao cabo de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença. É, à evidência, a perda de um direito, não de uma pretensão. O autor “decai do direito à rescisão do julgado”. Pode-se, então, conceituar a decadência como a extinção de direitos tendo em vista o seu não exercício dentro do prazo legal<sup>26</sup>.

Outro caso de decadência centra-se no mandado de segurança. O artigo 23 da Lei de nº 12.016/09 considera extinto

---

<sup>23</sup> CINTRA et. al., 2012, p. 305. Como exceção material ou substancial indireta, é a prescrição verdadeira questão preliminar de mérito.

<sup>24</sup> Em seara jurídico-penal, a decadência é causa extintora da punibilidade, *ex vi* do artigo 107, inciso IV, segunda parte, e do artigo 103, ambos do CP. Vide, ainda, o disposto no artigo 38 do CPP.

<sup>25</sup> São direitos cujo exercício cria um estado de sujeição para outrem (RODRIGUES, 1988, p. 350, nota de nº 326, citando Agnelo Amorim Filho).

<sup>26</sup> Direitos potestativos são passíveis de decadência (RODRIGUES, 1988, p. 351, nota de nº 326, citando Agnelo Amorim Filho).

o direito de postular a segurança no prazo de cento e vinte dias contado da ciência do ato impugnado. É, como se nota, a extinção do direito<sup>27</sup> à segurança de bens ou interesses que o impetrante reputa líquidos e certos. Não se trata da perda de pretensões. É decadência, jamais prescrição<sup>28</sup>.

Prescrição também não se identifica com perempção. No Direito Penal, ilustrativamente, perempção é a extinção da punibilidade<sup>29</sup> pela morte da ação de iniciativa privada em virtude da inatividade do querelante. Difere, portanto, da prescrição, que incide em todas as modalidades de ação penal.

Extremam-se, ainda, prescrição e preclusão. Enquanto a prescrição é assunto concernente ao Direito Material, a preclusão constitui tema de Direito Processual. É instituto genuinamente formal. Cuida-se da perda de direitos instrumentais motivada pelo seu não exercício no prazo legal. Nesse sentido, observando o artigo 593, *caput*, do Código de Processo Penal, conclui-se que o recurso de apelação há de ser interposto no lapso de cinco dias. Ora, recurso é direito de índole processual. Caso o sucumbente não recorra nos cinco dias seguintes à ciência da decisão, consumada estará a preclusão.

---

<sup>27</sup> Potestativo, insista-se.

<sup>28</sup> No Direito Penal, podem ser apontadas, como diferenças, entre prescrição e decadência, as seguintes: (i) a prescrição incide tanto na ação pública quanto na de iniciativa privada, a decadência recai na ação pública condicionada à representação do ofendido e na de iniciativa privada; (ii) a prescrição tem lugar em qualquer momento (antes, durante ou depois da ação penal), a decadência somente ocorre em momento anterior à ação; (iii) a prescrição está sujeita à suspensão e à interrupção, a decadência não se suspende e não se interrompe, sendo, portanto, fatal; (iv) a prescrição tem em vista o exercício de uma obrigação, a decadência extingue um direito. Vale, quanto ao assunto, consultar: TOURINHO FILHO, 1990, v. 1, p. 507 e NORONHA, 1994, p. 30.

<sup>29</sup> Vide artigo 107, inciso IV, parte final, do CP. Conferir, ademais, o disposto no artigo 60 do CPP.

## 5 O Estatuto da Criança e do Adolescente – o ECRIAD

Instituído por intermédio da Lei de nº 8.069/90, o ECRIAD inaugurou, no País, uma revolucionária fase do denominado Direito da Criança e do Adolescente que, cotejado com o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Penal e o Direito Processual Penal, possui a autonomia necessária à dignidade de autêntico ramo científico, o que se confirma diante da existência de princípios próprios<sup>30</sup>, a exemplo dos dogmas da proteção integral e da prioridade absoluta.

A respeito do princípio da proteção integral, observe-se o escrito de João Batista Costa Saraiva<sup>31</sup>:

Na Doutrina da Proteção Integral dos Direitos, as crianças passam a ser definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direito. Já não se trata de ‘menores’, incapazes, meias-pessoas ou incompletas, senão de pessoas cuja única particularidade é a de estar se desenvolvendo. Por isso se lhes reconhecem todos os direitos que têm os adultos, mais direitos específicos por reconhecer-se essa circunstância evolutiva.

Já em atenção ao princípio da prioridade absoluta, eis a manifestação de Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo<sup>32</sup>:

Houve grande inovação legislativa ao se determinar a *prioridade absoluta* na implementação dos direitos estabelecidos, em especial porque o legislador no parágrafo único do artigo 4º indicou que essa prioridade implica: receber, com primazia, em qualquer circunstância, proteção e socorro; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e

<sup>30</sup> Informa CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 8, que um dado ramo do Direito, para considerar-se Disciplina dotada de autonomia, deve reunir princípios próprios.

<sup>31</sup> SARAIVA, 2010, p. 24. O Autor, mencionando a criança, está referindo-se, também, ao adolescente.

<sup>32</sup> DEL-CAMPO et. al., 2012, p. 9.

destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

O sistema jurídico do Estatuto permite a detecção de duas partes cruciais: “cível” e “infracional”, donde ser legítimo mencionar a existência de Direito da Criança e do Adolescente Civil (Material e Processual), bem como a de Direito da Criança e do Adolescente Infracional (Material e Processual)<sup>33</sup>. Ao âmbito civil cabe a regulação de assuntos relativos à família natural, à família substituta, guarda, tutela, adoção, correspondentes procedimentos e outros; já ao âmbito infracional toca a disciplina do conceito de ato infracional, além do regramento de todo um processo permeado de atos e fases que lhe são peculiares.

Ao lado de princípios, o suprarreferido Direito apresenta institutos que somente a ele pertencem<sup>34</sup>, o que, também, está a ratificar a tese de uma autônoma e novel Ciência. No campo infracional, notam-se a presença dos seguintes institutos, os

---

<sup>33</sup> Não é correta a denominação “Direito ‘Penal’ Juvenil”: a uma, porque não se trata de “Direito Penal”, não sendo o “Direito da Criança e do Adolescente” mero capítulo ou compartimento daquele, mas Ciência autônoma, com carta de alforria dentro do arcabouço jurídico; a duas, porque o “Direito Penal”, por mais “Juvenil” que seja, não deixa de ser “Direito Penal”, regulador, portanto, do crime e da pena, institutos que, por previsão constitucional (artigo 228), não se encartam no “Direito da Criança e do Adolescente”; a três, porque, ainda que se queira aludir ao transplante de garantias de direitos, tal mostra-se de todo despidendo, vez que as garantias pertencem também ao “Direito da Criança e do Adolescente”, conclusão que se pode extrair da análise do artigo 5º da Constituição, sem que se precise lançar mão de um “Direito Penal Juvenil”. Por acaso, hoje em dia ainda se fala num “Direito Penitenciário”? Por óbvio que não. Cuida-se de autêntico “Direito de Execução Penal”. Nesse sentido, qual a razão de utilizar-se a expressão “Direito Penal Juvenil”? Errado: trata-se de “Direito da Criança e do Adolescente”, também chamado “Direito Infantojuvenil”. Relembre-se, por fim, que a autonomia de determinado setor jurídico começa em sua própria denominação.

<sup>34</sup> Informa CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 8, que um dado ramo do Direito, para considerar-se Disciplina dotada de autonomia, deve reunir institutos próprios.

quais, caso existam no Direito Penal e no Processo Penal, são, quando muito, semelhantes, não idênticos: (i) o ato infracional correlatamente ao crime e à contravenção; (ii) a medida socioeducativa em paralelismo com a pena; (iii) a apreensão em flagrante em cotejo com a prisão em flagrante; (iv) a representação socioeducativa equivalente à denúncia ou à queixa; (v) a internação provisória correspondente à prisão preventiva; (vi) a audiência em continuação correlatamente à instrução e julgamento; (vii) a sentença de aplicação de medida socioeducativa em paralelo com a sentença condenatória e a sentença de não aplicação de medida socioeducativa equivalente à sentença absolutória.

Referência, sempre no objetivo de demonstrar a autonomia científica do Direito da Criança e do Adolescente Infracional, merece o instituto da remissão, que não encontra similitude no Processo Penal tradicional, muito embora a encontre na Lei de nº 9.099/95, ao dispor sobre a transação penal.

No concernente ao ato infracional, não se deve confundir-lo com o crime, valendo, para tanto, observar a letra do artigo 103 do ECRID. Ora, se delito, analiticamente, é fato típico, antijurídico e culpável, e se a Constituição, no artigo 228, declara a inimputabilidade dos menores de dezoito, o que vem secundado pelo artigo 27 do CP, à evidência que criança e adolescente não podem cometer crimes. Sabido é que sem imputabilidade não há culpabilidade, vez que aquela é pressuposto desta; e sem culpabilidade não existe delito, pois aquela é elemento deste.

Em alusão à medida socioeducativa, o fundamento é diferente daquele que informa a pena, voltada que é à retribuição e à prevenção do crime. Com efeito, as providências elencadas

no artigo 112 do Estatuto colimam, de maneira insofismável, a pedagogia do jovem infrator.

A apreensão em flagrante, malgrado guardar enorme semelhança com a prisão em flagrante, dela se aparta. É certo que as hipóteses listadas nos incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal valem também para o Estatuto. Entretanto, o flagrante de ato infracional destina-se à Repartição Policial Especializada, em que o atendimento é feito por Autoridade com formação na área, além de receber imediato encaminhamento ao Órgão do Ministério Público. Ao demais, o flagrante é documentado em sede de auto de apreensão, não se tratando de auto de prisão (artigo 173, inciso I, do ECRID).

A representação marca a peça prefacial da ação socioeducativa, não se identificando com a denúncia ou a queixa, vestibulares da ação penal. Aliás, não existe ação socioeducativa de iniciativa privada. A representação deve conter a narração de um fato típico e antijurídico, tão somente (ato infracional), não comportando a descrição do crime. Além do mais, enquanto o que se pede na denúncia ou na queixa é a condenação do réu, a representação finaliza com o pleito de aplicação de medida socioeducativa (artigo 182, *caput*, do Estatuto).

A internação provisória, medida *ad cautelam*, elaborada em paralelismo com a prisão preventiva, desta bem se distancia. O adolescente internado durante o processo é encaminhado ao Centro de Internação Provisória, afastando-se das Cadeias Públicas, para onde são conduzidos os presos preventivos. Verifique-se, ainda, a questão do prazo da internação: por previsão expressa do artigo 183 do ECRID, é ele de apenas quarenta e cinco dias.

Confrontando a audiência em continuação do Processo Infracional com a audiência de instrução e julgamento do Processo Penal, conclui-se que na última procede-se, em primeiro lugar, à oitiva da vítima, inquirindo-se as testemunhas, interrogando-se o acusado e, por fim, realizando-se os debates orais (artigo 531 do CPP). Já a audiência em continuação obedece a outro rito: inquiridas as testemunhas e juntado o relatório da equipe interprofissional, entra-se na fase dos debates (artigo 186, §4º, do Estatuto).

Nos termos do artigo 189 do ECRID, não há, no Direito da Criança e do Adolescente, espaço para sentenças condenatórias ou absolutórias, pois não existe crime a ser apurado e nem pena a ser aplicada. É intuitivo que “condenação” e “absolvição” aludem à prática de delito, supondo, também, a ideia de pena. O que há é decisão de aplicação ou de não aplicação de medida socioeducativa, até por conta do princípio do *ne eat index ultra petita partium*, determinando a correlação entre a representação e a sentença. Ora, se na representação incumbe ao Ministério Público propor a instauração de procedimento tendente à imposição de medida socioeducativa, não poderia a Autoridade Judiciária infligir pena, condenando o jovem infrator.

Veja-se, por derradeiro, o instituto da remissão. Nada obstante a aparência que guarda com a transação penal, designa realidade distinta. Nesse elastério, a remissão, que pode ser

exclusiva, suspensiva ou extintiva<sup>35</sup> do procedimento (artigo 126 do Estatuto), configura uma espécie de perdão que se concede ao adolescente, podendo incluir, ou não, a aplicação de providência socioeducativa, à exceção do regime de semiliberdade e da internação. Já a transação penal, pautada no cometimento de infração de menor potencial ofensivo, tem em mira a imposição de pena não privativa de liberdade: restritiva de direitos ou multa (artigo 76, *caput*, da Lei de nº 9.099/95).

Assim, tendo sido gestado no Direito Penal e no Processo Penal, o Direito Infantojuvenil ganhou vida própria, alforriou-se. Evidentemente que há vários outros institutos registrando a autonomia desse ramo jurídico, mas, considerados os estreitos limites do presente trabalho, não comportam sequer a mais breve menção.

Em atenção à peculiar terminologia utilizada pelo Estatuto, que não é meramente eufemística, mas determinante da autonomia do Direito da Criança e do Adolescente, contornando-lhe um objeto de estudo todo próprio, oportuno é acompanhar as palavras do provector Basileu Garcia<sup>36</sup>:

---

<sup>35</sup> Em estudo publicado na Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas, v. 13, nº 1/2, de 2012, intitulado “O regime da remissão aplicada cumulativamente com medida socioeducativa”, afirmou-se, à página 284, que a advertência mostra-se compatível apenas com a remissão extintiva, o que levaria à conclusão de que a remissão exclusiva e a suspensiva não se poderão fazer cumular com a medida de advertência. Porém, e para que se evitem ilações equivocadas acerca da aludida afirmação, urge que se explique o seguinte: a rigor, a advertência admite cumulação com a remissão exclusiva, jamais com a suspensiva. Entretanto, a remissão exclusiva há de observar praticamente o mesmo *si stema* da remissão suspensiva, ou seja, concedido e homologado o benefício, urge que o jovem infrator entre em fase de cumprimento da medida cumulativamente aplicada: reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida ou medida de proteção.

<sup>36</sup> GARCIA, 2008, v. 1, t. 1, p. 472-473.

Farta literatura se ocupa com o problema da chamada criminalidade infantil e juvenil. E uma das suas preocupações modernas é condenar essa expressão criminalidade infantil e juvenil. Para se evitarem confusões nocivas com os métodos penais adotados em relação aos delinquentes adultos, quer-se que na Justiça de menores não tenham guarida nem mesmo as designações habitualmente usadas na Justiça dos maiores.

## **6 A prescrição e o ECRIAD**

A prescrição, como extinção ou perda de uma pretensão ante o decurso do tempo, não está prevista em nenhum repositório da Lei de nº 8.069/90, importando questionar se tem ela cabimento no Direito da Criança e do Adolescente.

Em princípio, impende delinear, ao lado da pretensão punitiva e da pretensão executória, ambas enfeixadas nas mãos do Estado, a existência de uma pretensão socioeducativa não executória, bem como a de uma pretensão socioeducativa executória, também pertencentes ao Poder Público.

Cometido o crime, surge a chamada pretensão punitiva, isto é, o Estado passa a “pretender punir” o autor da infração, reunindo suficiente material probatório capaz de, futuramente, justificar um decreto de aplicação de pena. Transitada em julgado a sentença de condenação, emerge a pretensão executória. Já agora, o Estado, munido do competente título, passa a “pretender executar” a sanção imposta. Sucede que há lapsos de tempo para o exercício das duas pretensões: punitiva e executória. Caso o Estado atue dentro dos prazos previstos, cumprirá o seu mister;

caso haja inércia de sua parte, uma vez expirado o prazo legal, o Estado perde, pela prescrição, qualquer daquelas formas de pretensão, não podendo mais agir em face de quem quer que seja.

Em paralelo ao que se acaba de afirmar, pode-se, no Direito Infracional, construir ideias correlatas. Destarte, lícito é mencionar a existência de uma pretensão socioeducativa não executória e a de uma pretensão socioeducativa executória. Nesses termos, praticado o ato infracional, nasce a pretensão socioeducativa não executória, passando o Estado a representar em benefício do adolescente, propondo a deflagração de procedimento tendente à imposição das providências listadas no artigo 112 do ECRIAD. Transitada em julgado a sentença de aplicação de medida, emerge a pretensão socioeducativa executória. O Estado, então, deverá atuar no sentido do cumprimento da providência imposta. Eis, pois, o questionamento: e os prazos para o exercício dessas pretensões? Afinal, tais pretensões estão sujeitas a limites de tempo ou seriam elas imprescritíveis?

O assunto é controvertido<sup>37</sup>.

Considerando a finalidade socioeducativa da ação estatal e observando que a adolescência perdura por apenas seis anos, entende-se que a prescrição é incabível no âmbito infantojuvenil. Nessa linha, os interesses do jovem infrator colocam-se em primeiro plano, sendo função precípua do Poder Público resgatar o adolescente do mundo do ato infracional, utilizando-se de medidas pedagógicas e terapêuticas propiciatórias de uma realidade em que o menor de dezoito possa se conduzir sob as pautas do regramento da sociedade em que vive. Ademais,

---

<sup>37</sup> DEL-CAMPO, *in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 2010, p. 539 e ROSSATO et. al., 2012, p. 374.

verificando o fato de que a adolescência se protraí por apenas seis anos, o Estado dispõe de tempo relativamente pequeno para concretizar o ideal socioeducativo desejado pelo ECRIAD. De conseguinte, falar em prescrição seria atabalhoar seriamente a atuação estatal que, por isso, restaria comprometida, impedida de realizar o espírito do Estatuto<sup>38</sup>.

Há, ainda, o argumento de que o artigo 121, §5º, do ECRIAD, ao ordenar a compulsória liberação do adolescente internado, estaria a traçar uma data limite, o que torna desnecessária a admissão do instituto da prescrição. *In casu*, haveria uma espécie de superveniente carência de ação ou de execução socioeducativa, consubstanciada na falta do interesse de agir, pois o implemento dos vinte e um anos não permitiria qualquer forma de trabalho socioeducativo tendo em vista quem não mais ostenta a condição de adolescente<sup>39</sup>.

Nessa linha de entendimento, confira-se o discurso de João Batista Costa Saraiva<sup>40</sup>:

O Estatuto da Criança e do Adolescente silencia no que diz respeito a uma eventual 'prescrição da pretensão socioeducativa'. Afirma em seu art. 2º, parágrafo único, sua aplicação às pessoas entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressamente previstos, referindo-se à aplicabilidade e à execução de medida socioeducativa a jovens desta faixa etária por conta de atos infracionais praticados

---

<sup>38</sup> DEL-CAMPO et. al., 2012, p. 259-260, considerando o caráter protetivo e educativo das medidas previstas no artigo 112 do ECRIAD, e considerando que o Estado tem o dever de educar, não havendo prescrições de deveres, o instituo não teria cabimento.

<sup>39</sup> Conjugando os §§ 2º, 3º e 5º, todos do artigo 121 do ECRIAD, chega-se à conclusão de que, a princípio, a internação é por prazo indeterminado, adstringindo-se, entretanto, ao limite máximo de três anos, sendo a liberação compulsória quando o socioeducando completar vinte e um anos de idade (OLIVEIRA, 2011, p. 260).

<sup>40</sup> SARAIVA, 2010, p. 213.

na adolescência. Neste sentido, está previsto o desinternamento compulsório quando o jovem estiver privado de liberdade e vier a implementar aquele limite etário (art. 121, §5º).

Em face destes parâmetros, há os que sustentam a manutenção dos procedimentos de apuração de ato infracional até que o jovem a que se atribua a autoria do ato infracional implemente a idade de 21 anos. Por hipótese, nestas circunstâncias, possível se faz que, oferecida uma representação contra um adolescente com 12 anos de idade, que, por algum motivo venha a não ser localizado, tenha contra si expedido mandado de busca e apreensão, cuja validade será o limite da implementação pelo apontado infrator da idade de 21 anos, pois até esta idade far-se-á susceptível à aplicação de medida socioeducativa.

Prosseguindo em sua corrente de pensamento, o mesmo Autor, no caso de ser atingida a idade de vinte e um anos, afirma<sup>41</sup>:

Neste caso, haverá uma decisão de extinção do processo não por ‘prescrição da pretensão socioeducativa’, mas, com utilização dos princípios norteadores da teoria da ação; extinção por ausência de interesse jurídico de agir, uma das condições da ação. Diz-se não haver interesse jurídico de agir pelo presumir de que os mencionados mecanismos de controle social (família, escola, sociedade) foram bastantes para alcançar o resultado socioeducativo perseguido pelo processo (...).

Malgrado o acima referido, frise-se que a prescrição é plenamente cabível como forma de extinção ou preda de pretensões socioeducativas.

Analisando o artigo 107, inciso IV, primeira parte, do Código Penal, conclui-se ser a prescrição causa extintiva da

---

<sup>41</sup> SARAIVA, 2010, p. 214.

punibilidade. Sendo assim, resulta inelutável que a prescrição corre contra o Estado e a favor do réu. Nessa esteira, é a prescrição um benefício. Ora, se funciona para beneficiar o maior de dezoito, qual a razão de não favorecer o menor? O princípio da proporcionalidade impede que se proceda de outro modo; muito ao contrário, se cabe para o imputável, haverá de caber para o inimputável. É a aplicação do brocardo *favores ampliandi odia restringenda*. Não esquecer que as medidas socioeducativas, apesar de não serem penas, implicam um ônus. São, enfim, uma forma de sancionar o adolescente.

A Lei de nº 12.594/12, ao cuidar do processo de execução das medidas socioeducativas, positivou o cânone da proporcionalidade em seu artigo 35, inciso I, determinando, a par da legalidade, que ao adolescente não pode ser conferido tratamento mais gravoso que o reservado ao adulto.

Em segundo lugar, acentue-se que prescrição significa limite para a ação do todo poderoso Estado que, sem faixa prescricional, não seria Democrático, traindo, portanto, a promessa insculpida no artigo 1º, *caput*, da Constituição. Estado sem baliza prescricional de atuação é Estado ilimitado, desenfreado, descontrolado, arbitrário e violento. Certo que a adolescência perdura por apenas seis anos, mas nem por isso deixa o Poder Público de ter lapsos de tempo para exercer pretensões na área infantojuvenil. Nessa dimensão, o Estado que se mantiver inerte será “punido” com a perda de suas pretensões e, de outro lado, o cidadão terá a segurança de saber que o Poder Público, como qualquer pessoa, dispõe de prazos, os quais, expirados, impedirão que se tomem providências daí em diante.

Além do mais, se é verdadeira a parêmia segundo a qual o Direito não socorre aqueles que dormem, e se referida máxima tem por destinatário o cidadão diante da ordem jurídica, há de ter ela validade também para o Poder Público. Sendo de Direito e Democrático, o Estado obriga-se ao cumprimento de suas próprias normas, exatamente como os particulares em geral.

O terceiro argumento a prol da admissão da prescrição calca-se na Teoria Geral do Direito. Como sistema de princípios e normas, o Direito, doutrinariamente falando, tem em seu ápice uma Teoria Geral consagradora de institutos com campo de validade para todos os setores da árvore jurídica, sendo o Direito da Criança e do Adolescente um deles. Não está a prescrição presente no Direito Civil (artigos 189 e segs. do CC)? Não está ela presente no Direito Penal (artigos 109 e segs. do CP)? E no Direito Administrativo (artigo 23 da Lei de nº 8.429/92)? E no Direito do Trabalho (artigos 149 e 916 da CLT)? E no Direito Tributário (artigo 174 do CTN)? E no Direito Penal Castrense (artigos 124 e segs. do CPM)? Somente o Direito Infracional não teria uma prescrição disciplinadora de suas relações? Evidente que tem.

Seguidamente, pondere-se com a analogia. Dado que a legislação não contempla todas as hipóteses passíveis de ocorrência, inevitável é o surgimento de lacunas. Baseada no raciocínio por semelhança, emerge a analogia com a função de completar o sistema, colmatando-lhe os espaços em branco. Nesse diapasão, aponte-se para a similitude entre o crime e o ato infracional, entre a pena e a medida socioeducativa; aponte-se, também, para a proximidade entre o regime aberto de

cumprimento de pena e a liberdade assistida, entre o regime semiaberto e a semiliberdade, entre o regime fechado e a internação<sup>42</sup>. Há, conforme já se disse, verdadeiro paralelo entre o Direito Penal e o Direito da Criança e do Adolescente. Havendo semelhança, insofismável que a prescrição tem total cabida na área infantojuvenil, sobretudo em razão do fato de ser ela um benefício, dando ensejo à chamada analogia *in bonam partem*. Ora, lacônico o ECRIAD, pois não traz qualquer palavra acerca da prescrição, autorizado está o transplante dessa causa extintiva da punibilidade.

À guisa de exemplo: o Código Penal, no artigo 111, inciso I, determina que a prescrição da pretensão punitiva corre a partir do momento em que o delito se consuma. Com base no mesmo preceito, pode-se afirmar, analogicamente, que a prescrição da pretensão socioeducativa não executória tem seu início quando da consumação do ato infracional. Se, nos termos do artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa com o trânsito em

---

<sup>42</sup> Em estudo publicado na Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas, v. 13, nº 1/2, de 2012, intitulado “O regime da remissão aplicada cumulativamente com medida socioeducativa”, afirmou-se, à página 280, que a liberdade assistida guarda correspondência com o regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade e que a semiliberdade corresponderia ao regime semiaberto. Tais assertivas estão corretas. Entretanto, é indispensável entender a inteligência dessas afirmações, evitando-se conclusões equivocadas. A correspondência a que se refere é tida sob o ponto de vista da mobilidade ínsita ao cumprimento de medida socioeducativa, tendo-se em linha de conta, também, o dinamismo característico da execução penal. Certamente que a aludida mobilidade e o mencionado dinamismo plasmam-se nos institutos da progressão e da regressão, sobretudo hoje em face do advento da Lei de nº 12. 594/12. Ademais, o artigo 120, *caput*, do Estatuto, prevendo que a semiliberdade pode ser aplicada como etapa de transição entre a internação e a liberdade assistida, permite que se construa o seguinte raciocínio: internação-regime fechado; semiliberdade-regime semiaberto; liberdade assistida-regime aberto.

julgado da sentença de condenação, a prescrição da pretensão socioeducativa executória inicia com o trânsito em julgado da sentença de aplicação das medidas previstas no artigo 112 do Estatuto. Enfim, *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.

Se as razões até aqui relacionadas não se mostram suficientes para provar a existência da prescrição no Direito Infracional, argumente-se com a questão da prescritibilidade como princípio constitucional. De acordo com a teoria da certeza do Direito, o fundamento da prescrição reside na necessidade de se infundir segurança às relações sociais, permitindo que pendências não fiquem eternamente a descoberto. Desse modo, a Carta de Outubro, no artigo 5º, incisos XLII e XLIV, considera a imprescritibilidade em apenas duas hipóteses: racismo e ação de grupos armados, civis ou militares. Vale dizer que em todos os demais casos o que domina é o princípio da prescrição, sendo esta a regra. A exceção fica por conta de repositório constitucional. Dado que a Magna Carta não estabeleceu a imprescritibilidade das pretensões socioeducativas, indubitavelmente são elas suscetíveis de prescrição.

Por fim, registre-se que a atual tendência da ordem jurídica é admitir o instituto da prescrição no campo do Direito da Criança e do Adolescente. Destarte, o artigo 46 da Lei de nº 12.594/12 elenca as hipóteses de “extinção das providências socioeducativas”<sup>43</sup>. Nesse sentido, considera-se “extinta a medida”<sup>44</sup>: (i) pela morte do adolescente; (ii) pela realização de sua finalidade; (iii) pela aplicação

---

<sup>43</sup> A expressão está entre aspas porque, pela prescrição, o que se extingue não é a providência socioeducativa em si, mas a pretensão que o Poder Público tem relativamente à aplicação e/ou execução das medidas elencadas no artigo 112 do Estatuto.

<sup>44</sup> Veja-se a nota anterior.

de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva; (iv) pela condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida; (v) nas demais hipóteses previstas em lei.

Verifique-se que a nova Lei, ao mencionar a morte do adolescente, está mantendo verdadeiro paralelo com o inciso I do artigo 107 do Código Penal, que alude à morte do agente como causa extintora da punibilidade. Além disso, observe-se o inciso V do artigo 46 da Lei de 2012. O dispositivo, referindo-se às demais hipóteses previstas em lei, certamente há de contemplar a prescrição<sup>45</sup>.

## **7 A prescrição da pretensão socioeducativa não executória<sup>46</sup>**

Cometido o ato infracional, surge a chamada pretensão socioeducativa não executória. O Estado, apresentado pelo Ministério Público, passa a pretender aplicar as providências elencadas no artigo 112 do ECRID.

### **7.1 Prazos de prescrição**

Já se disse que a prescrição, extinguindo pretensões em virtude do decurso do tempo, supõe a existência de prazos. Estes, legalmente previstos, servem para balizar a atuação do Poder Público no cumprimento de seus deveres. Em tal sentido, os prazos de prescrição com os quais se possa aqui trabalhar são exatamente aqueles dispostos nos incisos do artigo 109 do Código Penal.

Certamente que, da lista do aludido artigo 109, considerar-se-ão os prazos insculpidos nos incisos IV e VI, tendo-se em conta,

---

<sup>45</sup> Evidente que a jurisprudência já assentou ter a prescrição total cabida no Direito Infracional, haja vista a súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>46</sup> DEL-CAMPO et. al., 2012, p. 262, menciona uma “prescrição da pretensão socioeducativa abstrata”.

sempre, a previsão do artigo 115 do Código Penal, que enuncia dever o lapso prescritivo ser reduzido de metade em razão da menoridade do agente infrator.

À evidência que no Direito da Criança e do Adolescente Infracional não existem penas capazes de oferecer a tradicional base para a disciplina dos prazos de prescrição. Nada obstante, na conjuntura do artigo 112 do ECRriad, há duas medidas que poderão apontar para a existência de prazos destinados ao exercício da pretensão socioeducativa não executória: a prestação de serviços à comunidade e a internação.

Relembre-se que os lapsos prescricionais deverão estipular o máximo possível para a atividade do Estado, por haver, na matéria, indiscutível interesse público. Daí a razão de o Código Penal, no *caput* do artigo 109, determinar que a prescrição da pretensão punitiva seja regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao tipo de crime.

Nesse elastério, atentando-se para o artigo 117, *caput*, do Estatuto, veja-se que a prestação de serviços à comunidade não pode exceder o limite de seis meses. Assim, seis meses é o máximo previsto para o cumprimento da medida, máximo esse a disciplinar a prescrição. Subsumindo tal limite de tempo no inciso VI do artigo 109 do Código Penal, aplicando-se o redutor do artigo 115, tem-se que o Estado deverá encerrar a ação socioeducativa no improrrogável lapso de um ano e meio, a contar da consumação do ato infracional.

Exemplificando: determinado adolescente comete furto qualificado ante o rompimento do obstáculo à subtração da coisa. Num juízo prognóstico, a ocorrência mostra-se suscetível de aplicação da medida de prestação de serviços comunitários. Considerando que o ato infracional tenha sido consumado aos 11 de abril de 1992, o Estado tem até o dia 10 de outubro de 1993 para decidir a situação do jovem infrator, sob pena de não mais poder fazê-lo em virtude da prescrição.

Observando o rol do artigo 112 do ECRIDAD, a prestação de serviços à comunidade fornecerá o paradigma para as medidas de advertência e obrigação de reparar o dano que, *ex vi legis*, não têm prazos definidos. Por conseguinte, perpetrado ato infracional passível de aplicação da advertência ou da reparação do dano, o Estado, a contar da consumação da infração, dispõe do lapso de ano e meio para finalizar a ação socioeducativa, sob pena de prescrição<sup>47</sup>.

Nos termos do artigo 121, § 3º, do Estatuto, a internação jamais poderá exceder a faixa dos três anos. O triênio, portanto, é o máximo estabelecido. Ora, sendo o máximo, é o que vai servir de base à disciplina da prescrição. Enquadrando tal limite no inciso IV do artigo 109 do Código Penal, aplicando-se, ainda, o redutor do artigo 115, lícito é concluir que o Estado deverá encerrar a ação socioeducativa no improrrogável prazo de quatro anos, a contar da consumação do ato infracional.

Exemplificando: certo adolescente pratica latrocínio. Atentando-se para a gravidade objetiva do ato perpetrado e para a intensidade do dolo incrustado na conduta infracional, vê-se

---

<sup>47</sup> Nada obstante, há posições no sentido de que a pretensão relativa à aplicação e/ou execução da obrigação de reparar o dano prescreveria em apenas um ano. *In casu*, teria incidência o artigo 114 do Código Penal. Ora, se a reparação do dano é medida socioeducativa de cunho patrimonial, nada impede que se traceje um paralelo com a pena de multa, utilizando-se, via de consequência, o respectivo lapso prescricional, que é de dois anos e que, reduzido de metade (artigo 115 do CP), cai para um ano. Reconheça-se que a presente posição é mais benéfica que a sustentada no texto, cujo prazo prescricional seria de um ano e meio. Nessa esteira, ver DEL-CAMPO et. al., 2012, p. 265. Entretanto, não se há de aceitar tal postura, pois que ela afronta o princípio da proporcionalidade. De fato, não seria justo que a pretensão relativa à reparação do dano prescrevesse em um ano e a pretensão relativa à advertência prescrevesse em um ano e meio, quando se sabe que o Estatuto, à exceção das medidas de proteção, segue, no artigo 112, uma ordem crescente de gravidade no que toca ao elenco das providências socioeducativas.

que a ocorrência epigrafada torna-se, num prognóstico, passível de aplicação da mais severa dentre todas as providências do artigo 112 do ECRIAD: a internação. Se, por hipótese, a infração tiver sido consumada aos 11 de abril de 1992, o Estado tem até o dia 10 de abril de 1996 para encerrar a ação socioeducativa, sob pena de prescrição.

Calha dizer que o prazo previsto para a internação deverá ser o paradigma da liberdade assistida e do regime de semiliberdade, haja vista que mencionadas medidas não dispõem, no Estatuto, de lapsos máximos de tempo prefixados. É verdade que o artigo 118, § 2º, do ECRIAD, determina o limite de seis meses para a liberdade assistida, porém, tratando-se de “prazo mínimo”, não serve para regular a prescrição<sup>48</sup>.

Sublinhe-se que a contagem prescritiva deve obedecer, sempre e sempre, ao versado no artigo 10 do Código Penal. Destarte, urge incluir, no cômputo, o dia do começo, excluindo-se o do vencimento, regra tomada, também, para benefício do jovem infrator<sup>49</sup>.

## **7. 2 Termos iniciais da prescrição**

O Direito da Criança e do Adolescente comporta os termos iniciais dispostos nos cinco incisos do artigo 111 do Código Penal, não havendo, no assunto, muita novidade. Dessa

---

<sup>48</sup> Em sentido diametralmente oposto, DEL-CAMPO et. al., 2012, p. 265. A considerar o prazo mínimo da medida, estar-se-á contrariando toda a teoria da prescrição, que se regula sempre pelo máximo estipulado.

<sup>49</sup> Incide o artigo 10 do CP sobre todas as espécies de prescrição: da pretensão socioeducativa não executória e da pretensão socioeducativa executória, lembrando que a primeira modalidade abrange a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa.

forma, a prescrição tem o seu pórtico: (i) na data da consumação do ato infracional; (ii) cuidando-se de tentativa, na data da prática do último ato executório da infração; (iii) na hipótese de ato infracional permanente (sequestro/cárcere privado), a prescrição começa na data da cessação da permanência; (iv) nos casos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a *praescriptio* flui a partir da data em que a ocorrência se torna conhecida; (v) tratando-se de ato infracional contra a dignidade sexual de criança ou de adolescente, a prescrição inicia na data em que a vítima completa dezoito anos.

### 7. 3 Causa suspensiva da prescrição<sup>50</sup>

A prescrição, sujeita à suspensão, orienta-se, no Direito Infantojuvenil, pela regra constante do artigo 116, inciso I, do CP. Em tal sentido, exsurge a questão prejudicial<sup>51</sup> como motivo determinante da suspensão do lapso prescritivo. Medite-se sobre o seguinte exemplo: determinado adolescente está sendo processado por ter cometido apropriação indébita. Em meio à demanda socioeducativa, a Defesa do infrator levanta dúvida acerca do caráter alheio da coisa apropriada. Remetendo-se a questão ao Juízo Cível, competente para dirimi-la, a prescrição, no Infracional, fica estancada. Quanto à hipótese do inciso II do mencionado artigo 116, não cabe tecer anotações a seu respeito, pois, não havendo pena como resposta ao ato infracional, não há o problema daquela que estiver sendo cumprida alhures.

---

<sup>50</sup> Suspensão não se confunde com interrupção da prescrição. Na suspensão, aproveita-se o período anteriormente decorrido; na interrupção, o prazo é reiniciado *ex novo ex integro*, isto é, parte-se do zero, anulando-se o período anteriormente transcorrido.

<sup>51</sup> O regramento minucioso das questões prejudiciais consta dos artigos 92 *usque* 94 do Código de Processo Penal.

## 7. 4 Causas interruptivas da prescrição

Os prazos prescricionais, também sujeitos à interrupção, suscitam, na área do Direito Infantojuvenil, a mesma regência do artigo 117 do Código Penal. Nessa linha, interrompem a prescrição: (i) o recebimento da representação; (ii) a publicação da sentença ou do acórdão de aplicação de medida socioeducativa. Insofismavelmente, não há que se falar em queixa<sup>52</sup>, pois a persecução do ato infracional é sempre pública, jamais de iniciativa privada. Não se mencione, também, a decisão de pronúncia<sup>53</sup> e nem a de sua confirmação<sup>54</sup>, vez que a competência do Tribunal do Júri para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dos conexos e dos continentes, não abrange a Justiça da Infância e da Juventude (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição e artigo 79, inciso II, do Código de Processo Penal).

## 8 A prescrição da pretensão socioeducativa executória<sup>55</sup>

Transitada em julgado a sentença de aplicação das medidas previstas no artigo 112 do Estatuto, nasce a pretensão socioeducativa executória, significando que o Estado passa a pretender executar, fazendo cumprir a providência imposta.

### 8. 1 Prazos de prescrição

São os mesmos existentes para o cálculo da prescrição

---

<sup>52</sup> Vide artigo 117, inciso I, parte final, do CP.

<sup>53</sup> Vide artigo 117, inciso II, do CP.

<sup>54</sup> Vide artigo 117, inciso III, do CP.

<sup>55</sup> DEL-CAMPO et. al., 2012, p. 264, menciona uma “prescrição da pretensão executória das medidas socioeducativas”. A denominação não é das mais felizes: a uma, porque não se adjetiva o caráter socioeducativo da pretensão suscetível de prescrição; a duas, porque não são as medidas socioeducativas em si que prescrevem, mas as pretensões (não executória e executória), ambas enfeixadas nas mãos do Estado.

da pretensão socioeducativa não executória, com a só distinção de que, na modalidade sob comento, o Poder Público já dispõe de título que lhe confere legitimidade para agir: a sentença de aplicação de medida socioeducativa transitada em julgado.

Exemplificando: certo adolescente é sentenciado por ter cometido receptação, recebendo, a título de medida socioeducativa concreta, a prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três meses. A decisão transita em julgado aos 02 de agosto de 1993. Subsumindo o lapso de três meses no inciso VI do artigo 109 do Código Penal, aplicando-se, ainda, o redutor do artigo 115, conclui-se que o Estado terá o improrrogável prazo de um ano e meio para executar a providência, isto é, terá até o dia 01 de fevereiro de 1995 para exercer a pretensão socioeducativa executória, sob pena de prescrição.

Exemplificando, desta feita, com a internação, reflita-se sobre a seguinte hipótese: determinado adolescente, ante a prática de estupro qualificado pela morte da vítima, é sentenciado, sendo-lhe aplicada a medida prevista no artigo 112, inciso VI, do ECRID. A decisão transita em julgado aos 02 de agosto de 1993. Ora, nos quadros da internação, não havendo limite de tempo fixado na sentença, pois a conduta do socioeducando é reavaliada ao cabo de seis meses, o prazo a ser considerado é o de três anos, nos termos do artigo 121, § 3º, do Estatuto. Enquadrando tal lapso no inciso IV do artigo 109 do Código Penal, aplicando-se o redutor do artigo 115, lícito é verificar que o Estado disporá de improrrogáveis quatro anos para executar a medida, ou seja, terá até o dia 01 de agosto de 1997 para exercer a pretensão socioeducativa executória, sob pena de prescrição.

## 8. 2 Termos iniciais da prescrição

Com base no artigo 112 do Código Penal, a prescrição flui: (i) na data em que transita em julgado, para o Ministério Público<sup>56</sup>, a sentença de aplicação de medida socioeducativa; (ii) na data em que se interrompe o processo de cumprimento de medida socioeducativa, salvo se a interrupção deva ser computada na execução. Por óbvio, não se deve referir ao trânsito em julgado da decisão revocatória do *sursis* e do livramento condicional<sup>57</sup>, uma vez que sobreditos institutos constituem “incidentes”<sup>58</sup> do processo de execução da pena. Como cediço, adolescente, sendo inimputável, não se sujeita a essa forma de resposta estatal.

## 8. 3 Causa suspensiva da prescrição

Nos termos do parágrafo único do artigo 116 do Código Penal, aplicável ao Direito Infantojuvenil, a prescrição não corre durante o tempo em que o jovem infrator estiver internado por outro motivo. Assim, certo adolescente é sentenciado pela prática de roubo circunstanciado ante o emprego de arma, recebendo a medida de internação. A decisão passa em julgado exatamente na ocasião em que o jovem se encontra internado em virtude de outra ação socioeducativa, instaurada que foi por causa da

---

<sup>56</sup> De notar que o *dies a quo* da prescrição é o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público, porém, a prescrição da pretensão socioeducativa executória só pode ser efetivamente declarada se a sentença houver passado em julgado para ambas as partes: Ministério Público e Defesa (adolescente).

<sup>57</sup> Vide artigo 112, inciso I, parte final, do CP.

<sup>58</sup> O vocábulo está entre aspas porque os verdadeiros “incidentes da execução penal” são as conversões, o excesso, o desvio, a anistia e o indulto, *ex vi* dos artigos 180 *usque* 193, da LEP. Assim, considerar o *sursis* e o livramento condicional como incidentes da execução não é de perfeita técnica.

prática de homicídio. Enquanto perdurar a internação por último aludida, a prescrição, relativamente ao processo do roubo com arma, permanece suspensa.

#### **8. 4 Causas interruptivas da prescrição**

O artigo 117, inciso V, do Código Penal, fornece as causas que imporão se interrompa o lapso prescritivo. Nesse sentido, considera-se interrompida a prescrição: (i) pelo início ou (ii) pela continuação do cumprimento de medida socioeducativa. Medite-se acerca deste exemplo: determinado adolescente é sentenciado por ter cometido estelionato. Recebe uma prestação de serviços comunitários. Transitada em julgado a decisão, iniciando-se o curso prescricional, é ele interrompido no exato instante em que o jovem comparece ao programa governamental a fim de executar a medida.

Refleta-se: certo adolescente é sentenciado em razão da prática de extorsão. Recebe, a título de medida socioeducativa, a providência constante do inciso VI do artigo 112 do ECRID. A decisão transita em julgado, fluindo o curso da prescrição. No momento em que o socioeducando inicia o cumprimento da internação, a prescrição é interrompida. Sucede que o jovem, tempo depois, empreende fuga do centro socioeducativo, começando, novamente, a prescrição<sup>59</sup>. Recapturado que seja o infrator, dando ele continuidade ao cumprimento da internação, interrompe-se, mais uma vez, o período prescricional.

A reincidência, pressupondo o cometimento de crime (artigo 63 do CP), não funciona como causa interruptiva<sup>60</sup> do

---

<sup>59</sup> Curioso é perceber o trocadilho: o início do cumprimento da medida marca a interrupção da prescrição; a interrupção do cumprimento da medida marca o início da prescrição.

<sup>60</sup> Vide artigo 117, inciso VI, do Código Penal.

prazo da prescrição da pretensão socioeducativa executória, haja vista que o adolescente, quando muito, mostra-se autor de ato infracional, o que não serve de base jurídica à configuração da recidiva.

## **9 A prescrição da pretensão socioeducativa intercorrente**

Transitada em julgado, para o Ministério Público, a sentença de aplicação de medida socioeducativa, o Estado passa a deter a chamada pretensão intercorrente, subsequente ou superveniente, a ser exercitada no prazo legal (artigo 110, §1º, primeira parte, do CP).

Exemplificando: determinado jovem é sentenciado pelo uso de substância entorpecente. Recebe uma advertência. A decisão, publicada aos 28 de maio de 1993, transita em julgado para o Ministério Público. A Defesa, inconformada com a sentença, resolve interpor apelação. O Conselho da Magistratura decide o recurso defensivo aos 20 de abril de 1995, data em que o acórdão, julgando não provido o apelo, é publicado. Ora, considerando que a advertência segue o prazo da prestação de serviços à comunidade (seis meses), subsumindo tal lapso no inciso VI do artigo 109 do Código Penal, aplicando-se o redutor do artigo 115, válido é concluir que o Poder Público disporá de improrrogável ano e meio para o exercício de sua pretensão. Visto que a decisão de primeiro grau obteve publicação aos 28 de maio de 1993, a prescrição restou devidamente consumada no dia 27 de novembro de 1994. Destarte, quando do julgamento do recurso interposto pela Defesa (20/04/95), a pretensão estatal já se achava fulminada pelo pião da prescrição.

De verificar que a prescrição intercorrente é modalidade prescricional da pretensão socioeducativa não executória. Apesar de pressupor o trânsito em julgado da decisão para o Ministério Público, a sentença não passou em julgado para a Defesa. Em outros termos: o Poder Público ainda não está munido do competente título executivo. Acrescente-se que a data de publicação da sentença constitui o termo inicial da prescrição.

## **10 A prescrição da pretensão socioeducativa retroativa**

Transitada em julgado, para o Ministério Público, a decisão de aplicação de medida socioeducativa, surge a denominada pretensão retroativa, a ser exercida no respectivo prazo, sob pena de extinção pela via da prescrição que, por óbvio, é contada para o pretérito (artigo 110, §1º, parte final, do CP<sup>61</sup>).

Em sede de prescrição retroativa, o lapso temporal é considerado tendo em vista as causas interruptivas previstas no artigo 117, incisos I e IV, do Código Penal. Nesse sentido, o recebimento da representação e a publicação da sentença ou do acórdão de aplicação de medida socioeducativa fornecerão os parâmetros para o cálculo prescricional.

À guisa de exemplo: certo adolescente é sentenciado por ter cometido sequestro. Recebe a medida de semiliberdade. A decisão, publicada aos 20 de abril de 1997, transita em julgado para o Ministério Público. Considere-se, ainda, que a representação

---

<sup>61</sup> A Lei de nº 12.234/10, conferindo nova disciplina à prescrição retroativa, impediu que se considerasse o período compreendido entre a consumação do ato infracional e o recebimento da representação. Cuida-se de investida contra os interesses do jovem infrator, pois, graças às novas regras, suprimiu-se uma possibilidade de ver declarada extinta a pretensão estatal pela via da prescrição. Eis um dos mais tristes retratos do País.

tenha sido recebida aos 19 de abril de 1993. Atentando para a circunstância de que a semiliberdade segue o prazo da internação (três anos), enquadrado tal lapso no inciso IV do artigo 109 do Código Penal, aplicando-se o redutor do artigo 115, verifica-se que o Estado dispõe de improrrogáveis quatro anos para o exercício da pretensão socioeducativa. Dado que a representação foi prelibada aos 19 de abril de 1993, a pretensão estatal encontra-se fulminada pelo pião da prescrição retroativa desde o dia 18 de abril de 1997, dois dias antes de publicada a sentença.

De constatar ser a prescrição retroativa, da mesma forma que a intercorrente, modalidade prescricional da pretensão socioeducativa não executória. Nada obstante pressupor o trânsito em julgado da decisão para o Ministério Público, a sentença não passou em julgado para a Defesa. Acresça-se que referida espécie prescritiva tem na data do recebimento da representação o seu termo inicial.

## **11 A prescrição e as medidas de proteção**

Nos termos do artigo 112, inciso VII, do Estatuto, verificada a prática de ato infracional, a Autoridade poderá aplicar qualquer uma das medidas constantes dos incisos I a VI do artigo 101<sup>62</sup>. Vale ponderar no sentido de que o ECRIAD considera como providências socioeducativas as seguintes medidas de proteção: (i) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; (ii) orientação, apoio

---

<sup>62</sup> Na hipótese de ato infracional cometido por adolescente, se a Autoridade Judiciária houver por bem aplicar as providências dos incisos I a VI do artigo 101 do ECRIAD, a correlata execução ficará sob a responsabilidade do Conselho Tutelar, consoante o disposto no artigo 136, inciso VI, do Estatuto (LAMENZA, 2012, p. 172).

e acompanhamento temporários; (iii) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; (iv) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; (v) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; (vi) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Para efeitos de disciplina prescricional, observada a conjuntura do mencionado artigo 112, lícito é afirmar que as medidas de proteção seguirão o prazo de seis meses previsto para a prestação de serviços à comunidade, *ex vi* do artigo 117, *caput*, do Estatuto Infantojuvenil. Nessa linha, a prescrição, relativamente à pretensão de aplicação e/ou execução de medida protetiva, ocorrerá segundo o disposto no artigo 109, inciso VI, do Código Penal, fazendo-se incidir, como sempre, o redutor do artigo 115. O prazo prescricional, por conseguinte, será o de um ano e meio.

## **12 A prescrição e o problema da criança em conflito com a Lei**

Após definir a criança como sendo a pessoa com até doze anos incompletos (artigo 2º, *caput*) e depois de determinar que se considera ato infracional a conduta prevista como crime ou contravenção (artigo 103), o ECRIDAD enuncia que à infração perpetrada por criança corresponderão as medidas previstas no artigo 101 (artigo 105). Assim, o Estatuto trata, também, da chamada criança infratora.

Não se olvide que as medidas de proteção, exatamente

como as socioeducativas, muito embora não constituam penas criminais (e isso é mais que óbvio), encartam-se no rol das sanções jurídicas, implicando ônus para quem as recebe. Demais disso, e com fulcro no artigo 136, inciso I, do ECRriad, a imposição de tais medidas é da competência do Conselho Tutelar<sup>63</sup>. Desse modo, urge que a sociedade, apresentada pelo Conselho<sup>64</sup>, detenha limites de tempo para o exercício da pretensão de aplicação e/ou execução das sobreditas medidas.

Tocante ao prazo, deve-se lançar mão daquele previsto para a prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 117, *caput*, do Estatuto. O lapso temporal para que o Conselho Tutelar aplique ou faça cumprir medida de proteção, portanto, é o de ano e meio, consoante o inciso VI do artigo 109, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal. Caso haja expiração do prazo e, nada obstante, o Conselho insista na aplicação ou na execução da medida, evidente que caberá à Defesa da criança solicitar ao Poder Judiciário<sup>65</sup> que declare a prescrição, pleito esse estribado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, e no artigo 137 do ECRriad, o qual determina que as decisões do Conselho Tutelar possam ser revistas pela Autoridade Judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.

---

<sup>63</sup> SARAIVA, 2010, p. 68, manifesta-se no sentido de que o procedimento tendente à apuração de ato infracional praticado por criança deverá respeitar, em primeiro lugar, o cânone da legalidade e, ao depois, os princípios da lealdade, boa fé, ampla instrução probatória, verdade material, informalidade, motivação e revisão das decisões. Eis, por conseguinte, as balizas tracejadas para a ação do Conselho Tutelar.

<sup>64</sup> O Conselho Tutelar como “Órgão” representativo da sociedade (SARAIVA, 2010, p. 69).

<sup>65</sup> O Juizado da Infância e da Juventude como instância revisora das decisões proferidas pelo Conselho Tutelar (SARAIVA, 2010, p. 69).

### 13 Conclusão

Se houvesse efetivo engajamento dos Governos na causa infantojuvenil, até se poderia pensar na inutilidade da prescrição dentro do Direito da Criança e do Adolescente, pois que o desiderato socioeducativo e de proteção seria incontestável realidade. Não que não se acredite nas medidas previstas nos artigos 112 e 101 do ECRAD. Acredita-se. Porém, o real ainda está assaz distante do ideal. Dessa forma, emerge a necessidade de se fixarem prazos servindo de anteparo à atividade do Poder Público ou da própria sociedade. Caso haja o cumprimento da missão socioeducativa e de proteção no limite temporal firmado pelos prazos de prescrição, é porque o Direito foi respeitado, não em sua letra, mas no seu espírito. Entretanto, se referida missão não foi concretizada, caracterizando-se a inércia dos Órgãos responsáveis, urge que se declare a prescrição, impedindo-se, por razões de segurança jurídica, toda e qualquer atuação daí para diante.

**Abstract:** “Certain experience absorbed in “Justice of Infancy and Youth” Prosecution Office in the countryside’s and in the capital’s judiciary district from the State of Amazonas allowed, after endless reflexions, to reach to the knowledge that it is extensively reasonable the institution of prescription in the one called the Rights of Children and Teenagers. Therefore, it is licit waiting for the boldness from the Public Justice and society for the amount of social-educative and protection claims, once the presence of deadlines must be fully respected, in the name of the right of freedom and security of society’s citi zens.

**Keywords:** Prescription. Claim. Infractional Acts. Social-Educative measures. Protective measures.

## Referências

ACOSTA, Walter P. **O Processo Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1995.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**; Parte Geral. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CRETELLA Jr., José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARRAUD, René. **Compêndio de Direito Criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole, 2012.

LOZANO Jr., José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil; Parte Geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NASSER NETTO, Nasser Abrahim. **O regime da remissão aplicada cumulativamente com medida socioeducativa**. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, v. 13, n° 1/2, 2012.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Servanda, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil; Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.



# Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: a tutela efetiva do direito à morte digna

Paulo Bernardo Lindoso e Lima\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O caso da indisponibilidade do direito à vida e o nascimento do direito à morte (digna). 3 Conceitos básicos para um entendimento superficial do direito à morte digna: 3.1 Breve conceituação. 4 Diretiva antecipada de vontade e testamento vital: os primeiros passos em direção à segurança jurídica e efetivação do direito à morte digna: 4.1 Breves noções conceituais e terminológicas. 4.2 Enunciado n.º. 528 do Conselho da Justiça Federal: uma interpretação inteligente a favor do testamento vital. 4.3 O caso belga e a Loi relative à l'euthanasie. 4.4 O caso português e a Lei n.º. 25, de 16 de julho de 2012. 5 Delineando padrões mínimos para a segurança jurídica das diretivas antecipadas de vontade: 5.1 Definição. 5.2 Requisitos subjetivos. 5.3 Requisitos formais. 5.4 Procuração de cuidados de saúde. 6. Conclusão. Referências.

**Resumo:** Este artigo tem o objetivo de expor, em breves linhas, a problemática do direito à morte digna – ou direito à dignidade no fim da vida – no contexto dos dias atuais, explorando definições básicas e delineando a questão da carência de efetivação, concretização e operacionalização do direito à morte digna, nomeadamente na ausência de instrumentos legais, tais como os testamentos vitais e procuradores de cuidados de saúde. Ainda, faz-se a proposição para que, no âmbito legislativo brasileiro, a partir de padrões técnicos mínimos, sejam produzidas mudanças que auxiliem na ampliação e exercício deste direito à morte digna que nos propusemos a estudar.

---

\* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

**Palavras-chave:** Morte digna. Dignidade da pessoa humana. Diretiva antecipada de vontade. Testamento vital. Ortotanásia. Eutanásia.

## 1 Introdução

*No dia seguinte ninguém morreu*<sup>1</sup>

Em sua obra *As Intermittências da Morte*, José Saramago (2005) desenvolve uma narrativa em que a morte, por razões que se descortinarão durante a trama, entra em “greve” em um país ficcional no início de um ano novo, fazendo com que as pessoas deixem de morrer. A greve da morte, em princípio, traz júbilo à população daquele país, já que a imortalidade sempre fora um anseio do homem. Num segundo momento, percebe-se que, sem a morte, a vida em sociedade entra em colapso: a religião perde o sentido, posto inexistir a “vida eterna” sem que haja a morte; as seguradoras, funerárias e fabricantes de caixões beiram a falência por falta de clientes; os asilos e hospitais ficam abarrotados de gente que não morre e tampouco volta a viver bem; entre tantas outras complicações.

O objetivo deste trabalho acadêmico é abordar o direito à morte e as suas condições de efetivação no seio da sociedade; para realizá-lo, contudo, é imperioso que se teçam alguns comentários sobre a natureza da morte e do processo de morrer e nesse sentido é que é cabe fazer a digressão com o romance de José Saramago.

Saramago nos mostra que a morte, apesar de ser vista

---

<sup>1</sup>SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

como “ímpiedosa, malvada, inimiga do gênero humano”, é um acontecimento indissociável da existência do homem – não há vida sem que, ao fim, haja a morte. Outro aspecto que nos é interessante em *As Intermitências da Morte* é que, quando a morte para de operar seu ofício, inúmeras pessoas ficam em estado de “morte suspensa”, quando não se pode mais viver, em decorrência da condição física em que se encontram; e muito menos se pode morrer, em função da imortalidade imperante naquele país. Esta situação se configura bastante semelhante à situação de doentes terminais que são impedidos de ter sua vida abreviada em função do ordenamento jurídico: a eles, igualmente por causa de sua condição física, não se pode mais viver com qualidade; e tampouco podem morrer, mas, dessa vez, em razão das proibições legais.

O homem abomina a morte em quaisquer de suas formas, mas o faz principalmente quando a morte vem em hora e de maneira inconvenientes. O morrer torna-se natural e esperado quando chega na *hora certa* e de maneira *digna*. E qual será a hora certa de morrer? Aí é que se encontra a pedra-de-toque da dignidade como autonomia da vontade humana: quem decide a hora certa de morrer dignamente é o próprio indivíduo, ainda que com base em critérios objetivos.

A inviolabilidade do direito à vida, como veremos adiante, faz parte de um posicionamento doutrinário que, conquanto seja majoritário, está em franco conflito com a vanguarda que sustenta a dignidade ao morrer *versus* a vida precária que se pode vir a levar caso a morte com intervenção humana seja completamente vedada.

A discussão no Brasil acerca dos diferentes graus de efetivação – sobretudo legislativa – do direito de morrer dignamente ainda caminha a passos muito lentos, mormente quando se compara a situação brasileira à europeia, naturalmente, pelo contexto legislativo e o momento político de cada região. Isso se dá em decorrência de fatores sociais e demográficos que estão sendo mitigados pelo desenvolvimento econômico do país, mas que ainda se mantém fortes o suficientes para nos dar a ilusão de que este debate não é necessário. Todavia, num país em que o direito à morte digna já é admitido por respeitados doutrinadores e até pela jurisprudência, mesmo que suscite debates acalorados, é essencial que se proceda à fase subsequente óbvia: a operacionalização deste direito, conferindo segurança jurídica a partir de institutos que permitam ao médico e ao paciente proceder à morte digna sem maiores preocupações.

## **2 O caso da indisponibilidade do direito à vida e o nascimento do direito à morte (digna)**

*Não há, nesse sentido, um direito à vida, mas um direito à vida digna, o que há de abranger também o encerramento da vida quando tal resultado for mais consentâneo com a dignidade humana do paciente.*<sup>2</sup>

O direito à morte não é antagônico ao direito à vida, ao revés do que possa parecer em um primeiro momento. Muito pelo contrário, o direito à morte digna configura-se mais como um complemento do direito à vida, sob diversos aspectos. Não há falar, por exemplo, em “vida digna”, sem que haja uma “morte

---

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

digna”, posto que a morte é tão somente a derradeira fase da vida e, logicamente, parte integrante desta. A propósito, quando se diz “direito à morte”, não se deve ter o vocábulo “morte” apenas em mera acepção de “não vida”, mas como processo pelo qual passou, passa e passará todo ser vivente e que deve, sobretudo quanto ao homem, ocorrer em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A vida é una, do início ao fim: se ela merece atenção do legislador quanto aos problemas do nascituro e da concepção, em seu princípio, merece igual atenção quanto aos problemas do morrer com dignidade, em seu desfecho.

Todavia, para chegarmos à afirmação exposta no parágrafo supra, é necessário caminharmos por um raciocínio de desconstrução do direito à vida em suas variadas dimensões e características: enquanto direito fundamental e da personalidade; e enquanto possuidor de inviolabilidade e (in)disponibilidade, para então anunciarmos com maior clareza em qual contexto do direito à vida é que se situa o direito à morte digna ou à dignidade no fim da vida. Cabe aqui a ressalva de que toda a reflexão acerca do encaixe do direito à morte digna no conceito de uma vida digna por inteiro só é possível com a idealização da autonomia da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagra um rol de direitos fundamentais em seu artigo 5º. Quanto ao direito à vida, entre outros direitos, determina que será garantida sua *inviolabilidade*. Note-se que não se fala em *indisponibilidade* na CF/88, mas de *inviolabilidade*. Nos termos da Magna Carta, portanto, a vida humana não pode sofrer *violações* e a violação é precisamente

designada por um atentado à vida do indivíduo em decorrência de uma razão alheia à sua vontade, nomeadamente a vontade de viver. Por outro lado, não se menciona a *indisponibilidade da vida* na Lei Maior e esta trata de um conceito distinto do conceito de inviolabilidade, já que a inviolabilidade, como já fora dito, simboliza atentado à vida alheio à vontade do indivíduo, e a disponibilidade pressupõe uma utilização da vida de acordo com a autonomia da vontade individual.

A concepção da *indisponibilidade* do direito à vida, dado o fato de ser também um direito personalíssimo, aparece com muito mais frequência na doutrina. Mas sob que critérios? A indisponibilidade do direito à vida esteve por muito tempo tão arraigada no rol de características dos direitos da personalidade que se tornou quase um dogma.

Este posicionamento, contudo, vem entrando em conflito com a realidade de pessoas que, em sã consciência e acometidas por terríveis males, desejam abrir mão de sua vida ou, então, entregar-se à doença. Portanto, se o operador do Direito encontra-se em uma situação na qual o direito à vida deixa de ser vantagem e passa a ser sofrimento, o que deve fazer? Aos olhos da doutrina tradicional, manter a vida terminal em prosseguimento doloroso é a única solução para o desfecho da vida, para a qual “A vida, mesmo terminal e infeliz, continua a ser um bem a defender: preferível à morte.”<sup>3</sup>

No Brasil, o debate acerca da indisponibilidade do direito à vida é exemplarmente trazido à baila em “O Estado Atual do Biodireito”, de Maria Helena Diniz, obra à qual remetemos o

---

<sup>3</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, Tomo III. – 2ª Ed. – Coimbra: Almedina, 2004.

leitor que queira se aprofundar neste tema e em outros análogos. Ao tratar do direito à morte, o livro faz referência a uma frase atribuída a Sócrates: “o que vale não é viver, mas viver bem”. Esta noção de “viver” ilustra com clareza as tendências doutrinárias do século XXI neste campo, em que as vozes que sustentam a disponibilidade relativa do direito à vida em respeito à autonomia e à dignidade humanas vêm ganhando força. Partiremos, portanto e com base no exposto acima, da ideia de que, conquanto a vida humana seja inviolável, ela não é indisponível: cabe ao indivíduo o último julgamento acerca do fim de sua existência, quando se fizer necessário e o Estado deve assegurar meios de efetivação da autonomia pessoal neste sentido.

### **3 Conceitos básicos para um entendimento superficial do direito à morte digna**

*Se você não tem liberdade e autodeterminação, você não tem nada, isso é sobre o que este país foi construído. E essa é a derradeira autodeterminação, quando você determina como e quando você vai morrer se estiver sofrendo.*<sup>4</sup>

Há a necessidade de fazer distinção entre duas ideias que se tem de dignidade da pessoa humana, sendo uma delas como *heteronomia*, traduzindo uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que as escolhas

---

<sup>4</sup> Tradução livre. Citação original: “If you don't have liberty and self-determination, you've got nothing, this is what this country is built on. And this is the ultimate self-determination, when you determine how and when you're going to die when you're suffering”. Disponível em: <http://www.brainyquote.com/quotes/quotes/j/jackkevor415375.html>. Acesso em 12.03.2013.

individuais<sup>5</sup> e a de dignidade como *autonomia*, que traz a dignidade como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e direitos humanos, tendo como elementos, entre outros, a capacidade de autodeterminação e a inerência da dignidade ao próprio ser humano<sup>6</sup>.

A ideia de dignidade como heteronomia peca pela insegurança jurídica e conceitual, porquanto é calcada em termos como “bons costumes”, “bem comum” etc., levando-nos à falsa ideia de que o contexto social no qual se insere um indivíduo pode definir, em última análise, o conteúdo de dignidade de determinada situação ou opção. Nesse sentido, toda a discussão acerca de um “momento ideal” para a morte estaria em cheque, já que o juízo acerca deste “momento ideal” só seria possível dentro de determinados parâmetros sociais do que se entende por digno ou indigno. Ou seja, não competiria ao indivíduo julgar digno ou não determinado fim para sua vida, mas à sociedade.

Por outro lado, a ideia de dignidade como autonomia se atrela de modo mais íntimo à própria noção de dignidade da pessoa humana nos termos de Immanuel Kant, de que o homem deve ser um fim em si mesmo<sup>7</sup> e não meio para realização de qualquer coisa. Aqui é que figura, de modo fundamental, a noção

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. Artigo científico, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em 11.03.2013.

<sup>6</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado, UERJ, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\\_martel/5/](http://works.bepress.com/leticia_martel/5/). Acesso em 11.03.2013.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. – 3ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

de autodeterminação, de maneira que o indivíduo deve poder optar, em situações específicas, de que forma cessará seu viver.

Esta noção de dignidade como autonomia afasta de maneira salutar o paternalismo médico, que já não cabe nos dias de hoje, em que o fisiologista define as diretrizes médicas a serem tomadas e o paciente as aceita tal como destinatário de ordens; no contexto atual, em que o médico e o paciente devem tomar a decisão em conjunto, ou em que pelo menos o paciente deve se submeter a um tratamento exclusivamente dentro de seu consentimento informado, é fundamental que se tenha em mente a ideia de dignidade como exercício de autodeterminação para a finalidade da existência humana.

É preciso também fazer a ressalva de que o homem é um “fim em si mesmo” com o escopo de se evitar que as pessoas se transformem em instrumentos afetivos de suas famílias ou entes queridos, em oposição clara ao ideal de dignidade. É o que ocorre quando, no caso de um paciente terminal, rechaça-se a ideia de que ele possa vir a morrer e se utiliza de meios desproporcionais para prolongar a vida; trata-se de quase “escravidão afetiva”, em que não é permitido ao indivíduo morrer porque sua presença, ainda que em momentos derradeiros, é demandada em vida.

### **3.1 Breve conceituação**

Antes de entrar no mérito de como é possível efetivar juridicamente o direito à morte, é necessário compreender, ainda que superficialmente, as diversas maneiras de morrer com dignidade e outros conceitos que tangenciam este tema. Vale

frisar que a análise aqui feita não é e nem pretende ser exaustiva ou taxativa, mas apenas de conceitos básicos; e que remetemos o leitor ao texto, já citado, de Luís Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel, “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”, para um estudo mais profundo e completo, com análise mais apropriada destes institutos que serão mencionados.

As “maneiras” de morrer com dignidade seguem, em nosso sentir, um grau crescente de disponibilidade do direito à vida: em um primeiro momento há as maneiras mais aceitas, em que a intervenção na morte é menor; posteriormente e num *crescendo*, vêm as outras formas de dar fim dignamente à vida, que são formas usualmente mais polêmicas e que, por vezes, envolvem menor manifestação do paciente e maior atuação dos médicos ou familiares. Nosso estudo acompanhará esta ordem, da mais “sutil” à mais “drástica”.

*A ortotanásia* sem dúvida é a mais branda e mais aceita das possibilidades de morte digna, inclusive não encontrando resistência da Igreja Católica, um dos grandes parâmetros para aferição de aceitação social; nem da doutrina, nem da jurisprudência. Consiste a ortotanásia em deixar a morte acontecer “no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida. Elementos essenciais associados à ortotanásia são a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos.”<sup>8</sup> Maria Helena Diniz aponta para a ortotanásia como sinônimo da eutanásia passiva e diz ser ela o “ato de suspender

---

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 8.

medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível”<sup>9</sup>. No entanto, com a devida vênia, este não é o melhor entendimento, porque a noção de sofrimento e indignidade não se coaduna com o conceito de ortotanásia. É justamente por isso que Letícia de Campos Velho Martel e Luís Roberto Barroso salientam que os cuidados paliativos são elementos essenciais associados à ortotanásia, de modo que, se um paciente decide optar por deixar uma doença seguir seu curso normal e desaguar em sua morte, o médico tem o dever de, com os cuidados paliativos, fazer com que este derradeiro momento do paciente em vida não seja marcado pelo sofrimento.

É necessário fazer aqui uma breve digressão quanto ao caso da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM), editou a Resolução nº. 1.805/06, que permitia e regulamentava o exercício da ortotanásia, incentivando os médicos a respeitarem a autonomia informada de seus pacientes. A Resolução foi alvo da Ação Civil Pública nº. 2007.34.00.014809-3, do Ministério Público Federal (MPF), que a acusava de ser contrária aos valores sociais e ao ordenamento jurídico posto, além de ter usurpado a competência do Poder Legislativo, regulando matéria tipificada como crime. Contudo, em uma brilhante peça de alegações finais, o próprio MPF, nesta oportunidade representado por outra Procuradora da República, a Dra. Luciana Loureiro de Oliveira, entendeu que não havia obstáculo jurídico algum à Resolução nº. 1.805/06. A sentença, que foi de improcedência do pedido de nulidade

---

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. – 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

da Resolução, revogou uma liminar que desde 2007 mantinha suspensa a sua eficácia.

Ainda, há que se mencionar o novo Código de Ética Médica de 2010, que, no inciso XXI, diz que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos”, em uma louvável releitura dos princípios médicos à luz da dignidade humana. Portanto, mesmo que a ortotanásia não seja regulamentada por nosso inerte Poder Legislativo, onde tramita desde 2000 o Projeto de Lei 6.715/09, que descriminaliza a ortotanásia, tivemos um CFM diligente que supriu esta lacuna: a ortotanásia é permitida no Direito brasileiro.

O *suicídio assistido*, diferentemente da ortotanásia, é bem menos aceito ao redor do mundo e já passa a ser propriamente disposição ativa da vida. Trata-se de auxílio ao suicídio de pacientes que, em estado de vida excessivamente deteriorada, desejam findar sua própria existência. No Brasil, o suicídio assistido é punível pelo Código Penal, art. 122, “induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio”. Nos Estados Unidos, a regulação sobre o suicídio assistido é de competência de cada estado da federação, sendo legalizado em Oregon (*Oregon’s Death With Dignity Act*), Washington (*Washington Death With Dignity Act*) e, recentemente, em Vermont (*Patient Choice and Control at End of Life Act*).<sup>10</sup>

A *entanásia*, segundo Martel e Barroso, “consiste no comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado pelo profissional de saúde, com finalidade benevolente”. Esta definição, embora de extrema

---

<sup>10</sup> Sobre o tema, ver “*You don’t know Jack*”, filme sobre a vida de Jack Kevorkian, médico americano que aprofundou a discussão sobre o suicídio nos Estados Unidos, “suicidando” inúmeros pacientes – com Al Pacino.

exatidão, pode provocar a interpretação equivocada do que é, nos dias de hoje, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a prática da eutanásia. É o que ocorre, por exemplo, no magistério de Maria Helena Diniz<sup>11</sup>, em que, sobre a eutanásia, elenca situações históricas que mais se aproximam, na verdade, de eugenia, que é um conjunto de ações destinadas a melhorar geneticamente o gênero humano. As políticas públicas de eugenia foram intensamente utilizadas no nazismo, em que o regime determinava o extermínio em massa de inválidos, doentes e outras pessoas que, para o partido, fossem consideradas prejudiciais à qualidade da “raça ariana”. Tal situação em nada difere de grande parte das situações descritas acima, em que um determinado povo eliminava infantes defeituosos e velhos inúteis, a fim de reduzir custos e melhorar a produtividade do povo. Esta não é a realidade da eutanásia.

A realidade da eutanásia, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como deve ser entendida hoje em dia, é a de um procedimento heterônomo de abreviação da vida de um doente terminal, mas que pode tranquilamente ser legitimado pelo próprio paciente, na diretiva antecipada de vontade, que veremos em breve, ou por seus familiares e amigos mais próximos, que saibam os desejos mais profundos daquele que irá bater às portas do céu, na feliz expressão de Robert Allen Zimmerman, mais conhecido como Bob Dylan.

Diferente deste conceito, mas igualmente importante, é o conceito da distanásia. Também conhecida como obstinação terapêutica, a distanásia é a prática de empregar meios

---

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 10.

desproporcionais para a manutenção dolorosa e desarrazoada da vida. Em situações concretas, significa, por exemplo, utilizar-se de meios artificiais para prolongar a vida por alguns meses ou dias, sem que disto resulte qualquer possibilidade de qualidade de vida; em nosso entendimento, a distanásia atenta, ainda que levemente, contra a dignidade humana, ao fazer o indivíduo sobreviver sem expectativa de, eventualmente, viver. Assim como os franceses, os italianos foram especialmente sagazes ao cunhar o termo *accanimento terapeutico* para designar a distanásia, em uma referência à obstinação “canina” que tinham certos familiares e médicos em fazer o paciente sobreviver, levando-o, às vezes, a considerável sofrimento.

O entendimento do Conselho Federal de Medicina não é diverso e o Código de Ética Médica de 2010 considera a distanásia um comportamento antiético, no inciso XXII de seu preâmbulo, que observa que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

#### **4 Diretiva antecipada de vontade e testamento vital: os primeiros passos em direção à segurança jurídica e efetivação do direito à morte digna.**

##### **4. 1 Breves noções conceituais e terminológicas**

A diretiva antecipada de vontade (DAV) e o testamento vital são os instrumentos existentes hoje, em vários países, quando

se trata de *viabilizar* o direito à morte digna. O ordenamento jurídico pode até, como é o caso do Brasil, *não vedar* a ortotanásia explicitamente, inclusive regulando-a através do CFM. Até aí, portanto, a ausência de instrumentos jurídicos legislativos de viabilização do direito à morte digna não gera intransponíveis tormentas. Todavia, a ortotanásia não é o único *grau* de realização da morte digna e o avanço no tema impõe uma regulação mais detida, através destes instrumentos mencionados.

Podemos afirmar, com certa segurança e até como já afirmamos anteriormente, que a ortotanásia não é a mais rejeitada ou polêmica forma de preencher o direito à morte digna. Entretanto, a sua não regulamentação no ordenamento jurídico pátrio já traz bastantes problemas: para médicos, que sabem que estão albergados pelo Código de Ética Médica, mas que podem sofrer sanções da mesma maneira; e para os pacientes, que, mesmo dispostos a abrir mão da própria vida, se veem submetidos a determinadas situações em razão do medo que os médicos têm de serem criminalmente imputados.

O caso de escola é o das Testemunhas de Jeová: pessoas que, em razão de sua religião, não se permitem realizar transfusões de sangue, mesmo que disso dependam suas vidas. E o que acontece quando adentra em um plantão uma vítima de acidente automobilístico, por exemplo, que necessita de uma transfusão imediatamente, mas se nega a recebê-la em função de sua crença? A doutrina aponta diversas possibilidades. Em teoria, nosso posicionamento vai no sentido do magistério do Professor Anderson Schreiber, para quem “o texto constitucional eximiu-se de estabelecer qualquer hierarquia entre a vida e os

outros direitos individuais”<sup>12</sup>. Logo, se a vida está em conflito com a liberdade religiosa, devem-se sopesar ambos os princípios constitucionais com base no princípio da dignidade da pessoa humana – que, aí sim, é soberano a todos os outros princípios na CF/88, por ser fundamento da República. No caso das Testemunhas de Jeová, muitos dos que receberam transfusões de sangue forçadas cometeram ou tentaram cometer suicídio em momento posterior; de acordo com a dignidade humana, portanto, não é menos gravoso atender aos anseios do paciente e deixá-lo morrer naturalmente, apenas aliviando sua dor?

Por outro lado, os médicos não se sentem confortáveis com esta solução. Para a seara médica, ainda há uma tradição muito forte de paternalismo, na qual o médico diz o que deve acontecer com o paciente, com ou sem o seu consentimento; não obstante isso, há também o risco de ações judiciais por omissão de socorro, evidentemente temidas.

Observe-se, enfim, que a regulamentação legal do direito à morte digna – ainda no primeiro patamar, da ortotanásia – faz-se extremamente necessária. Em primeiro lugar, necessária ao respeito da autonomia do paciente; em segundo lugar, necessária ao ofício seguro da medicina, para que os médicos possam exercê-la sem medo de cometer crimes, ainda que imbuídos do respeito à dignidade e à autonomia; por último, a regulamentação legal é necessária para trazer segurança jurídica ao nosso sistema.

O que se viu, até então, é como a *ausência* de regulamentação pode causar transtornos em um país que se encontra no primeiro nível das garantias de direito à morte

---

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 4.

digna, sem ainda sequer debater o suicídio assistido e a eutanásia ativa. Imaginem, pois, como seria a situação de um ordenamento jurídico que permitisse a eutanásia e o suicídio assistido, mas que não os regulamentasse rigidamente: clareiras macabras seriam abertas na floresta do Direito, e teríamos ainda mais insegurança jurídica com a utilização de institutos ainda mais perigosos.

É imprescindível, portanto, que haja um sério trabalho de *viabilização* do direito à morte digna. E como é possível fazê-lo? Por meio das já mencionadas diretivas antecipadas de vontade e do testamento vital, noções afins e cuja diferença é tão sutil que, muitas vezes, são tomados como sinônimos.

A *diretiva antecipada de vontade*, em nosso entender, é a mera emissão da vontade de um paciente acerca do tratamento que quer receber no futuro. Ou seja, é o simples dizer ao seu médico: “se porventura eu perder minha consciência, desejo que desliguem os aparelhos que me mantém vivo”, por exemplo. Outra espécie de diretiva antecipada de vontade poderia ser, *n.g.*, a gravação de um vídeo em que o paciente explica a que tipos de tratamento quer se submeter ou não. A imaginação é que rege as formas de emitir antecipadamente a vontade acerca do próprio futuro.

No entanto, a simples diretiva antecipada de vontade (*rectius*, e manifestação da vontade acerca da morte digna) não possui determinados requisitos para se fazer valer perante o Direito com a efetividade jurídica que seria oportuna para este caso. Quantos médicos respeitariam ou lembrariam o pedido “absurdo” de um paciente para desligar os aparelhos? Ou quantos pacientes gravariam suas diretivas antecipadas de vontade em

vídeos? E quantos médicos levariam a sério estes supostos vídeos? Em suma, a *diretiva antecipada de vontade* é o conteúdo da manifestação de um indivíduo; trata-se de declaração material (registrada ou não, mas emitida) em que ele aponta quais diretrizes a serem seguidas quando não mais puder se manifestar (quando em coma, *v.g.*), por isso “antecipada”.

O ordenamento jurídico precisa de algo dotado de um pouco mais de formalidade e, conseqüentemente, de eficácia reconhecida, que possa obrigar familiares e médicos a respeitar a livre e informada vontade de um paciente em seus momentos derradeiros.

O instituto jurídico que preenche estes requisitos é o *testamento vital*, tradução literal do termo *living will*, empregado nos Estados Unidos; ou *testamento biológico*, expressão sinônima também utilizada pela doutrina. Para Anderson Schreiber, o testamento vital é “o instrumento por meio do qual a pessoa manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir sua vontade”<sup>13</sup>. De fato, a noção retro exposta é a do testamento vital; no entanto, além de servir para manifestar a recusa a certos tratamentos, o testamento vital também pode servir para manifestar a vontade de submeter-se à eutanásia, por exemplo, a depender do que permite ou não o ordenamento jurídico. Portanto, o *testamento vital* é a forma, com eficácia jurídica, que a diretiva antecipada de vontade toma para que valha e obrigue terceiros.

É necessário falar também da “procuração de cuidados

---

<sup>13</sup> Idem.

de saúde”, instituto jurídico que vem sendo cada vez mais adotado junto ao testamento vital. Como já foi dito, a diretiva antecipada de vontade é o conteúdo e o testamento vital é a forma. Deste modo, o instrumento de testamento vital também pode conter uma procuração de cuidados de saúde, que é quando o paciente outorga a uma ou mais pessoas poderes para dizer ao médico qual era a vontade do indivíduo, se porventura ele não mais puder se exprimir.

Como será visto, há requisitos para se utilizar da procuração de cuidados de saúde e para ser procurador de cuidados de saúde e há também limites aos poderes do procurador ou dos procuradores. Como funcionaria o sistema? A discussão é acirrada nos debates que precedem os textos legislativos. Na conferência realizada em 12 de abril de 2012, na cidade do Porto, em Portugal, chamada “O Direito entre a Vida e a Morte: a margem do legislador”, o Professor Doutor RUI NUNES, então Presidente da Associação Portuguesa de Bioética (APB), afirmou que havia muitas dúvidas sobre qual sistema de procuração de cuidados de saúde adotar: se seria mais viável, por exemplo, permitir que o paciente instituísse uma “comissão” deliberativa de sua vontade, com 3 (três) ou mais pessoas de sua confiança, para que se diluísse o encargo; ou se seria melhor que o paciente pudesse indicar apenas uma pessoa. Como se verá na análise da legislação estrangeira, a lei das diretivas antecipadas de Portugal seguiu uma tendência de outros países e adotou, em nosso sentir, a melhor opção.

De qualquer sorte, o testamento vital ou biológico e, sobretudo, a procuração de cuidados de saúde, ainda não

possuem respaldo legislativo no Brasil, mas já são instrumentos consolidados nos Estados Unidos, Bélgica, Espanha, Portugal e outros países. Utilizaremos o Direito Comparado a fim de entender os elementos de que é construído o instituto do testamento vital, não sem antes abordar a perspectiva do Conselho da Justiça Federal (CJF) sobre o tema.

#### **4.2 Enunciado N.º. 528 do Conselho da Justiça Federal: Uma interpretação inteligente a favor do testamento vital**

Conforme pontuado, não há, no Brasil, produção legislativa destinada a regulamentar os institutos jurídicos esposados acima. Todavia, é merecedor de nota o fato de que o testamento vital foi objeto de deliberação da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, evento jurídico de grande repercussão, no qual acadêmicos e profissionais debatem sobre a interpretação do Código Civil de 2002 (CC/02) e propõem enunciados justificados sobre a exegese de cada artigo.

No Enunciado n.º. 528 da V Jornada, sugere-se o seguinte:

Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

A interpretação é ousada. Veja-se: o art. 1.857 do CC/02 define que o testamento é o instrumento através do

qual uma pessoa capaz pode dispor de seus bens para depois de sua morte. Ou seja, o instituto não guarda muita semelhança com o testamento vital, razão pela qual o enunciado parece pecar em tecnicidade, já que extrair o “testamento vital” do dispositivo relativo ao testamento comum, trazido pelo Código, é resultado de grandioso esforço hermenêutico.

Todavia, o aparente erro técnico guarda, na realidade, interpretação de valiosa sensibilidade dos participantes da V Jornada, dado que notaram a ausência de disposição do CC/02 acerca do testamento vital e perceberam que aquele momento era adequado a enunciar que a realização de testamento vital não encontra óbice no regramento civil.

De fato, a confecção de um testamento vital não encontra qualquer obstáculo no Direito brasileiro, razão pela defendemos que o particular possa, mesmo hoje, redigir diretiva antecipada de vontade, em forma de testamento vital, e demandar que sejam as suas vontades respeitadas em momento oportuno; bem como pode – dado que não há vedação – constituir procurador para cuidados de saúde, designando uma pessoa apta a tomar decisões relativas ao estado de saúde do paciente, caso esteja ele impossibilitado.

O que se pretende dizer, quando sustentamos que há necessidade de uma efetivação do direito à morte digna, é que o Estado deve promover a regulamentação desse direito, de modo que, por lei, estejam médicos e familiares obrigados a cumprir a determinação da vontade de um paciente que eventualmente tenha perdido a sua capacidade de expressão.

Infelizmente, mesmo sendo recorrentemente

utilizados no cotidiano forense, os Enunciados do CJF não são interpretações vinculantes, mas meras proposições doutrinárias feitas com o fito de orientar acadêmicos e profissionais na aplicação do Código Civil. Desta forma, não obstante a interpretação elogiosa constante no Enunciado n.º. 528 do V Jornada, a matéria continua sem qualquer abordagem legislativa, carecendo de segurança jurídica e efetividade.

### 4.3 O caso belga e a “loi relative à l’euthanasie”

A regulamentação do direito à dignidade no fim da vida, na Bélgica, se deu em 2002, por meio da *Lei relativa à eutanásia, de 28 de maio de 2002*<sup>14</sup>. Esta lei não trata especificamente das diretivas antecipadas de vontade, mas, a partir da regulamentação da eutanásia, dá-nos um amplo entendimento de como é possível efetivar este direito com segurança jurídica e respeito à dignidade, até porque, em seu Capítulo II, dedica-se exclusivamente a estabelecer parâmetros formais para um pedido de eutanásia válido, e, em seu Capítulo III, fala exatamente da *déclaration anticipée*, ou seja, da diretiva antecipada de vontade.

O primeiro aspecto relevante desta Lei a que nos referimos é o seu Capítulo I, que determina o âmbito de sua aplicação e a definição de eutanásia: “Para a aplicação da presente lei, há de se entender por eutanásia o ato praticado por um terceiro, que intencionalmente dá fim à vida de uma pessoa, a pedido desta pessoa.”<sup>15</sup>. Logo, é possível perceber o

<sup>14</sup> Tradução livre. Locução original: *Loi relative à l’euthanasie, de 28 MAI 2002*

<sup>15</sup> Tradução livre. Locução original: “*Pour l’application de la présente loi, il y a d’entendre par euthanasie l’acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d’une personne à la demande de celle-ci.*”.

que já fora dito anteriormente, de que a eutanásia não pode ser confundida com o genocídio ou com a eugenia, porque depende principalmente da manifestação da vontade do paciente, em respeito à sua autonomia enquanto canal da dignidade humana.

Em seu Capítulo II, intitulado “das condições e do procedimento”, a lei belga define requisitos objetivos para que a eutanásia seja levada a cabo. Os primeiros requisitos/condições para o procedimento da eutanásia dizem respeito ao paciente e à manifestação de sua vontade, além de sua condição física:

- i. Capacidade plena: o paciente deve ser maior ou menor emancipado, dotado de capacidade de fato e consciência ao momento de seu pedido pela eutanásia;
- ii. Pedido: o pedido pelo ato de eutanásia deve ser *voluntário, refletido e repetido*, e não pode resultar de qualquer pressão exterior;
- iii. Condição médica: o paciente deve estar em um estado de profundo sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável, que não possa ser apaziguado e que resulte de doença grave e incurável;

No artigo seguinte, a lei continua a enumerar condições, mas, desta vez, relativas ao trabalho exercido pelo médico que aplicará a eutanásia:

- i. Dever de informação: o médico deve informar ao paciente o seu estado de saúde e sua esperança de vida, conversar com o paciente sobre sua demanda por eutanásia e lhe dar possibilidades alternativas de tratamentos terapêuticos e medidas paliativas; o médico

deve chegar, *com o paciente*, à conclusão de que a eutanásia é uma solução razoável para o seu sofrimento e que seu pedido é de livre e espontânea vontade;

ii. Certeza das condições: o médico deve assegurar-se de que o sofrimento físico ou psíquico é persistente e da vontade reiterada do paciente;

iii. Opiniões alternativas: o médico deverá consultar outros médicos quanto ao caráter grave e incurável da doença. Os médicos consultados deverão conhecer o histórico médico do paciente, examiná-lo, assegurar o caráter constante e insuportável do sofrimento físico ou psíquico e, ao fim, redigir um relatório sobre suas constatações. Também deverão ser independentes, tanto quanto ao paciente, como quanto ao primeiro médico responsável.

iv. Prazo de arrependimento: deverá transcorrer ao menos um mês da demanda escrita do paciente até a realização da eutanásia;

Por fim, no que tange ao Capítulo II, a lei relaciona requisitos formais para a concretização final da demanda por eutanásia: o pedido (de eutanásia) do paciente deverá ser escrito. O documento será redigido, datado e assinado pelo próprio paciente. Se o paciente não estiver em condições de fazê-lo, o pedido será escrito por uma pessoa maior e da escolha do paciente, que não possa ter qualquer interesse material no falecimento do paciente. A pessoa mencionada dirá que o paciente não estava em condições físicas de formular sua demanda (por eutanásia), e indicará os motivos na declaração. Neste caso, a declaração

será escrita na presença do médico, cujo nome constará no documento;

Em seu Capítulo III, enfim, sobre a “declaração antecipada”, a lei belga reproduz a maioria dos dispositivos citados acima, como requisitos/condições da própria declaração, mas adiciona outros. Vale ressaltar que, embora as condições acima relatadas digam respeito, *na lei belga*, às condições do procedimento de eutanásia, muitas delas são condições *sine qua non* da própria diretiva antecipada de vontade. De qualquer sorte, passemos aos requisitos enumerados pela lei, no que tange à declaração antecipada:

- i. Procurador de cuidados de saúde: a declaração pode designar um ou mais pessoas de confiança, maiores, classificadas por ordem de preferência, que colocarão o médico responsável à par da vontade do paciente. Cada pessoa de confiança substitui a pessoa precedente na declaração em caso de recusa, impedimento, incapacidade ou morte. O médico responsável pelo paciente, o(s) médico(s) consultado(s) e os membros da equipe médica não podem ser designados como pessoas de confiança;
- ii. Formalização: a declaração pode ser feita a qualquer momento. Ela deve ser feita por escrito, na presença de duas testemunhas maiores, das quais nenhuma pode possuir interesse material na morte do declarante, datada e assinada pelo declarante, pelas testemunhas e, se houver, pelas pessoas de confiança;
- iii. Representação: se a pessoa que fará a declaração estiver fisicamente e permanentemente impossibilitada

de redigir e assinar, a declaração pode ser feita por uma pessoa maior e de sua escolha, que não pode ter qualquer interesse material no falecimento do declarante, e em presença de duas testemunhas, maiores, que também não podem ter qualquer interesse material no falecimento do declarante. A declaração deverá especificar que o declarante não se encontra em condições de redigi-la e por quais motivos, e deverá ser assinada e datada por quem a escreveu, pelas testemunhas e, havendo, pelas pessoas de confiança. Um atestado médico certificando a impossibilidade física permanente deverá ser anexado à declaração;

Vê-se, portanto, não só uma liberação da eutanásia, mas uma regulamentação, efetivação, concretização do direito à morte, através do instrumento do testamento vital, que, em que pese seja, neste caso, destinado aos casos de eutanásia, é perfeitamente compatível com outras situações de manifestação da vontade no fim da vida.

#### **4.4 O caso português e a Lei nº 25, de 16 de julho de 2012**

*O rosto altamente tecnocientífico da medicina dos nossos dias, se é certo que suscita esperanças impensáveis, gera, em contrapartida, o medo. O medo é, também, liberdade em impasse.*<sup>16</sup>

O caso português é interessante porque é extremamente parecido com o caso brasileiro. Primeiramente, o ordenamento jurídico de Portugal não permite a eutanásia nem o suicídio assistido, e também considera a distanásia como conduta

---

<sup>16</sup> Projecto de Lei nº. 62/VII/1ª, Preâmbulo. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36447>. Acesso em 12.03.2013.

eticamente reprovável – tudo isto consta no Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal (CDOMP). Além do mais, a legislação portuguesa permite somente a *recusa a tratamento médico*, em que se encaixa o conceito de ortotanásia.

Todavia, embora a situação relativa às garantias do direito à morte digna fosse análoga à situação brasileira, Portugal deu um passo à frente ao promulgar a Lei n.º. 25/2012<sup>17</sup>, que regulamentou o sistema das diretivas antecipadas de vontade. Antes de analisar a Lei em si, é importante fazer referência ao Projecto de Lei n.º. 62/VII/1<sup>a</sup>, que deu origem à lei e que possui um Preâmbulo altamente elucidativo. O legislador português assevera, em considerações preambulares, que “é essencial assegurar que a legislação que venha a ser aprovada salvaguarde a liberdade efectiva da pessoa, protegendo-a de pressões directas ou indirectas”, e que “a presente iniciativa contribui para o reforço da tutela do direito à autodeterminação do cidadão no âmbito dos cuidados de saúde, no respeito pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assegurando ainda a efectividade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.

A Lei n.º. 25/2012 inicia, em seu artigo 1º, definindo o objeto de apreciação pela norma: “A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)”. A propósito, registre-se que a lei em si é bastante didática, de modo a trazer consigo as próprias definições e conteúdo dos

---

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.portaldasauade.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>. (Acesso em 11.03.2013).

documentos, não reproduzidos aqui por economia de palavras.

E prossegue, em seus mais relevantes aspectos:

- i. **Formalização:** as diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do RENTAV ou notário, e nela deve constar a identificação completa do paciente, o lugar, data e hora de sua assinatura, as situações clínicas em que as DAV produzirão efeitos, as instruções do paciente/declarante e as averbações ao registro, ou seja, renovações, alterações ou revogação, caso existam. Caso seja acordado assim, médico e paciente podem firmar a declaração em conjunto;
- ii. **Capacidade plena;**
- iii. **Limites:** as DAV que forem contrárias à lei, à ordem pública ou às boas práticas, ou que cujo cumprimento possa provocar morte não natural e evitável, ou em que o outorgante não tenha expressado sua vontade de maneira clara e inequívoca, serão inexistentes (terminologia empregada pela lei em comento);
- iv. **Eficácia:** a diretiva antecipada de vontade é eficaz a partir do momento em que estiver registrada no RENTEV ou for entregue à equipe médica responsável pelo paciente;
- v. **Prazo:** a DAV possui um prazo decadencial de 5 (cinco) anos, dentro dos quais o paciente pode renová-la ou modificá-la sucessivamente, importando sempre em uma nova contagem do prazo;

Como se pode perceber, a lei portuguesa prevê prazos decadenciais para a validade da DAV. Por fim, e com uma regulamentação cautelosa, a Lei nº. 25/2012 estabelece as condições para designação de um procurador para cuidados de saúde:

- i. Do procurador: os requisitos para nomeação do procurador são os mesmos que para emissão de diretiva antecipada de vontade. Não podem ser procuradores os funcionários do RENTEV e os proprietários e gestores que administram ou prestam cuidados de saúde, exceto se mantiveram vínculo familiar com o paciente. Aqui, também, pode o paciente nomear mais de um procurador em ordem de preferência;
- ii. Da procuração: a procuração é instrumento pelo qual se atribui a uma pessoa, de forma gratuita e voluntária, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para o caso em que o paciente não possa mais expressar sua vontade pessoal e autônoma;
- iii. Efeitos da representação: as decisões tomadas pelos procuradores, dentro dos limites de seus poderes e da lei, devem ser respeitadas. No caso de conflito entre o procurador e o testamento vital, deverá prevalecer o testamento vital;

Por fim, a lei portuguesa define o âmbito de atuação do Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV) e suas condições de consulta, criação, nomeação de cargos etc.

É importante notar o que já fora dito anteriormente, de

que a situação portuguesa quanto à garantia do direito à morte é análoga à situação brasileira: ambos ordenamentos jurídicos proíbem eutanásia e suicídio assistido, e limitam-se a permitir a recusa de tratamento e a ortotanásia. No entanto, é necessário que se tenha, no Brasil, a sensibilidade que houve em Portugal, no sentido de legislar sobre as diretivas antecipadas de vontade, nomeadamente em sua forma de testamento vital, de modo a conferir proteção à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana.

De sensibilidade ímpar foi também a inclusão, na lei portuguesa, da *cláusula de não discriminação*, que impõe que ninguém possa ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de DAV. O instituto é interessantíssimo, pois antevê uma consequência social da regulação do direito à morte digna e lhe impõe logo vedação. À guisa de exemplo, poderia uma seguradora cobrar apólice mais cara de um segurado que tenha feito DAV, dado supor ser a sua morte mais provável que a dos demais segurados; esta situação é abarcada e devidamente vedada pela legislação em análise.

Outrossim, se a diretiva antecipada de vontade *não servir* para determinar a eutanásia ou o suicídio assistido, para que serve? Ora, evidentemente que sua utilização se dá para garantir o cumprimento de um pedido de ortotanásia, ou de submissão (ou não) a tratamentos experimentais, participação em programas de pesquisa etc.

## 5 Delineando padrões mínimos para a segurança jurídica das diretivas antecipadas de vontade

### 5.1 Definição

A doutrina estrangeira e pátria e a legislação estrangeira já contribuíram imensamente para a conceituação e delimitação técnica dos termos “diretiva antecipada de vontade”, “testamento vital” e “procuração de cuidados de saúde”, de modo que é muito fácil trabalhar com o tema, posto ter terminologia consolidada.

Não obstante, é cabível o apoio em leis de outros países para que possamos delimitar, funcionalmente, a noção conceptual de cada instituto. Para tanto, utilizaremos as definições da Lei n.º. 25/2012, da Assembleia da República de Portugal, do Projecto de Lei n.º. 62/VII/1ª, da bancada de congressistas do Partido Socialista e que originou a lei retro mencionada; e a *Loi relative à l'euthanasie, de 28 MAI 2002*, da Bélgica, para afirmar que:

*Diretiva antecipada de vontade* é a emissão da vontade livre, informada, consciente, reiterada e refletida de um paciente, acerca de seu futuro médico e os procedimentos a que desejará ou não se submeter no futuro, no caso de, por qualquer motivo, se encontrar incapaz de se expressar pessoal e autonomamente; é a declaração feita aos médicos, familiares ou amigos, registrada ou não, em instrumento ou arquivo de papel, imagem, áudio etc.

Enquanto a diretiva antecipada de vontade é o *conteúdo*, a *matéria*, o *Testamento Vital* é um instrumento jurídico formal de ato pessoal, unilateral, livremente revogável e modificável, reduzido a escrito, através do qual uma pessoa manifesta antecipadamente sua vontade livre, informada, consciente, reiterada e refletida

no que concerne aos cuidados de saúde que desejará ou não receber no futuro, no caso de, por qualquer motivo, se encontrar incapaz de se expressar pessoal e autonomamente, por meio de cláusulas e institutos jurídicos previstos; é documento que se opõe a terceiros; é forma e formalização da diretiva antecipada de vontade.

*Procuração de cuidados de saúde* é um instrumento jurídico formal de ato pessoal, unilateral, livremente revogável e modificável, reduzido a escrito, através do qual uma pessoa atribui a uma ou mais pessoas próximas, em ordem de preferência, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, a serem exercidos quando, por qualquer motivo, o representado/paciente se encontre incapaz de se expressar pessoal e autonomamente.

## 5.2 Requisitos subjetivos

Para que um sujeito possa emitir a diretiva antecipada de vontade, ele deve atender a requisitos mínimos, sem os quais não se pode considerar como válida a declaração. São estes os que, em nosso sentir, seriam aplicáveis à realidade brasileira, tendo a legislação alienígena por base:

*Capacidade plena.* O indivíduo deve ser *maior de idade* ou *menor emancipado*, ou cumprir outros requisitos que preenchem a capacidade plena, nos termos do Código Civil brasileiro de 2002.

*Manifestação da vontade.* Esta é a *ratio essendi* da diretiva antecipada de vontade. A manifestação da vontade do paciente deve ser (i) *livre*, de modo que ele não pode ser obrigado, coagido ou induzido a fazer uma declaração de DAV; (ii) *informada*,

porque o paciente/declarante deve possuir todas as informações disponíveis acerca de sua moléstia (se a possuir); (iii) *consciente*, como vedação da emissão de diretivas antecipadas de vontade por pessoas que estejam em franca letargia, a fim de não comprometer a autenticidade de suas declarações; (iv) *reiterada*, para que se evite a decadência do direito de fazer a manifestação da vontade vincular terceiros, e também para confirmação da real vontade ao longo dos anos; e (v) *refletida*, o que significa que não só o paciente deve estar *informado* sobre todas as condições relativas à sua condição, mas deve também, antes de tomar uma decisão definitiva, refletir detidamente sobre o tema e sopesar todas as consequências, positivas e negativas, da decisão que pretende tomar.

### 5.3 Requisitos formais

A diretiva antecipada de vontade deve, em princípio, ser realizada como testamento vital, e, para ter validade, além de preenchidos os seus requisitos subjetivos, deve ter uma formalização. A sua forma, contudo, não pode ser totalmente livre, ainda que isso facilite a realização da manifestação da vontade na perspectiva do paciente, sob pena de o testamento vital poder ser facilmente fraudado, ou, por outro lado, não ter credibilidade diante de médicos e familiares; a forma também não pode ser excessivamente rigorosa, como é, por exemplo, a formalidade para abertura de uma empresa, correndo-se o risco de o paciente falecer antes mesmo de o testamento vital passar a ter validade. É preciso, portanto, encontrar um meio termo. Com

base no que foi estudado no Direito comparado, propomos os seguintes requisitos formais para validade do testamento vital:

*Forma escrita, com atos datados e assinados.* O testamento vital deve ser, obviamente, escrito. Sua redação (ou preenchimento de dados, no caso de modelos prontos) deve ser feita de próprio punho pelo paciente, que deve assinar e datar todas as suas declarações e também todos os atos constitutivos de direitos/poderes no instrumento. Por exemplo, se, em seu testamento vital, um paciente manifesta a vontade de não ser ressuscitado em caso de parada cardíaca, deve ele assinar e datar tal manifestação; da mesma forma e se, no mesmo instrumento de testamento vital, o paciente designar um procurador de cuidados de saúde, deve também assinar e datar a procuração. Trata-se de requisito ululante, mas que mesmo assim deve ficar aqui consignado.

*Forma escrita, com situações e instruções de uso e averbações.* Ainda na forma escrita, o testamento vital deve trazer em detalhes as situações em que ele deverá ser invocado (*v.g.*, quando o paciente não mais puder falar ou se mover, ou quando o paciente entrar em coma), as instruções que devem ser seguidas na ocorrência desta situação (por exemplo, não ressuscitar o paciente em caso de parada cardíaca, desligar as máquinas de suporte artificial das funções vitais etc.), e, sobretudo, as *averbações* que forem feitas no instrumento. As averbações devem ser todos os incidentes que ocorreram a partir da manifestação da vontade do paciente desde a constituição do testamento vital: a reiteração da manifestação da vontade, a alteração em parte ou no todo e, evidentemente, a revogação.

*Nos casos de impossibilidade da manifestação da vontade pelo*

*próprio sujeito*, deve se proceder como prescreve a lei belga, que, a nosso ver, encontrou a solução ideal para o problema: se o paciente não tiver condições físicas de redigir a própria DAV, esta deve ser redigida e assinada por pessoa da escolha do paciente, maior de idade, que não tenha qualquer interesse material na morte do declarante, e na presença de duas testemunhas também maiores de idade, e que também não tenham nenhum interesse material na morte do declarante. Na diretiva antecipada de vontade, nomeadamente na forma de testamento vital, deverá constar o fato de que a declaração não está sendo assinada pelo paciente, mas por terceiro, e indicar os motivos pelos quais isto veio a ocorrer, com um atestado médico em anexo.

*Registro, validade e eficácia.* O registro do testamento vital não pode ser um óbice à obtenção do direito, de maneira que o paciente, já debilitado, tenha de empreender esforços ou investimentos para registrar em cartório a manifestação de sua vontade. A nosso ver, o testamento vital passa a existir a partir do momento da assinatura do paciente. Não obstante, ele deve ser depositado ou protocolado no estabelecimento hospitalar que alberga o paciente, para que oficialmente vincule os atos médicos dali em diante praticados. O mesmo procedimento vale para as averbações (reiteração, alteração e revogação).

*Prazo decadencial.* O testamento vital deve ter um prazo, para as situações em que haja se passado muito tempo e a manifestação da vontade no documento não seja correspondente à real manifestação do paciente no momento em que se utilizará o testamento vital. A solução encontrada por Portugal foi o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, que, caso expirado, torna inválida a

declaração. Nesse caso, a Lei n.º 25/2012 prevê que cada averbação no testamento vital importará nova contagem do prazo, e que o paciente sempre será avisado (pelo órgão competente para tanto em Portugal), com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, quando o prazo de validade de sua declaração estiver próximo de se extinguir. Tal solução nos parece satisfatória, excetuando-se a disposição acerca do “aviso prévio” para a caducidade do documento.

*Órgão competente.* É inegável que o tema em tela é delicado, motivo pelo qual é extremamente conveniente que haja entidade reguladora específica, como há em Portugal e na Bélgica, para o fim de manter um banco de dados com os registros dos testamentos vitais e o controle do cumprimento da legislação, bem como do respeito ao limite das diretivas antecipadas de vontade. Também, em havendo órgão competente para os assuntos relativos ao direito à morte digna, seria necessário estudar qual seria a melhor sistemática para integrar o trinômio paciente-hospital-órgão competente, no que tange às fiscalizações e também aos registros dos atos de diretiva antecipada de vontade.

*Limite das diretivas antecipadas de vontade.* O conteúdo do testamento vital dependerá do estágio de garantia do direito à morte digna em cada país. À guisa de exemplo, se um determinado país permitir a eutanásia, como a Bélgica, o limite da DAV será o pedido de eutanásia; se, por outro lado, como Brasil e Portugal, o país apenas permitir a ortotanásia, este será o limite. Suponhamos, ainda, que um país permite a ortotanásia, mas veda a participação de pacientes em tratamentos experimentais de eficiência não comprovada. Neste caso, o limite do testamento

vital será o da ortotanásia e o da vedação à participação em tratamentos experimentais e por aí vai. De todo modo, o limite da diretiva antecipada de vontade será sempre a legislação do ordenamento jurídico em vigor. Pontue-se que a legislação portuguesa se utiliza, ainda, de algumas cláusulas abertas, estabelecendo a proibição de diretivas antecipadas de vontade que sejam contrárias “à ordem pública” e às “boas práticas”. A noção de “boas práticas” é análoga à dos “bons costumes”, não havendo a necessidade de inclusão do termo, demasiadamente flexível, bastando a proibição da contrariedade à ordem pública para que o julgador, porventura, decida o caso concreto à luz da dignidade humana.

*Revogação.* As diretivas antecipadas de vontade que cumprirem todos os requisitos subjetivos e formais vinculam a todos, *menos ao próprio paciente*. Injusto seria se, decidindo lançar-se aos braços da morte e, em momento derradeiro, arrependendo-se, o sujeito não pudesse desistir de sua decisão, sendo condenado a uma morte impiedosa, totalmente contrária à dignidade humana. Portanto, o testamento vital é amplamente revogável e modificável, a qualquer momento.

#### **5.4 Procuração de cuidados de saúde**

Como já foi dito anteriormente, há certa incerteza quanto ao melhor método a se aplicar no caso das procurações para cuidados de saúde. Há os que sustentam que o melhor seria que os procuradores de cuidados de saúde fossem um grupo colegiado, composto de 3 (três) a 5 (cinco) pessoas designadas

pelo paciente e que escolhessem por votação o fim que fosse condizente com a vontade do paciente.

No entanto, percebemos que as votações colegiadas, embora sejam assaz frutíferas nos Tribunais, em matéria de Direito, não devem prosperar com tanto sucesso nas decisões afetivas. Imagine-se uma comissão de procuradores de saúde composta pela mãe, a namorada e o melhor amigo do paciente inconsciente, cuja vida já foi ceifada e cujos batimentos cardíacos só dependem do *switch* de um aparelho. O desgaste emocional destas pessoas e a probabilidade de a votação ser desastrosa são grandes demais para que o legislador confira a este módulo o condão de vingar no âmbito das diretivas antecipadas de vontade.

Por esta razão é que optamos por sugerir que o procurador de cuidados de saúde seja só um. Os requisitos formais são os mesmos do testamento vital de declaração de vontade propriamente dita, enquanto que os requisitos subjetivos, embora sejam basicamente os mesmos, possuem algumas adições:

*Proibição do médico ou da equipe médica.* A *Loi relative à l'euthanasie* determina que o médico responsável pelo tratamento e os componentes da equipe médica não podem ser designados como procuradores de cuidados de saúde. A proibição se dá por dois motivos: o primeiro deles é porque o encargo de procurador de cuidados de saúde pressupõe uma intimidade tão grande com o paciente que o procurador saberia dizer exatamente qual seria sua vontade, e o médico teria iniciado o relacionamento com o paciente (que é, diga-se de passagem, um relacionamento médico-paciente e não de amigos) apenas desde o início da moléstia; o segundo motivo é o de que o médico, no mais das vezes, possui

já uma visão marcada pelo seu ofício, tendendo a sentimentalizar menos e optar pela solução da morte digna, que nem sempre representa a vontade do paciente.

*Proibição das pessoas que tenham interesses materiais na morte do paciente.* Esta proibição também foi trazida pela legislação belga, que, aparentemente, preocupou-se em proteger a esfera patrimonial do paciente de eventuais aproveitadores. No entanto, por mais louvável que seja, a proibição é de difícil aplicação, porque normalmente os procuradores de cuidados de saúde seriam pais e filhos, irmãos e cônjuges, justamente as pessoas que estariam na linha sucessória do paciente e que teriam, em última análise, algum interesse em seu falecimento. A interpretação literal desse dispositivo levaria à impossibilidade de todas as pessoas na linha sucessória do paciente figurarem como procuradores de cuidados de saúde. Logo, deve-se entender o dispositivo em tela numa exegese restritiva, buscando apenas os sujeitos que, mesmo não estando na linha sucessória, teriam algum interesse material na morte do paciente, sempre à luz do caso concreto.

## **6 Conclusão**

A vida de um indivíduo é a sua história, e como toda história, a vida tem início, meio e fim. Não é compreensível que o ordenamento jurídico só dê proteção para o início e o desenvolver da vida, deixando desamparada a sua fase final: a morte digna deve ser assegurada.

O Estado tutela, por exemplo, os direitos do nascituro, não só os prometendo formalmente, por meio do art. 2º do Código Civil de 2002, como também pelas políticas públicas de saneamento básico e saúde nos hospitais e maternidades. É o *início* da vida, um direito garantido e efetivado.

Da mesma forma, o Estado protege o direito à educação, não só textualmente, através do art. 205 da Constituição Federal, mas, sobretudo, através de programas de bolsas em universidades particulares e políticas de discriminação positiva, como as cotas sociais. É a fase de desenvolvimento da vida, não só sendo garantida, mas também sendo (ou tentando ser) diuturnamente efetivada, conquanto seja, neste particular, uma norma programática.

E o fim da vida? Aparentemente, quanto mais se aproxima o homem do término de sua existência, mais o Estado se ausenta: quase todos nascem; muitos estudam, porque as escolas públicas, embora deficientes, funcionam; poucos vão para a universidade; na vida adulta, o Sistema Único de Saúde – SUS – não ampara quem dele necessita para viver; e na velhice, temos a insuficiência e o iminente colapso da Previdência Social. A morte, portanto, resta abandonada dos cuidados do Estado.

É necessário assegurar que o indivíduo, no Brasil, possa caminhar em direção à sua morte com a certeza de que terá a opção de *não sofrer*. Isto não se faz necessariamente com a legalização da eutanásia ou do suicídio assistido, que são técnicas mais drásticas e menos pleiteadas; mas se faz com a legalização de um direito *já existente*, que é o direito à ortotanásia, por exemplo, e sua subsequente *efetivação*, com os devidos institutos capazes de

trazer segurança jurídica à morte e ao ofício de médicos e outros profissionais da saúde.

Em última análise, trata-se de assegurar o direito à autonomia pessoal, o direito à realização das faculdades humanas que preenchem a dignidade da pessoa humana, e, principalmente, o dever do Estado de garantir estes direitos e princípios com uma atuação legiferante mais ativa, utilizando-se dos instrumentos que foram esposados no decorrer deste trabalho.

No Brasil, a abordagem do tema fica a cargo de uma infinidade de artigos acadêmicos, um Enunciado do CJF e cerca de duas Resoluções do CFM. Ou seja: não há institutos consolidados que permitam ao particular exercer sua autonomia e dizer quando é a hora menos gravosa para despedir-se da vida.

Consigne-se, aqui: não se está defendendo (e nem deixando de defender) a legalização da eutanásia, nem do suicídio assistido, dado que esta é uma discussão que merece diferente abordagem. Sustenta-se, sim, a efetivação do direito à morte digna (ilustrada, no Brasil, pela ortotanásia) por meio da implementação de recursos legais, tais como o testamento vital, para assegurar que o fim da vida humana progrida conforme a dignidade de cada um.

**Abstract:** This article has the objective of exposing, in a few lines, the death with dignity right issue, from a contemporary perspective, exploring basic definitions and intending to delimitate the lack of effectiveness problem of this right, mainly because of the absence of legal instruments, as the living will and the durable power of attorney for health care. Still, this article proposes legislative changes, from a minimum standard, to help amplify and better materialize the death with dignity right.

**Keywords:** Death with dignity. Human dignity. Advanced directives. Living will. Passive euthanasia. Active euthanasia.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida**. Artigo científico, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em 11.03.2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. – 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. Tese de Doutorado, UERJ, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\\_martel/5/](http://works.bepress.com/leticia_martel/5/). Acesso em 11.03.2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português**, Vol. I, Tomo III. – 2ª Ed. – Coimbra: Almedina, 2004.

SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. – 3ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

# O ativismo, o garantismo e o cooperacionismo processual

Vitor Fonsêca\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os modelos públicos e privados de processo civil. 3 Os binômios “dispositivo *versus* inquisitivo” e “civil law *versus* common law”. 4 Os modelos processuais do ativismo, do garantismo e do cooperacionismo. 4.1 O ativismo processual. 4.2 O garantismo processual. 4.3 O cooperacionismo processual. 5 Conclusões. Referências.

**Resumo:** O estudo tem por objetivo encontrar modelos processuais baseados nas ideias do “público” e do “privado” no Direito Processual Civil. Critica-se a dicotomia dispositivo-inquisitivo e propõe-se a classificação dos modelos ou tendências do ativismo, do garantismo e do cooperacionismo processual.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil – dispositivo – inquisitivo – civil law – common law – ativismo – garantismo – cooperacionismo.

## 1 Introdução

Nesse momento, tramita no Congresso Nacional o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Uma das críticas direcionadas ao Projeto é a de que ele fortalece os “poderes do

---

\* Mestre e Pós-Graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Promotor de Justiça/AM.

juiz”. Para os estudiosos, isso seria um ponto negativo. Afinal, seria uma invasão do “público” (o juiz) na atuação do “privado” (as partes). Diz-se, inclusive, ser um texto “autoritário”.

Partindo dessa crítica, o presente estudo propõe-se a reanalisar os modelos processuais chamados “dispositivo” e “inquisitivo”, para servirem de base (ou não) a essa discussão. Pretende-se saber se os críticos e os defensores do Projeto partem de uma mesma premissa científica.

Para tanto, o estudo baseia-se numa distinção entre “público” e “privado” no processo civil. Inicia-se pela divisão porventura existente entre modelos público e privado no Direito Processual Civil, para então voltar às clássicas dicotomias dispositivo-inquisitivo e *civil law-common law*. Como são as distinções mais utilizadas pela doutrina, foram as escolhidas para servirem de base inicial a essa discussão entre o público e o privado no processo civil.

Mais adiante, o estudo apresenta três outros modelos processuais, ainda baseados no público e no privado no processo civil, de modo a entender como esses modelos hoje atuam. O objetivo é mostrar que talvez essa nova classificação seja mais atual e rente às transformações da legislação, da doutrina e da jurisprudência. O objetivo específico é utilizar essa estrutura de modelos como ponto de partida para discutir futuramente em qual tendência o Projeto do Novo CPC está inserido.

## **2 Os modelos públicos e privados de processo civil**

Dizer se um modelo de processo civil é “público” ou “privado” depende de variações históricas e de valores

de acordo com o estágio de cada sociedade. A análise dos períodos históricos demonstra a ascensão, alternadamente, ora do privatismo processual (caso do liberalismo francês) ora do publicismo processual (como ocorreu com o advento do *Welfare State*). Cabe ao legislador disciplinar o processo civil de acordo com um modelo de publicismo ou de privatismo adaptado à sua própria realidade<sup>1</sup>.

Nenhum ordenamento, porém, adota um sistema processual inspirado integralmente num ou noutra modelo. Não há modelos “puros”. Em um ordenamento jurídico processual, o “público” e o “privado” não estão separados por limites intransponíveis. Na verdade, a história do processo é a história dos diversos pontos de equilíbrio entre esses valores contrapostos (liberdade *versus* autoridade)<sup>2</sup>.

Em geral, os destaques dos valores “públicos” e “privados” são refletidos no modo generalizado de como se estrutura o processo civil. Ao se denominar um modelo processual de “público” ou de “privado”, o que se pretende é focalizar a predominância (e não a exclusividade) do publicismo ou do privatismo.

### **3 Os binômios “dispositivo *versus* inquisitivo e “civil law *versus* common law”**

Até algumas décadas atrás, falava-se em geral num modelo dispositivo, baseado no privatismo, e num modelo inquisitivo (ou autoritário), quando fundamentado no

---

<sup>1</sup> Gustav Radbruch, *Filosofía del derecho*, p. 163-168.

<sup>2</sup> Andrea Proto Pisani, *Público e privado nel processo civile*, *Revista de Processo*, p. 281-304.

publicismo. Apesar de generalizada entre os autores há décadas, essa terminologia de modelo “inquisitivo” ou “autoritário” deve ser abandonada e não deve ser adotada.

Não parece correto falar de um modelo processual “autoritário” (“autoritarismo” processual). Ao menos no processo civil, nunca houve um processo em que apenas o juiz agisse de ofício ou um processo no qual as partes não tivessem direito algum perante o tribunal. Do mesmo modo, nem todo regime político conhecido como “autoritário” produziu um modelo processual “autoritário”. A história ensina não haver uma vinculação necessária entre o cunho “autoritário” do regime político e o regime “inquisitivo” do processo civil<sup>3</sup>.

Por outro lado, é criticável também a expressão do modelo processual “inquisitivo” (ou “inquisitório”). O fato de o juiz ter poderes de direção e de controle do processo não implica um modelo inquisitivo. Se um sistema contar com a iniciativa probatória oficial, nem mesmo isso o transforma em um modelo inquisitivo, se essa iniciativa estiver limitada aos fatos alegados pelas partes. Um verdadeiro modelo inquisitivo contrapõe-se a um modelo dispositivo, ou seja, um modelo baseado na máxima da disposição da parte, a partir da qual o juiz não pode instaurar *ex officio* um processo. No estágio atual, não há modelos processuais que prescindam da inércia da jurisdição como regra<sup>4</sup>.

Também tornou-se comum dividirem-se os sistemas processuais, quanto aos poderes de direção do processo, entre o modelo de *common law* (*adversary system*) e o modelo de *civil law* (romano-canônico). No modelo de *civil law*, aos juízes seriam

---

<sup>3</sup> Andrea Proto Pisani, *ob. cit.*, p. 281-304.

<sup>4</sup> Mauro Cappelletti, O processo civil no direito comparado, p. 34 e 51.

confiados maiores poderes no impulso do processo, inclusive em matéria de provas. Do contrário, pelo modelo de *common law*, as partes têm em mãos maiores poderes na condução do procedimento.

Esse binômio entre *common law* e *civil law* também é hoje considerado relativo. A doutrina há mais de trinta anos vem preconizando que a participação do juiz na direção do processo, nos modelos de *common law*, tende a aumentar, a ponto de fazê-lo dirigir e controlar mais o processo (*managerial judge*), sem o papel indiferente de outros tempos. Os juízes não se contentam mais em apenas julgar; querem participar enfaticamente dos resultados do processo. Essa tendência pode ser visualizada tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, principalmente após as *Civil Procedure Rules* de 1999. Por outro lado, mesmo na Europa, os modelos de *civil law* têm experimentado algumas limitações às iniciativas probatórias do juiz, em especial na Espanha depois da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000<sup>5</sup>.

#### **4 Os modelos processuais do ativismo, do garantismo e do cooperacionismo**

Ao invés da dicotomia “inquisitivo/dispositivo” ou do binômio “*common law (adversary system) / civil law*”, deve ser acolhido um outro ponto de vista, mais atual e talvez com menos críticas, para distinguir o binômio “público” e “privado” no Direito Processual Civil.

Parte-se da premissa de que os modelos processuais

---

<sup>5</sup> Judith Resnik, *Managerial judges*, Harvard Law Review, p. 376-380; José Carlos Barbosa Moreira, *Reformas processuais e poderes do juiz*, Revista do Ministério Público, p. 85-86.

atuais adotam, como regra, o sistema dispositivo, a partir do qual é proibido ao juiz dar início a um processo ou recorrer de sua própria sentença, por exemplo. Assim sendo, o critério adotado para diferenciar os modelos refere-se a uma maior ou menor interferência do Estado-juiz na condução do processo civil, sem qualquer vinculação à “disposição” do direito material. Discute-se, aliás, se seriam “tendências” ou “modelos” de sistemas processuais: 1) o ativismo processual; 2) o garantismo processual; e 3) o cooperacionismo processual.

#### 4.1 O ativismo processual

No “ativismo processual”, há uma maximização da figura do juiz. Na condução do processo, o juiz deveria atuar independentemente de provocação das partes. Aos olhos “ativistas”, não há nada de errado em conferir maiores poderes processuais ao juiz para resolver problemas sem uma solução legislativa adequada. Mesmo sendo omissa a lei, o juiz tem o poder de resolver questões processuais, tudo com o propósito de se “fazer justiça”. Daí a possibilidade, inclusive, de “criar” soluções não previstas em lei<sup>6</sup>.

Entre tais soluções criativas do “ativismo”, muitas delas já são objeto de estudos aprofundados pelos processualistas, como a flexibilização da congruência, e até mesmo de reformas legislativas, como a tutela antecipada e as cargas probatórias dinâmicas. É certo, porém, que o “ativismo” não se esgota nos poderes instrutórios *ex officio* do juiz<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Glauco Gumerato Ramos, *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*, Revista MPMG Jurídico, p. 08-15.

<sup>7</sup> Jorge W. Peyrano, *Sobre el activismo judicial, Activismo y garantismo procesal*, p. 11-16.

O fenômeno da “jurisdição” é o destaque desse modelo processual. Os “ativistas” dizem ser a função jurisdicional o fundamento jurídico-constitucional para permitir aos juízes maiores poderes no saneamento e na instrução da causa.

A esmagadora maioria dos processualistas brasileiros alinha-se ao “ativismo processual”, mesmo que inconscientemente. No Brasil, não é costume dividir os processualistas civis entre “garantistas” e “ativistas” (o que, ao contrário, começa a ocorrer no processo penal). No entanto, muitas das discussões durante a tramitação do Projeto do Novo Código de Processo Civil estão sendo permeadas de uma resistência maior ou menor ao ativismo processual. Basta verificar, por exemplo, a crítica de alguns setores aos “novos poderes” do juiz.

## 4.2 O garantismo processual

No “garantismo processual”, há uma maximização dos direitos das partes. Há preocupação com as garantias processuais, sempre previstas pela Constituição em favor de seus cidadãos. Os “garantistas” exigem do juiz o compromisso de não assumir atitudes paternalistas com as partes. Ao juiz não é autorizado assumir para si deveres não previstos no texto constitucional. Enxergam o processo civil como “método de liberdade” (contra o Estado) e valorizam temas como o devido processo legal, o direito de acesso à justiça, a imparcialidade do juiz, a igualdade entre as partes e a bilateralidade de audiência<sup>8</sup>.

Foram os estudos sobre as garantias penais do réu que deram origem ao modelo do “garantismo processual”. Para eles, a

---

<sup>8</sup> Adolfo Alvarado Velloso, *El garantismo procesal, Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

teoria do “garantismo” aplica-se a outros ramos jurídicos – entre eles o Direito Processual Civil. Daí a obediência ao princípio da estrita legalidade, ou seja, a vinculação do Poder Público ao Estado de Direito. O “garantismo” também caracteriza-se pela distinção entre vigência e validade, sendo a primeira a simples compatibilidade às regras de competência e de processo legislativo, enquanto a segunda, a vinculação material das normas inferiores às prescrições das normas superiores<sup>9</sup>.

A maior crítica dos “garantistas” reside no fato de que o “ativismo processual” do juiz implicaria desrespeito ao devido processo legal. O fortalecimento das regras do devido processo legal serviria como garantia máxima de segurança jurídica. O “garantismo processual”, por exemplo, seria contrário às tutelas de urgência deferidas sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) e aos poderes instrutórios do juiz (*ex officio*).

### 4.3 O cooperacionismo processual

Estudos mais recentes acrescentam mais um tipo de modelo: o “cooperacionismo processual”. Maximiza-se a interação entre o juiz e as partes. Com fundamento na ideia da “cooperação processual”, esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório. O juiz e as partes passam a ser sujeitos de um “diálogo processual”. O processo nem é determinado pela vontade exclusiva das partes nem pela posição autoritária do juiz em relação às partes. Não há destaque para um único sujeito processual. Em razão da

---

<sup>9</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 851-854.

coparticipação e da paridade dos sujeitos processuais, o modelo cooperativo é entendido como o mais indicado à construção de um processo civil democrático<sup>10</sup>.

É interessante notar a alternância do enfoque do “cooperacionismo”. De um lado, tenta-se insistir numa posição mais ativa do juiz, deixando de lado seu tradicional papel de mero espectador do duelo entre as partes (“fortalecimento” do papel do juiz). Por outro lado, prefere-se ressaltar e resguardar o direito das partes de participarem das decisões sobre o desenvolvimento do processo, sempre ao lado do juiz (“fortalecimento” do papel das partes).

Em Portugal, por exemplo, defende-se, de um lado, que a “cooperação” não deve ser vista como um novo mito ou panaceia, pois, na verdade, não passaria de uma confiança excessiva no juiz como “senhor” do formalismo processual (“autoritarismo” disfarçado). Sob a influência de uma suposta ideia da “cooperação” entre as partes e o juiz, seria criado, na verdade, um processo civil “líquido”, completamente modelado pelo juiz (e não pelo legislador)<sup>11</sup>. Em lado oposto, defende-se que não há qualquer cunho autoritário no “cooperacionismo”. Pelo contrário: se assegurados às partes o dispositivo, o contraditório e o controle das decisões judiciais, então seria possível defender um “ativismo processual”, sem qualquer receio de autoritarismo. Para essa segunda corrente, tanto “ativistas” quanto “garantistas” pretendiam o mesmo: a rápida e a justa solução do litígio. Para

---

<sup>10</sup> Daniel Mitidiero, Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 101-103; Fredie Didier Jr., *Os três modelos de direito processual: dispositivo, inquisitivo e cooperativo*, *Revista de Processo*, p. 213-225.

<sup>11</sup> Luís Correia de Mendonça, *Processo civil líquido e garantias: o regime experimental português*, *Revista de Processo*, p. 215-250.

alcançar esse objetivo comum: a) o dever de cooperação entre as partes não implicaria a desistência de seus interesses privados; e b) nem o dever de cooperação do juiz o tornaria “parcial” por colocá-lo ao nível das partes<sup>12</sup>.

No “cooperacionismo processual”, não deve haver protagonistas. Deve-se valorizar todas as profissões jurídicas (juízes, advogados, membros do Ministério Público, entre outras). Deve haver equilíbrio e corresponsabilização. Fala-se, inclusive, numa “teoria dos papéis” (*Rollentheorie*), ou seja, numa divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo. Essa “comunidade de trabalho” decorre, enfim, de um modelo constitucional, pautado na garantia do contraditório e da razoável duração do processo<sup>13</sup>.

O modelo do “cooperacionismo processual” parece sugerir ainda que o juiz possui mais um “dever” do que um “poder” de jurisdição. Isso se deve à sua teoria-base: a “relação jurídica processual”. O processo seria uma relação entre o juiz e as partes. Nesse ambiente relacional, haveria direitos, deveres e ônus tanto para as partes quanto para o juiz, sem sobreposições. Um ambiente processual “cooperativo” permitiria um trabalho conjunto entre o juiz e as partes, cada um obedecendo aos seus deveres e observando seus direitos.

Os autores parecem indicar ainda que o “cooperacionismo processual” reconhece o controle do direito material pelas partes e não pretende afastar ou substituir as regras dispositivas do

---

<sup>12</sup> Mariana França Gouveia, *Os poderes do juiz na ação declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão, Julgar: Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, p. 47-65.

<sup>13</sup> Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*, *Revista de Processo*, p. 107-141.

processo civil (como o próprio direito de pedir em juízo, o direito de recorrer etc.). Nem é um modelo autoritário nem um modelo liberal. O que se pretende é não deixar a condução do processo à disposição exclusiva das partes. Para isso, deve o juiz assumir uma posição não autoritária, e sim cooperativa<sup>14</sup>.

## 5 Conclusões

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

1) não é recomendável a terminologia das classificações entre modelos processuais inquisitivo/dispositivo e *civil law/ common law*, ao menos para tratar, com segurança científica, do fenômeno público/privado no Direito Processual Civil;

2) em virtude dos estudos mais recentes, seria possível, em conformidade com uma visão pública/privada do desenvolvimento do processo, distinguir os modelos (ou tendências) do ativismo processual, do garantismo processual e do cooperacionismo processual

3) No Brasil, é preciso ainda testar essa classificação, principalmente com o advento de um Novo Código de Processo Civil, dito mais “cooperativo”;

4) Outrossim, a doutrina deve estar atenta a esses diferentes modelos (ou tendências), de modo que um embate teórico entre posições antagônicas partam sempre da mesma premissa (ativista, garantista ou cooperacionista), sob pena de tornar infrutífera a discussão científica.

---

<sup>14</sup> Reinhard Greger, *Cooperação como princípio processual*, *Revista de Processo*, p. 123-134.

## Referências

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista do Ministério Público**, v. 18, Rio de Janeiro, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, p. 83-95, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: dispositivo, inquisitivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 213-225, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, v. 206, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 123-134, 2012.

GOUVEIA, Mariana França. **Os poderes do juiz na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão**. **Julgar: Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses**, v. 01, Coimbra, Coimbra, p. 47-65, 2007.

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias: o regime experimental português. **Revista de Processo**, v. 170, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 215-250, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:**

pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEYRANO, Jorge W.. Sobre el activismo judicial. **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

PROTO PISANI, Andrea. Pubblico e privato nel processo civile. **Revista de Processo**, v. 193, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 281-304, 2012.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. 2.ed. Madri: Revista de Derecho Privado, 1944.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista MPMG Jurídico**, vol. 18, Belo Horizonte, CEAF, p. 08-15, 2009.

RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v. 96, Cambridge, The Harvard Law Review Association, p. 376-448, 1982.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 107-141, 2009.



# O denunciismo e sua funcionalidade em ambiente democrático

João Gaspar Rodrigues\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Noções conceituais. 3 Fenômeno antidemocrático. 4 Denunciismo anônimo. 5 A experiência histórica e o inimigo interno da democracia. 6 O Estado de Direito e os meios de coibir o denunciismo. 7- Conclusão. Referências.

**Resumo:** A análise desenvolvida no presente estudo pretende traçar noções conceituais, descrever as consequências mais claras e sugerir medidas que restrinjam a prática do denunciismo ao nível do razoável dentro de um Estado democrático de direito. Destacam-se também três grandes consequências decorrentes do tema em estudo: violação dos direitos fundamentais das pessoas atingidas pela acusação; instrumentalização das instituições públicas, obrigando-as a desperdiçar tempo e recursos; geração de uma cultura de desconfiança com importantes efeitos sobre a solidariedade, a cooperação e a coesão sociais.

**Palavras-chave:** Denunciismo. Direitos fundamentais. Estado de Direito. Democracia.

---

\* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*, Manaus:Valer, 1999; *Táxi-cos...*, Campinas:Bookseller, 2001; *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; *Segurança pública e comunidade: alternativas à crise*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009; *Ministério Público Resolutivo*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2012.

## 1 Introdução

O presente estudo apreende um fenômeno prático, de natureza quase sociológica e política, que é o hábito da delação e o submete a uma abordagem jurídica e política (à luz da teoria democrática). No caudal dessa prática irresponsável perdem-se ou são feridos vários valores (como vida, honra, reputação, imagem etc.) que, ao fim, fecham o círculo conceitual da dignidade humana.

Embora a recorrência do denunciismo seja muito clara na sociedade brasileira, principalmente numa sociedade que tenta amadurecer valores democráticos historicamente submetidos ao arbítrio e ao autoritarismo, sendo divulgada diariamente na imprensa nacional (servindo, na verdade, como combustível do ofício jornalístico “marrom”), a matéria ainda não sensibilizou a comunidade científica para a necessidade de estudos sérios e detidos. Continua a ser, assim, um fato sem teoria. E sem uma teoria para lastrear os estudos, ainda que superficiais como o desenvolvido aqui, oferece-se-nos o sério risco das pesquisas e das especulações se transformarem em amontoados de informações. Essa impostura pode até se desenvolver num movimento elegante, mas não alcança absolutamente nada.

Há quem descubra estupendas verdades no entrechoque das forças sociais, às vezes até por intuição, mas sempre é necessário um trabalho posterior de análise, explicação e definição. A abordagem jurídica não requer simples imaginação ou hipóteses soltas, mas fatos. E quando se afasta dos fatos, o crítico enreda-se num palavreado anódino e inútil.

Um assunto que ninguém sabe e ninguém cuida de estudar abre espaço para que todos tenham razão e surjam especulações de todo lado. A escassez de literatura impede o conhecimento, em extensão e profundidade, do fenômeno. E tudo aquilo que não conhecemos sob a luz do método científico e da interpretação da vida social, tende a ser objeto de conjecturas (quando não, de inevitáveis preconceitos e superstições). E no retiro das conjecturas e das hipóteses, a mente mais lógica pode falhar. É compreensível, então, que esse trabalho seja completado por outros que possam surgir, mais profundos e mais abrangentes, inspirados na necessidade de conhecer o fenômeno do denunciamento em sua relação dialética com a democracia.

A análise desenvolvida pretende, partindo desse terreno estéril e de matéria pouco discutida, traçar noções conceituais, descrever as consequências mais claras e sugerir medidas que restrinjam essa prática ao nível do razoável<sup>1</sup> para uma sociedade que se equilibra no gelo fino dos direitos e deveres.

## 2 Noções conceituais

O denunciamento, em princípio, é uma prática recorrente, antiintelectual (pois subordina a razão à vontade) e espúria de “denúncia”, enquanto notícia de alguma ilegalidade ou irregularidade cometida por alguém em prejuízo de interesse particular ou público. É um resíduo sobrevivente de uma

---

<sup>1</sup> Não podemos, obviamente, tentar encontrar uma solução para o denunciamento, pois “solução” implica certa perfeição ou finalidade, comparável ao equacionamento de um problema matemático ou físico, o que nunca é possível nas relações sociais (Becker, 1947, p. 82). O máximo que se pode fazer é encontrar mecanismos que restrinjam a prática ao nível do “razoável” ou “tolerável” num ambiente que cobra responsabilidade de todos.

sociedade imatura e primitiva, que ainda não alcançou, plenamente, a consciência histórica de si própria; de um reino de mediocridade coletiva que se reproduz em claras categorias de demandistas insaciáveis e adeptos da delação, às vezes, com claras tendências psicopáticas<sup>2</sup>. Sua razão oculta (e verdadeira) é a inveja, o ódio, o ressentimento, o revanchismo, a intriga, o desejo de vingança pessoal ou política, a crítica ideológica, a paixão da notoriedade ou puro capricho; sua razão visível (e falsa) ou seu “bastão de general” é uma suposta preocupação com a ordem pública, o bem comum e a legalidade democrática.

E diz-se “suposta preocupação”<sup>3</sup> com o bem comum (ou seus rivais putativos “bem-estar geral” e “interesse público”) porque a realização deste pressupõe uma relação harmoniosa entre a intenção subjetiva e as consequências objetivamente boas. A correlação positiva desses dois polos é o que constitui um princípio para a orientação da conduta. E sobre o hábito da delação há sérias dúvidas a respeito das boas intenções do “denunciante” e dos meios empregados para alcançar os objetivos finais (há uma confortável camuflagem de intenções inconfessáveis). Muita roupagem parasita adere a esse esqueleto dinâmico que é o interesse público.

O modelo utilizado pelos denunciistas é uma máquina de linguagem: a suposta preocupação com o bem comum é despejada numa extremidade e na outra saem pequenos e delicados fragmentos de interesse público em seu invólucro natural (apuração oficial, responsabilização etc.). Todavia, é impossível

---

<sup>2</sup> Mesmo o homem mais inteligente, como diz George Santayana (1998, p. 10), “floresce dentro de um imbecil e leva amarrado um louco”.

<sup>3</sup> A corrupção das melhores intenções é a pior de todas – “optimi corruptio pessima”.

encontrar numa sociedade a noção predominante de que todos os desejos humanos, exigências e reivindicações possam ser convertidos, automaticamente, em interesse público. Não há maquinismo ou mecanismo capaz de produzir tamanha proeza.

Eventualmente, a irracionalidade dos interesses que movem a prática do denunciamento podem resultar em proveitos racionais para a sociedade (como esclarecimento de crimes e ilícitos diversos, responsabilização de administradores públicos ímprobos, zelo do bem comum etc.). Vícios privados, benefícios públicos. Mas o sistema não pode ficar dependente e refém, como um mero joguete, da irracionalidade de desejos primários para alcançar o bem comum. Além disso, viola a relação harmoniosa existente entre meio e fim (os meios não podem suplantar ou envilecer os fins).

Jeremy Bentham (BODENHEIMER, 1967, p. 208-209) acreditava que o interesse público é idêntico à soma dos interesses dos vários membros que compõem a comunidade. Como para Bentham o indivíduo é um ser essencialmente egoísta, sua doutrina só pode ser aceita na suposição de que a soma total das ações individuais egoístas possa ser equiparada à felicidade máxima da comunidade. Todavia, essa doutrina é insidiosa e a história recente não a avaliza. Um indivíduo pode ter um interesse na redução ao mínimo de seus encargos fiscais, enquanto a realização de certas funções indispensáveis da comunidade ou do Estado possam tornar necessário o aumento dos impostos. Um indivíduo pode ter interesse em conseguir ganhar facilmente colocando no mercado um produto de qualidade inferior, mas a comunidade está interessada em manter

um nível de produção que proteja pelo menos a segurança e a saúde dos membros do público. Um indivíduo pode desejar retirar seus filhos da escola aos treze anos de idade, a fim de que possam ajudar a sustentar a família num emprego rendoso, mas a comunidade pode considerar a extensão do período de educação compulsória além dessa idade necessária para a formação de cidadãos bem informados e competentes. Tudo isso indica que sem uma avaliação qualitativa, criteriosa e cautelosa de interesses individuais, uma determinação adequada do bem público pode encontrar sérias dificuldades.

A identificação do interesse público com a soma aritmética total de interesses privados subestima, entre outras coisas, certos elementos contraditórios e desconcertantes na estrutura humana psicológica. Podemos interpretar nossos interesses de um ponto de vista isolado que corresponde exclusivamente aos aspectos autoafirmadores de nossa natureza. Podemos também avaliar nossos interesses como membros responsáveis de um grupo social cujo bem-estar social não pode ser totalmente separado do bem-estar da comunidade a que pertencemos. A força dos impulsos com relação a si próprio e com relação aos outros varia na natureza humana, naturalmente, em indivíduos particulares. Mas mesmo na composição psicológica de um indivíduo o equilíbrio dessas tendências conflitantes raramente é estável e inalteravelmente fixo. Uma concepção de nosso interesse ditada por considerações de curto prazo pode ser corrigida com explicações ou argumentos que nos provem certos subprodutos e conseqüências de nossas ações que tenhamos deixado de tomar em consideração.

É importante observar, atento à lição de Duverger (1975, p. 245), que todo homem, todo grupo, toda organização tende, naturalmente, a fazer prevalecer seus próprios objetivos sobre os objetivos globais da coletividade. E, no denunciata, os interesses particularistas tornam-se uma segunda natureza, com o agravante de perseguir vantagens pessoais à custa de um suposto interesse público: interesse particular camuflado de público. Há uma *mise-en-scène* para tentar disfarçar o interesse egoísta.

O homem, abandonado a seu próprio instinto, ou seja, não se vendo limitado ou controlado por uma disciplina educativa e pedagógica decorrente do Estado de Direito ou do processo democrático, não leva em consideração o interesse da maioria, mas apenas o seu próprio bem<sup>4</sup>.

Admitir esse individualismo exacerbado (ou “individualismo predatório”, no dizer de Chomsky, 2007, p. 18), seria dar vida à liberdade associal em que todo homem pode usar suas faculdades sem ater-se aos desejos e aos interesses dos demais; esse estado de coisas é inimaginável numa pluralidade de indivíduos que convivem em mútuas relações sociais. Num ambiente plural e politicamente responsável, a liberdade social define o comportamento individual nas relações estabelecidas com os outros. A liberdade social tem, portanto, base na restrição; é aquela liberdade, conforme definição de Hobhouse (1927, p. 76), que pode ser gozada por todos os indivíduos de uma comunidade e que se desenvolve dentro de determinados limites de atividade, não representando um prejuízo para os demais.

---

<sup>4</sup> Tanto o indivíduo quanto a sociedade são “plasmáveis”, capazes de terem suas disposições internas modificadas mediante um processo educativo, podendo adotar um caráter diverso (Leibholz, 1971, p. 201-202).

Numa ordem social e política dada por uma Lei Fundamental, diz Leibholz (1971, p. 132-133), a liberdade é definida e limitada pela Constituição mesma. É fácil comprovar que a liberdade se desenvolve melhor naquelas democracias que a limitam na esfera social com um critério conservador. E mais. Não é permitido ao indivíduo abusar da liberdade, pois quando esta é empregada para minar a ordem democrática o cidadão perde seu direito individual a ela. E isso é legítimo na proporção em que um texto constitucional não pode proclamar uma liberdade que leva em si sua própria destruição e sancionar, assim, a possibilidade de um suicídio. A liberdade pode ser desfrutada pela sociedade ou pelos indivíduos, mas não pode dispor dela inteiramente ao seu gosto.

A prática do denunciismo, como corolário da liberdade associal, reúne simplicidade de meios e complicada torpeza de fins, apresentando, além da degradação moral intrínseca, três grandes conseqüências ruinosas para um ambiente político e social sadio: 1- viola os direitos fundamentais das pessoas atingidas pela acusação; 2- instrumentaliza instituições públicas, obrigando-as a desperdiçar tempo e recursos para atender espúrios (e doentios) interesses pessoais. 3- gera uma cultura de desconfiança com importantes efeitos sobre a solidariedade, a cooperação e a coesão sociais<sup>5</sup>.

O princípio da felicidade social máxima, tão decantado por Bentham ao longo de sua vida (HOBHOUSE, 1927, p. 58), resulta em que toda ação é socialmente boa quando tende a

---

<sup>5</sup> O isolamento social sugerido pela desconfiança e suspeita entre os indivíduos é sublinhado pelos estudos sociológicos (Torre, 1989, p. 53).

procurar o maior grau possível de felicidade ao maior número possível de pessoas. Assim, é útil o que está de acordo com este princípio e prejudicial o que está em oposição a ele. Para sabermos se o denunciamento é a expressão legítima de um direito, devemos inquirir, previamente, se é útil à sociedade permitir que alguns acusem impunemente e outros suportem, estoicamente, acusações falsas que ferem sua reputação e honra, defraudando seu patrimônio moral tão custosamente obtido.

### **3 Fenômeno antidemocrático**

O denunciamento fácil e desvairado, intuitivamente, não é um artifício democrático. Ao contrário, foi largamente usado pelos governos totalitários que encontravam na fórmula uma maneira de manter a sociedade atomizada e individualizada (“cada um por si”), sem laços de solidariedade social.

Como revela Hannah Arendt (2005, p. 64), a fim de destruir todas as conexões sociais e familiares, o governo totalitário usava o “expurgo” que era conduzido de modo a ameaçar com o mesmo destino o acusado e todas as suas relações, desde meros conhecidos até os parentes e amigos íntimos. A “culpa por associação” é uma invenção engenhosa e simples; logo que um homem é acusado, os seus antigos amigos se transformam nos mais amargos inimigos: para salvar a própria pele, prestam informações e acorrem com denúncias que “corroboram” provas inexistentes, a única maneira que encontram de demonstrar a sua própria fidelidade. Em seguida, tentam provar que a sua amizade com o acusado nada mais era que um meio de espioná-lo e delatá-lo como sabotador.

O fenômeno do denunciismo compõe um cenário funcional e estimável a regimes de exceção, sendo uma forma de manter a sociedade atomizada, sob as garras do medo e num ambiente de desconfiança social generalizada que favorece o domínio total do autocrata de plantão. É a adoção da antiga estratégia romana do *divide et impera* (“dividir e dominar”). Num meio democrático, o hábito da delação se revela contraproducente e contrário aos valores mais caros a esse ambiente político, como os direitos fundamentais, o predomínio do interesse público e a solidariedade social.

Uma das mais poderosas ameaças que pairam sobre a democracia moderna é a de uma sociedade de segurança absoluta, de tolerância zero, de prevenção radical, de prisão preventiva (PORTELLI, 2011, p. 08), de desconfiança sistemática em relação ao outro, de vigilância e controle generalizado. A cultura da delação faz de cada cidadão um espião do seu vizinho e do outro o potencial inimigo.

Por ser um nódulo maligno na estrutura orgânica do corpo político (órfão do totalitarismo adotado pela democracia<sup>6</sup>), a ordem jurídica claramente repudia o denunciismo desenfreado e sem limites quando eleva à categoria de crime a “denúnciação caluniosa”, impondo severas sanções (Código Penal, art. 339). É lamentável que, diante do espetáculo cotidiano e esmagador

---

<sup>6</sup> Não surpreende que um mecanismo típico de uma ditadura totalitária sobreviva e se desenvolva em meio democrático, uma vez que, como diz Neumann (1969, p. 269), todas as ditaduras totalitárias modernas nasceram, quase sem exceção, dentro das democracias, assumindo o grupo totalitário a forma de um movimento democrático e conservando a fachada até mesmo depois de alcançar o poder. Assim, portanto, muitos rituais democráticos (e o denunciismo assim se encaixa) utilizados pela ditadura totalitária permanecem, naturalmente e sem maiores análises, no ambiente massivo democrático após sua desintegração.

de “denúncias” irresponsáveis e levianas, veiculadas na imprensa e agitadas incessantemente por cidadãos comuns, cujo fim é destruir a honra alheia e catapultar indignos interesses pessoais (ou políticos), esse tipo penal não seja esgrimido com mais frequência.

#### 4 Denuncismo anônimo

A Lei n. 8.112/1990 exige que as denúncias sejam identificadas e apresentadas por escrito:

“As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”.

Embora a lei exija a formalidade da identificação do representante ou denunciante, entende-se que o anonimato, por si só, não autoriza, num primeiro momento, a exclusão da denúncia sobre irregularidade cometida na administração pública e não impede a realização de um juízo de admissibilidade. Diante da máxima *in dubio pro societate*, deve a autoridade competente verificar a existência de mínimos e razoáveis critérios de plausibilidade ou de verossimilhança.

Todavia, quando adota o anonimato, o denunciismo potencializa exponencialmente seu poder destrutivo, pois além de colocar em risco a integridade do sistema dos direitos fundamentais<sup>7</sup> favorece a impunidade do denunciante anônimo,

---

<sup>7</sup> Os direitos fundamentais, não é demais lembrar, fazem parte do conteúdo essencial do elemento típico do Estado de Direito, presente no constitucionalismo moderno.

tanto moral quanto jurídica (criminal e cível)<sup>8</sup>. A responsabilidade é nula se ninguém sabe qual o responsável. E isso exige dos agentes públicos um olhar atento e uma cautela acima dos padrões ordinários, para zelar pelos bens indisponíveis descritos acima e não serem, eles mesmos, alvos das sanções do art. 339 do Código Penal.

O dever do Estado e de seus agentes é evitar o abuso da liberdade. Esta só se encontra em perigo quando o Estado descuida sobre a sua manutenção na justa medida. E a justa medida é o respeito pelos direitos do outro.

A delação anônima não possui valor jurídico, pois é claramente repudiada pelo próprio ordenamento jurídico (CF, art. 5º, IV; Lei 8.112/90, artigo 144; Lei 8.429/92, artigo 14; Lei 9.784/99, artigo 6º). Todavia, apesar desse desvalor, se a peça apócrifa revelar indícios confiáveis sobre os fatos por ela narrados, não pode o Estado (através de seus agentes públicos) simplesmente ignorar a informação. Revela-se razoável, diante da mínima idoneidade dos fatos narrados e informados, deflagrar procedimento de simples averiguação para buscar a consistência jurídica necessária indicativa de justa causa para a instauração de procedimento formal (procedimento administrativo, inquérito policial etc.).

Se a investigação confirmar a plausibilidade da denúncia anônima em seus traços gerais, ela passa a suprir a lacuna do anonimato. Doravante, a investigação formal a ser instaurada

---

<sup>8</sup> “A imprensa anônima oferece um aspecto cômodo e quase tentador, garantindo aos autores a impunidade tanto moral quanto legal. Ela muitas vezes se transforma no abrigo atrás do qual se escondem os covardes e os poltrões para lançarem dardos envenenados contra seus adversários pessoais ou políticos” (Michels, s/d, p. 81).

não se dará sobre a anonímia da delação, mas no resultado da investigação preliminar, que ratificou os fatos nela descritos, com o fim de comprovar o fato e a sua autoria.

Essa busca de consistência jurídica tem limites muito claros: respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos, o que sugere ser dever dos agentes públicos, em sede de averiguação preliminar, atuar com a máxima discrição e cautela, não podendo determinar ou proceder a buscas domiciliares, quebra de sigilos, cautelares penais típicas, indiciamento etc.

Se o nosso Código Penal, escreve Tourinho Filho (1997, p. 218), erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os ‘denunciados’ chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da “*inquisitio extraordinem*”, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas ‘Bocas dos Leões’ suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno.

## 5 A experiência histórica e o inimigo interno da democracia

As experiências totalitárias podem render o máximo de ensinamento e nos alertam sobre os riscos de uma disseminada cultura denunciista, estimulada tanto pela imprensa quanto pelos meios institucionais do corpo político. O tecido complacente da democracia tolera a atuação de inimigos que buscam destruí-la (novamente o exemplo do totalitarismo) e até de princípios não democráticos (monarquia britânica<sup>9</sup>, forças armadas, gestão empresarial, poderes sociais privados etc.). O inimigo interno da democracia joga uma partida fácil, pois explora o direito de discordar, inerente à própria democracia. Ele esconde com habilidade sob a oposição legítima, sob a crítica reconhecida como uma prerrogativa de todo cidadão, o intuito de destruir a própria democracia, a busca incessante do poder absoluto, do monopólio da força. Com efeito, a democracia é esse regime paradoxal em que se oferece aos que querem aboli-lo a possibilidade única de preparar-se, para isso, na legalidade (REVEL, 1984, p. 08), ou seja, leva dentro de si os gérmenes de sua própria dissolução.

Engana-se quem pensa estar prestando um relevante serviço à democracia, estimulando a prática da denúncia pelos cidadãos. Isso faz de cada cidadão um vigia e um vigiado, imersos numa odiosa existência vigiada e de censura onipresente, mais característica de um meio totalitário que democrático. Cria-se um círculo vicioso de vigilantismo e denunciismo.

---

<sup>9</sup> A vantagem que normalmente se diz ter a monarquia, para um regime democrático, é que ela fornece um chefe de Estado que constitui um símbolo – apolítico e imparcial – da unidade. Isso geralmente é verdade, embora seja também possível que os monarcas se transformem em forças de divisão (Lijphart, 1999, p. 140).

O radicalismo e o descomedimento em relação a qualquer valor democrático resulta numa ameaça decisiva para a própria democracia. Os perigos inerentes à própria ideia democrática surgem quando um dos ingredientes dela (livre crítica, direito de petição, liberdade de expressão etc.) é isolado e absolutizado (Todorov, 2012, p. 18). O que reúne esses diversos perigos é a presença de uma forma de descomedimento. O povo, a liberdade, o progresso são elementos constitutivos da democracia; mas se um deles se emancipa de suas relações com os outros, escapando assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, eles transformam-se em ameaças: populismo, ultraliberalismo, messianismo, denunciismo, enfim, esses inimigos íntimos da democracia.

O espetáculo de delações, reclamações e representações irresponsáveis apresenta-se mais virulento nos pequenos municípios e localidades. O público sob cujos olhos agem as autoridades locais e que as criticam é mais limitado em extensão e, em geral, menos esclarecido do que aquele que admoesta as autoridades de grandes centros e capitais. A imprensa e a discussão pública exercem muito menor interferência, fazendo com que as ações sejam guiadas mais por sentimentos grupistas ou partidários e menos por uma consciência comunitária e social. Nas localidades pequenas, o espírito ainda é provinciano e paroquial, e as relações ainda se dão sob a revelha fórmula schmittiana amigo/inimigo. E nesta equação (amigo/inimigo) só entram fatores como força, astúcia, maledicência e mexerico.

Na verdade, nas pequenas cidades, o mexerico e a intriga, embora desencadeiem o denunciismo virulento e

irresponsável, integram uma instância de controle social rígido do comportamento uns dos outros. É uma forma primitiva de ajustamento social (uma sanção reprovativa difusa).

É interessante observar, como o faz J. Maritain (1966, p. 72), que, na base de tudo, em um nível muito mais profundo que o dos partidos políticos, o interesse e a iniciativa do povo em assuntos cívicos deverão começar por um despertar da consciência comum nas menores comunidades locais e aí permanecer constantemente em ação, pondo em prática meios de edificação orgânica (participação produtiva, reclamações e “denúncias” responsáveis, críticas construtivas, cooperação etc.).

A experiência cotidiana nos faz reconhecer que o denunciismo mais virulento e frequente se dá em pequenos municípios em que a única fonte de receita vem do poder público. A luta sem regras por uma cota desses recursos, verdadeira luta pela sobrevivência (“struggle for life”), desperta sentimentos e instintos que em outros lugares foram devidamente sublimados pela multiplicidade de polos geradores de renda e alternativas econômicas.

A participação ativa e produtiva do povo numa democracia, principalmente em escala limitada como se passa nos pequenos municípios, exige um apoio inteligente e uma crítica construtiva aos representantes do público. Quando essa espécie de apoio e de crítica, cuja estrutura e modelo estão bem distantes da anormalidade do denunciismo, é exercida pelos cidadãos de forma responsável e orientada ao interesse público, desaparece o vazio entre o povo, seus representantes e as autoridades tomadoras de decisões. O desaparecimento dessa lacuna ou

dessa falta de diálogo (ou ainda de cooperação ativa) poupa os representantes e os tomadores de decisões de serem forçados ao uso de várias formas de autoritarismo e evita também que o povo desenvolva atitudes ou práticas anormais, como o denunciismo.

Atento ao mapa intelectual das lições históricas e da realidade circundante, o cidadão com crenças e firmes hábitos democráticos deve manter-se atento e vigilante quanto à integridade do bem comum, assim como à honra e à reputação (que também integram o conceito de bem comum [Simon, 1955, p. 130; Cassinelli, 1967, p. 56]) de seus concidadãos. Todavia, não é exagero afirmar que dentre os cidadãos dotados de direitos políticos, o número dos que realmente se interessam pelos assuntos públicos é ínfimo. Na maioria dos indivíduos, é muito pouco desenvolvida a consciência das íntimas relações existentes entre o bem individual e o bem comum.

Um bom ambiente republicano não apenas reflete, mas também promove a excelência moral e intelectual de seus cidadãos. Nenhum homem pode ser, para outro, apenas meio; cada homem é um fim em si mesmo. E isto não implica numa restrição aos direitos de crítica, de petição<sup>10</sup>, de “denúncia” e de representação, mas ataviá-los, na contundência de seu pleno uso, com o signo da responsabilidade e do respeito ao patrimônio moral do outro.

---

<sup>10</sup> O *direito de petição* garante o direito de dirigir-se, só ou em comum com outros, com pedidos ou reclamações às autoridades competentes e à representação popular. Ele obriga as autoridades solicitadas ao exame material da petição e a uma resposta material da qual deve resultar, pelo menos, o conhecimento do conteúdo da petição e o modo de seu cumprimento, enquanto uma fundamentação especial não é necessária (Hesse, 1998, p. 356).

## 6 O Estado de Direito e meios de coibir o denunciismo

A democracia carece de cidadãos críticos e atentos aos negócios públicos, pois o povo é o juiz último do bom exercício da autoridade e do poder. Mas é necessário que esses cidadãos tenham a virtude da tolerância, alguma noção do valor da vida associativa (Walzer, 1999, p. 143; Becker, 1947, p. 14) com seus consectários lógicos (alteridade, respeito pela personalidade do outro, bem comum, interesse público etc.) e sejam dotados de instintos humanos, sociais e cooperativos. O melhor sistema político possível não pode ter êxito a menos que as ações dos cidadãos satisfaçam a certos padrões.

A distinção nítida entre direitos e deveres é decisiva em qualquer sociedade. Esse arranjo define os papéis de cada indivíduo e suas relações dentro do grupo. Um direito não assume sentido senão por ser uma obrigação e por referência a um sistema de obrigações. Reivindicar direitos sem proclamar obrigações é querer o impossível, é jogar às utopias ou às catástrofes. É querer a face da medalha e não lhe aceitar o reverso (POLIN, 1976, p. 143-144). Os direitos e os deveres individuais estabelecem-se sobre o bem comum. Aos direitos fundamentais correspondem os deveres fundamentais do indivíduo. Sempre que essa questão não estiver bem definida, tudo o mais funcionará de maneira deficiente, conflituosa e, muitas vezes, injusta<sup>11</sup>.

O moderno Estado constitucional está estruturado e integrado por uma série de freios que constitui, ao mesmo

---

<sup>11</sup> Para Hobhouse (1927, p. 108), uma das partes que integra o conceito orgânico da sociedade e que justifica o princípio democrático é fazer com que os direitos e as responsabilidades dos cidadãos sejam efetivos.

tempo, uma forte garantia contra o poder público (exercício das atividades pelas autoridades) e contra o abusivo exercício dos direitos individuais pelos cidadãos. Sem esses contrapesos, o apelo à democracia soa como mera ideologia, como um simples empréstimo retórico, e acaba sendo uma simples fórmula sem conteúdo.

O cidadão (o *citoyen*) embora seja o elemento vital e a força seminal do ambiente democrático, o titã de uma nova era, a figura especificamente democrática, ele também é a parte mais frágil da estrutura, sujeito às pressões sociais e às próprias paixões naturais aos seres humanos. É por isso que os diversos ordenamentos jurídicos não confiam aos cidadãos, por exemplo, a defesa geral da Constituição, nem, em regra, a titularidade da ação penal. Por isso, se entende também porque o hábito generalizado da delação (principalmente, a anônima) levado ao extremo pode trazer mais prejuízos que vantagens (porque conduzido por indivíduos, por “cidadãos” com suas paixões, seus interesses e seus traços idiossincráticos).

Uma sociedade pluralista tem uma base comum para a promoção de seus vários valores supremos: o interesse público, não a capilaridade dos interesses privados. Existirão controvérsias e conflitos? Sim. A liberdade humana é uma liberdade tanto para o melhor quanto para o pior. Mas os entrec choques dos interesses não se tornarão demolidores enquanto houver alguma base em comum por onde sejam canalizados. Essa “base comum” é o Estado de Direito a proteger a liberdade, sendo esta contrabalanceada pela responsabilidade<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> “Libertad y responsabilidad son conceptos correlativos que se refieren reciprocamente” (Leibholz, 1971, p. 252).

Exigem o bom senso e as boas regras do processo democrático que as apurações decorrentes de “denúncias” ou representações sejam feitas com o rigor e a cautela necessários à legítima proteção da ordem jurídica e dos valores que a caracterizam (direitos fundamentais, predomínio do interesse público, bem comum, *virtus* republicana etc.), punindo a quem de direito, seja o “denunciado” por eventuais crimes ou outros ilícitos praticados, seja o “denunciante” por denúncia caluniosa, se se houve com má-fé ou dolo. Donde não há vontade, nada tem que fazer a mais aguda penetração jurídica (Schmitt, 2009, p. 57), mas, onde existe vontade de prejudicar ou causar danos, o aparato jurídico deve incidir e buscar a responsabilização. No caso de não ser apurado nenhum ato ilícito, revela-se insuficiente o arquivamento do procedimento, ficando o dito pelo não dito. Impõe-se a análise da conduta do “denunciante” ou representante à luz do art. 339 do Código Penal brasileiro (crime de denúncia caluniosa), sem prejuízo das providências pessoais do “denunciado” ou representado.

Paralelamente ao Estado existem “poderes sociais” que se impõem ao indivíduo com um poder de regulação e de disposição faticamente superior. E para proteger eficazmente as liberdades elementares, o Estado de Direito deve traçar limites a qualquer poder superior de regulação ou de disposição e isto também quando este poder for exercido por indivíduos ou autoridades sociais não-estatais. O princípio democrático recomenda que todos os poderes sejam limitados: não só os dos Estados, mas também os dos indivíduos, inclusive quando são exercidos sob o pálio da liberdade (de petição, de crítica,

de expressão etc.). A tirania dos indivíduos é certamente menos sanguinária e opressiva do que a do Estado (TODOROV, 2012, p. 149); mas é também um empecilho a uma vida comum harmoniosa. Nada nos obriga a limitar-nos à escolha entre o “Estado é tudo” e o “indivíduo é tudo”: precisamos defender os dois, Estado e indivíduo, cada um limitando os abusos do outro.

A sanção da lei penal (art. 339) garante a liberdade ao conjunto da comunidade. E não há, por conta disso, nenhuma contradição entre a liberdade (de crítica, de reclamação e de petição) e a lei. Ao contrário, a lei é necessária à liberdade (HOBHOUSE, 1927, p. 22). A lei, desde logo, restringe a função individual e, em certo sentido e em determinado momento, se opõe à sua liberdade; mas, por outro lado, a lei restringe aos demais que exercitem sua vontade de um modo caprichoso e leviano. Livra o indivíduo da possibilidade de agressões arbitrárias ou de coações, sendo esta a única forma, o único sentido em que se pode limitar o exercício da liberdade numa república humana. O princípio da liberdade não sanciona as premissas de sua própria destruição e embora as feridas infligidas por um deus pagão (o cidadão, o *homo democraticus*) sejam difíceis de ser curadas, não impedem o esforço da eterna vigilância.

O denunciamento vai de um comportamento individual e social a um comportamento político, pois, muitas vezes, o problema desfraldado, direta ou indiretamente, interessa a todos, tendo alguma relação (real ou não) com o bem comum, afetando, de algum modo, o Estado e suas instituições. Muito bem. Os fatos políticos giram numa esfera dinâmica e irracional (confira o caráter anti-intelectual do denunciamento referido no

item 2), acomodando-se sempre às mutáveis condições reais da vida. O Direito, ao contrário, dentro de sua estrutura essencial fundamental, é um ente estático e racional que trata de sujeitar e controlar as forças vitais em conflito na esfera política. Dessa diferença decorre a grande dificuldade em controlar o denunciismo e seus efeitos negativos.

A livre crítica, a expressão livre do pensamento, o direito de petição e de reclamação constituem elos fortes de um regime democrático. São poderes necessários que a democracia põe nas mãos dos cidadãos, numa tentativa de fortalecer o princípio da identidade<sup>13</sup>. Todavia, tais poderes não são ilimitados e nem sujeitos à total irresponsabilidade. Isso porque toda a história mostra que qualquer grupo de homens (os “Muitos” ou os “Poucos”) que tenha poder sobre os outros abusará desse poder, se o puder fazer impunemente.

Numa ordem jurídica democrático-liberal, acredita Leibholz (1971, p. 243), se supõe que o indivíduo particular seja primariamente razoável e esteja em condição de controlar com a ajuda da razão seus instintos egoístas, sua concupiscência, seus sentimentos e afetos. O cidadão ativo tem que considerar igualmente como seres razoáveis a seus concidadãos e respeitar suas opiniões.

Infelizmente, tais direitos (livre crítica, expressão livre do pensamento, direito de petição e de reclamação), não com rara frequência, corrompem-se em condutos nocivos por onde fluem as tendências egoístas de má vontade, inveja e desconfiança. E

---

<sup>13</sup> A democracia nunca transmite a totalidade dos poderes transmissíveis. Toda democracia continua a ser, sob aspectos e graus variáveis, uma democracia direta (Simon, 1955, p. 178/179).

por aí percebemos que os cidadãos não são nem tão racionais, nem tão bem-intencionados como o ideal democrático traçou. E o cidadão denunciante, especificamente, em seu impulso crítico e inspirado numa ética volátil, assume a missão mais de destruir que a de edificar, sem preocupar-se com a reconstrução do patrimônio moral do acusado inocente.

Uma censura (delação) irresponsável e anônima lançada por alguém ultraja a autoestima do ofendido e a reputação que goza perante os outros e a sociedade. O interesse na própria figura social é, em certa medida, um interesse material, pois a simpatia ou a aversão de outros homens é um princípio que se traduz em seus atos (SANTAYANA, 1998, p. 152) e um animal social, como é o homem, depende dos atos dos demais homens para ser feliz.

Há um ponto em que a palavra chega a não se distinguir da ação e a liberdade de expressão e de crítica pode significar direito à desordem. Os limites dessas liberdades não são fáceis de fixar nem na teoria nem na prática. E isso nos leva ao ponto em que a liberdade e a ordem (ou o Estado de Direito) podem se chocar.

Alguns princípios são usados para resolver conflitos e abrir caminho para novas perspectivas de intercâmbio criador entre os homens, impedindo que o interesse público seja sacrificado. Dentre eles, a punição é ministrada, principalmente, como um meio de retribuir proporcionalmente as consequências do conflito tidas como más e também para impedir mais conflitos destrutivos (MINOR, 1967, p. 46), ou seja, tem a dupla função de resolver e de prevenir conflitos. As pessoas que têm fortes

objeções a uma convivência harmoniosa e tolerante só podem viver à altura de um ambiente democrático quando estão sujeitas a processos que liquidam as compulsões (antissociais) que controlam seu comportamento.

A punição dos acusadores caluniosos é mais uma roda que se põe no mecanismo de combate (e de prevenção) à prática do denunciismo irresponsável, dotando os “denunciados” inocentes com armas tão fortes como as que os outros podem manejar para o ataque. Essa postura fortalece o lado fraco da democracia (que recebe, inerte, o livre ataque às suas estruturas e aos seus valores por parte de seus inevitáveis inimigos). De igual modo, o Estado de Direito não favorece a irresponsabilidade e a liberdade sem limites razoáveis (ou a liberdade associada). Deve-se contar entre as partes melhores de sua influência e não entre as piores que estabeleça limites para o convívio generalizado dos direitos, dos deveres e dos valores.

A acusação ou a suspeita injusta levantada contra alguém, como já dissemos, causa-lhe inúmeros dissabores. O controle e o limite à ação do agressor (denuncista) significa liberdade do que pode sofrer a agressão. Somente restringindo a ação pela qual os homens causam danos mutuamente, é como a coletividade adquire a liberdade em todas as modalidades de condutas que conduz à harmonia social. E quando se fala em harmonia não é apenas ausência de conflitos, mas espírito de cooperação.

Talvez o lado fraco da democracia, que permite distorções como o denunciismo leviano, tenha autorizado e, até certo ponto, tornado atual a lição de John Stuart Mill (1958, p. 117/189) quando pregava a necessidade de um “núcleo de

resistência à democracia” como máxima fundamental de governo. Obviamente, Mill referia-se ao domínio incontrastável (ou tirânico) da maioria. Para ele, quando o governo está nas mãos de Um ou de Poucos, os Muitos existem sempre como poder rival (ou antagônico) com capacidade de se opor, eficientemente, a qualquer das tendências da autoridade que detém o mando. Todavia, quando a democracia é suprema (é dizer, a maioria), não há Um ou Poucos bastante fortes para servirem de apoio a opiniões discordantes ou interesses ameaçados ou prejudicados.

Mill apresenta as deficiências democráticas como deficiências do próprio povo: falta de preparo e de conhecimentos especiais, a que se pode acrescentar o preconceito fácil e a ação por capricho ou apetites. Desse modo, indivíduos armados do prestígio e cheios da arrogância estupidificante de um ambiente democrático mal compreendido, vendo a si mesmos como parte de uma unidade política predominante e fonte de toda a força (o povo ou, pelo menos, a maioria), acabam sendo inspirados pela noção de poder absoluto (vontade infrene) ou até, em casos mais extremos (para não dizer patológicos), do misticismo irracional de paladinos da justiça, sem o correspondente sentimento de responsabilidade e ponderação das consequências dos seus atos quanto à dignidade humana do “outro”.

Há indivíduos que lutam por uma causa justa e outros que lutam pelo simples prazer de lutar; que acusam pelo prazer da acusação; que alimentam o gosto de provocar e golpear forte pelo amor do exercício. Na verdade, lutar é um instinto essencial do homem; se os homens não têm outra coisa pela qual lutar, lutam por palavras, fantasias ou preconceitos. Derrubar uma

coisa ou uma pessoa, especialmente se é vista numa posição predominante ou arrogante, é um grande prazer para o denunciista radical. Assim, não se “denuncia” por um benefício de ordem social ou coletiva, às vezes nem por um benefício pessoal, mas por simples esporte e para alcançar a vitória.

A dimensão do bem comum e do interesse público pode ajudar, como diz Cassinelli (1967, p. 62-63), a conter a importuna tendência do cidadão de se acreditar possuidor de muitos direitos, enquanto ao mesmo tempo nega ou ignora os deveres concomitantes. Essa atitude é arrogante e socialmente perigosa; ela mina a autoridade e pode conduzir à predominância do que Ortega y Gasset chamava de “homem-massa”.

Frente ao fenômeno moderno da massividade e do equivalente anonimato do homem-massa, ocultam-se três forças: 1- o instinto de rebanho contra os fortes e independentes; 2- o instinto dos que sofrem e dos deserdados contra os felizes ou os privilegiados; 3- o instinto dos mediócrs contra tudo o que seja excepcional (NIETZSCHE, 1973, p. 84). Ao homem-massa, os sentimentos nobres e elevados (cuja presença num indivíduo o eleva acima dos demais) parecem carentes de pertinência e verossimilhança; diante desses sentimentos, surge a suspeita de que o indivíduo busca, por algum ardil, vantagens pessoais. Se chega a convencer-se da ausência de intenções egoístas, vislumbra neste indivíduo um louco, sujeito ao ridículo e ao desprezo de todos. A natureza do homem medíocre (do homem-massa) distingue-se pelo fato de não perder nunca de vista seu próprio proveito, em que a obsessão do benefício é mais forte que todos os demais instintos.

Gunther Frankenberg (2007, p. 240) alude ainda a outras manifestações sociais que são também características da atual sociedade massiva: o consumismo individual despolitizante, o acelerado isolamento do indivíduo, o desaparecimento do significado de ligações pessoais, a fragmentação social aprofundada e um egocentrismo patológico. Essas últimas características são claramente potencializadas pelo denunciamento que, além disso, favorece uma cultura da desconfiança, de completa ruína do princípio da boa-fé que rege as relações entre as pessoas e até destas com as autoridades.

É certo que o exercício do poder (em todas as suas esferas) numa sociedade democrática e pluralista exige, para ser legítimo, uma especial justificação que não o mero argumento de autoridade (“fiz isto porque estava na lei” ou “as circunstâncias ditavam essa solução”). A ambiência democrática desconfia do poder e exige uma justificação axiológica para o seu exercício ou, como diz Hobhouse (1927, p. 179), uma “prova da responsabilidade permanente do poder”<sup>14</sup>.

A democracia, como sentimento, tem dois aspectos: quando diz “sou tão bom quanto você” é sadia; mas quando diz “você não é melhor que eu”, torna-se opressiva e um obstáculo ao desenvolvimento do mérito excepcional. Para colocar a questão mais clara: a democracia é boa quando inspira o respeito próprio e má quando inspira a coletividade à perseguição dos indivíduos excepcionais (Russell, 1956, p. 57). Espécie de despotismo típico

---

<sup>14</sup> Diz Hobhouse (1927, p. 179): “Algunos hombres son mejores y más sabios que otros, pero la experiencia parece demostrar que difícilmente son tan buenos y tan sabios que puedan eludir la prueba de la reponsabilidad permanente del poder. Por el contrario, el mejor y más sabio es aquel que acude a los más humildes para averiguar sus aspiraciones y el modo de realizarlas, antes de legislar para ellos”. Também Santayana, 1998, p. 142.

dos povos democráticos, a “tirania igualitária”. Uma “democracia absoluta” é tão prejudicial quanto uma monarquia absoluta. Há, numa sociedade democrática, um instinto natural de rebeldia e má-vontade contra toda superioridade, que encontra teorias justificadoras e livre curso na prática.

O fato de a minoria se inclinar perante a maioria é uma lei básica da democracia, diz Cunningham (2009, p. 27). Mas levado ao extremo revela o lado obscuro do governo da maioria: a tirania, que se reflete informalmente numa espécie de controle de pensamento. Pessoas com senso refinado, com determinada cultura ou riqueza material e detentoras de prestigiados cargos públicos são ignoradas, vistas com desconfiança ou socialmente condenadas ao ostracismo. E, de maneira ainda mais pernicioso, aqueles com pontos de vista de minorias éticas ou de minorias sociais/políticas se expressarão com risco, como Sócrates descobriu que a manifestação na Atenas democrática de seus pontos de vista impopulares condenou-o à morte.

Reconhece-se que a ascendência da maioria é menos injusta e, no geral, menos pernicioso do que muitas outras, mas vem acompanhada da mesma espécie de perigos e até mesmo com maior certeza. E um desses perigos, talvez o maior de todos, pois constitui-se em causa de inúmeros vícios democráticos, é a supremacia da maioria, pois alcançada a democracia não tem mais necessidade das armas da razão<sup>15</sup>; fica em condições de fazer prevalecer a própria vontade e aquele a quem não se pode apresentar resistência está, em geral, muito satisfeito com as

---

<sup>15</sup> Em todo movimento de massas, há o antiintelectualismo, diz Neumann (1969, p. 234). Ou como ensina Sêneca (1952, p. 42): “El pueblo es acérrimo defensor de sus errores contra la razón”.

próprias opiniões para ter a vontade de alterá-las ou para escutar, com paciência e tolerância, quem quer que venha apontar discordâncias. É inútil oferecer razões a quem não sabe escutar nada além de seu próprio interesse.

## 7 Conclusão

O denunciismo é a liberdade de pensamento, de expressão, de crítica e de petição atacada de gigantismo ou de uma especial suscetibilidade à expansão. Essa prática apresenta, além da degradação moral intrínseca, três grandes consequências indesejáveis para um hígido ambiente político e social: 1- viola os direitos fundamentais das pessoas atingidas pela acusação; 2- instrumentaliza instituições públicas, obrigando-as a desperdiçar tempo e recursos; 3- gera uma cultura de desconfiança, constituindo-se num processo social de afastamento (ou dissociativo) com importantes efeitos sobre a solidariedade, a cooperação e a coesão sociais.

Como o hábito da delação e da reclamação é uma distorção do governo dos Muitos, estimulado pela liberdade de pensamento e de expressão, exercido com as armas da vontade e não da razão (daí a falta de compromisso com a correlação positiva de meios e fins), os Poucos (minoría) ficam desprotegidos e expostos à sanha mórbida. O “núcleo de resistência” a essa aberração democrática é, como já frisamos ao longo do estudo, o uso dos mecanismos do Estado de Direito para, de forma sistemática, responsabilizar os acusadores levianos e caluniosos.

Alimentar e robustecer o conceito de responsabilidade jurídica dos meros denunciistas, numa espécie de saneamento social ou institucional, contribui para coibir uma prática indesejável e para elevar a delação séria e legítima como instrumento útil na defesa do regime democrático.

Exigem as boas regras do processo democrático, lastreadas no equilíbrio instável de direitos e deveres, que as apurações derivadas de “denúncias” ou representações sejam feitas com o rigor e a cautela necessários à legítima proteção da ordem jurídica e dos valores que a qualificam (direitos fundamentais, predominância do interesse público, bem comum, virtude republicana etc.), punindo a quem de direito, seja o “denunciado” por eventuais crimes ou outros ilícitos, seja o “denunciante” por denúncia caluniosa, se se houve com má-fé ou dolo. Onde existir vontade de prejudicar ou causar danos, o aparato jurídico deve incidir e buscar a responsabilização. No caso de não ser apurado nenhum ato ilícito, não basta o arquivamento do procedimento, ficando o dito pelo não dito. Impõe-se a análise da conduta do “denunciante” ou representante à luz do art. 339 do Código Penal brasileiro (crime de denúncia caluniosa), sem prejuízo das providências pessoais do “denunciado” ou representado.

Se a denúncia ou delação é anônima, carece de consistência jurídica e tem limites muito claros, devendo sua apuração respeitar os direitos fundamentais dos envolvidos. A peça apócrifa tem mero valor informativo, não podendo alavancar a instauração de procedimento investigatório formal. Os agentes públicos competentes, em sede de averiguação preliminar, devem

atuar com a máxima discricção e cautela, não podendo determinar ou proceder a buscas domiciliares, quebra de sigilos, cautelares penais típicas, indiciamento etc., sob pena de serem, eles mesmos, alvos das sanções do art. 339 do Código Penal.

### **The denunciation and its functionality in a democratic environment**

**Abstract:** The analysis in this study seeks to draw conceptual notions, describe the consequences clearer and suggest measures that restrict the practice of denunciation reasonable level within a democratic state. We also focus on three major consequences of the topic under study: violation of fundamental rights of those affected by the prosecution; instrumentalisation of public institutions, forcing them to waste time and resources, generating a culture of mistrust with important effects on solidarity, cooperation and social cohesion.

**Keywords:** Denunciation. Anonymous denunciation. Fundamental rights. Rule of law. Democracy.

### **Referências**

ARENDT, Hannah. **Le système totalitaire. Les origines du totalitarisme.** Tradução do inglês por Jean-Loup Bourget, Robert Davreu e Patrick Lévy. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

BECKER, Carl L. **Modern democracy.** New Haven: Yale University Press, 5ª. ed., 1947.

BODENHEIMER, Edgar. **Prolegômenos de uma teoria do interesse público.** In: Carl. J. Friedrich (ed.). **O interesse público.** Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

CASSINELLI, C. W. **O interesse público na ética política.** In: Carl. J. Friedrich (ed.). **O interesse público.** Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

CHOMSKY, Noam. **O governo do futuro.** Tradução de Maira Parula. Rio de Janeiro:Record, 2007.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia.** Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DUVERGER, Maurice. **As modernas tecnodemocracias.** Tradução de Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da Constituição e do Direito.** Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBHOUSE, L. T. **Liberalismo.** Tradução de Julio Calvo Alfaro. Barcelona:Labor, 1927.

LEIBHOLZ, Gerhard. **Problemas fundamentales de la democracia moderna.** Tradução de Eloy Fuente. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

LIJPHART, Arend. **Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries.** New Haven and London: Yale University Press, 1999.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado.** Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro:Agir, 1966.

MICHELS, Robert. **Os partidos políticos.** Tradução de Hamilton Trevisan. São Paulo: Senzala, s/d.

MILL, John Stuart. **Considerations on representative government.** New York: Forum Books, 1958.

MINOR, William S. **O interesse público e o supremo compromisso.** In: Carl. J. Friedrich (ed.). *O interesse público.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NIETZSCHE, Friedrich. **En torno a la voluntad de poder.** Tradução de Manuel Carbonell. Barcelona: Península, 1973.

POLIN, Raymond. **Iniciação política. O homem e o Estado.** Tradução de João dos Santos. Mira-Sintra (Portugal): Publicações Europa-América, 1976.

PORTELLI, Serge. **Les mots, première dérive, premier combat.** In: Revue Mémoires, n. 53, jun. 2011.

REVEL, Jean-François. **Como terminam as democracias.** Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Difel, 1984.

RUSSELL, Bertrand. **Educação e ordem social.** Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

SANTAYANA, George. **The life of reason.** New York: Prometheus Books, 1998.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SÉNECA, Lucio Anneo. **Tratados filosóficos.** Tradução de Pedro Fernández de Navarrete. Buenos Aires: El Ateneo, 1952.

SIMON, Yves. **Filosofia do governo democrático.** Tradução

de Edgard Godói da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TORRE, M. B. L. Della. **O homem e a sociedade. Uma introdução à sociologia.** São Paulo: Companhia Editora Nacional. 15. ed., 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

WALZER, Michael. **Da tolerância.** Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

# O direito dos cadeirantes a um ambiente acessível previsto na legislação em vigor aplicada em Manaus

Larissa Cristina Alves Rojas\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Aspectos Gerais. 3 Princípios e direitos consagrados na Constituição Federal de 1988. 3.1 Princípio da igualdade/isonomia. 3.2 Liberdade de locomoção. 3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.4 Importância da acessibilidade para a vida dos cadeirantes. 4 Legislação pertinente ao direito de locomoção dos cadeirantes. 4.1 Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). 4.2 Leis municipais. 5 Resultados e discussões. 5.1 Análise dos dados. 5.2 Resultados finais. 6 Conclusão. Referências.

**Resumo:** Vivemos um problema social em Manaus: a dificuldade de deslocamento dos cadeirantes. Comparou-se a compatibilidade do direito dos deficientes físicos, previsto na legislação em vigor, com as medidas governamentais tomadas na cidade de Manaus. A acessibilidade é o direito do cidadão, incluindo as pessoas portadoras de deficiência, em se locomover. A falta desta ocasiona a exclusão das oportunidades de progresso social, resultando na marginalização e segregação social. Entre os resultados obtidos, foi observado que cada vez mais a sociedade e o governo têm buscado a cooperação para atender ao direito fundamental de locomoção consagrado na CF/1988, mas existem muitos limitadores quanto à eficácia dessas normas os quais devem ser corrigidos, pois todas as edificações da cidade

---

\*Estudante do 9º período de Direito na Universidade Federal do Amazonas- UFAM.

de Manaus devem estar em conformidade com o Plano Diretor, que determina diretrizes para orientar as obras que venham a surgir. Logo, urge-se tomar medidas eficazes a fim de solucionar a questão da acessibilidade, e então ela possa funcionar como um instrumento de desenvolvimento da sociedade onde todos indistintamente usufruam dos seus direitos inerentes.

**Palavras-chave:** Cadeirantes. Acessibilidade. Plano Diretor.

## 1 Introdução

Podemos dizer que a acessibilidade é o direito do cidadão e óbvio que incluindo as pessoas portadoras de deficiência em se locomover. O direito de locomoção vem consagrado no art.5º, inciso XV, da Constituição Federal como um dos seus direitos fundamentais.

Essa garantia constitucional é protegida tanto por leis que visam a resguardar e facilitar a vida dos deficientes físicos quanto pela Constituição de 1988, entretanto a eficácia social desses direitos tem sido questionada pelas autoridades e pela sociedade.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010) –, existem 24,5 milhões de pessoas com incapacidade ou deficiência, correspondendo a 14,5% da população brasileira, dos quais 4,1% possuem alguma deficiência

física. Logo, cada vez mais é expressiva a porcentagem dessa parcela da população, sendo necessários estudos e adequações dos estabelecimentos para os cadeirantes.

A acessibilidade é uma questão controversa que, se por um lado envolve direitos dos deficientes físicos, de outro há o dever em conjunto da sociedade com o governo promovendo e contribuindo para manter os ambientes acessíveis. Assim, aqueles que necessitam integralmente dessas estruturas, poderão usufruí-las a fim de que tenham uma vida mais sociável, não sendo impedidos de realizar suas atividades diárias.

Dessa forma, apresentam-se as barreiras arquitetônicas, como espaços intransponíveis do mundo civilizado que causam inúmeros transtornos aos cadeirantes, demonstrando que, por menor que nos pareça ser o obstáculo, ele terá maiores proporções para aqueles que dependem completamente da infraestrutura física de ambientes para se locomover, sob pena de serem privados do exercício dos seus direitos como cidadão.

Além dessas barreiras, há igualmente a barreira de rejeição social, que impede os deficientes do exercício dos seus direitos por meio de constrangimento e preconceito sofridos constantemente, impedindo-os de se desenvolver dentro de seus limites.

Sob esse prisma, a acessibilidade é de grande importância para toda a sociedade, e está relacionada com as adequadas condições de mobilidade e a oportunidade de acesso oferecida aos indivíduos, abrangendo tanto pessoas com deficiência quanto a população em geral.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assim como o Princípio da Isonomia, que diz serem todos iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, somente ratificam o direito dos cadeirantes a se locomoverem, sem restrições, nos espaços urbanos.

Em razão da carência de ambientes acessíveis, algumas cidades como Manaus precisam de um tratamento mais cauteloso para adequá-las à acessibilidade. Além disso, o tema torna-se ainda mais relevante tendo em vista que se trata da capital do Estado do Amazonas e uma das sedes para a Copa do Mundo de 2014.

Logo, a socialização dessa parcela da população é urgente, sendo imprescindível o confronto do tema com os reais obstáculos pelos quais as pessoas portadoras de deficiência física passam diariamente, já que todo o cidadão, teoricamente, deveria usufruir do direito de locomoção.

## **2 Aspectos gerais**

De acordo com Flávia Piva Almeida Leite:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi o primeiro documento a formalizar a idéia jurídica de igualdade e, posteriormente, elevada a preceito constitucional quando da sua incorporação à Constituição Francesa de 1791. Depois disso o princípio da igualdade foi positivado nas Constituições modernas (LEITE, 2003, p.2319-2339).

Para Jorge Miranda:

Pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela escolástica e todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls; é redefinir as relações entre pessoas e entre normas jurídicas; é indagar da lei e da generalidade da lei. (MIRANDA, 2000, p.40-42)

Com a Constituição de 1988, houve uma transição democrática em nosso país com a redefinição e institucionalização dos direitos humanos, banindo do nosso ordenamento jurídico o regime militar que perdurou de 1964 a 1985. (LEITE, 2003, p.2319-2339)

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito dos cadeirantes a um ambiente acessível, através de alguns dispositivos como observa José Afonso da Silva que disserta sobre o novo ordenamento inaugurado com a Constituição atual, onde foi introduzido um novo conceito de igualdade:

As Constituições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal; 'igualdade perante a lei'. A Constituição de 1988 abre o capítulo de direitos individuais com o princípio de que 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza' (art.5º, 'caput'). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º,I, declara que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações'. Depois, no artigo 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundamentais em certos fatores, ao vedarem 'diferenças de

salários, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil' e qualquer discriminação no 'tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência'. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais 'reduzir as desigualdades sociais e regionais' (artigo 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º,IV), a universalização da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, a educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim, a preocupação com a justiça social com objetivo das ordens econômica e social ( art.170,193,196 e 205) constituem reais promessa da igualdade material.(SILVA, 2006, p.211-212)

Conforme o pensamento de Flávia Piva Almeida:

A questão da acessibilidade é fundamental, pois sem ela a pessoa é privada de usufruir dos demais direitos fundamentais que lhe são conferidos, como cidadão: direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer e outros. A acessibilidade funciona como instrumento, meio para utilização desses outros direitos. (ALMEIDA, 2003, p.2319-2339)

Afirma ainda a autora quanto às conseqüências da privação do direito à acessibilidade:

Essa garantia de acesso deve ser total e atingir a todos os cidadãos. Se ela é negada às pessoas portadoras de deficiência, criam-se obstáculos para a vida social desse grupo, dando espaço para sua marginalização e segregação espacial. (ALMEIDA, 2003, p. 2319-2339)

### **3 Princípios e direitos consagrados na Constituição e direitos consagrados na Constituição e direitos consagrados na Constituição Federal de 1988**

#### **3.1 Princípio da igualdade/isonomia**

Consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Tal igualdade se subdivide em formal e material, a primeira é aquela expressa na Constituição que prevê a igualdade de todos, enquanto a segunda providencia mecanismos que garantam a isonomia de todas as pessoas. O artigo 7º, incisos XXX e XXXI da Constituição Federal de 1988 traz regras de igualdade material, ao vedarem diferenças de salários, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Quanto à igualdade prevista na CRFB/88, aponta o renomado professor José Afonso da Silva (2006) no livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, as inconstitucionalidades das discriminações não autorizadas pela Constituição que são duas: uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação; a outra forma revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis.

O autor Alexandre de Moraes faz algumas considerações sobre o princípio da igualdade:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo pro lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalta-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor. (MORAES, 2008, p. 31-33).

### **3.2 Liberdade de locomoção**

A liberdade da pessoa física se expressa por meio da possibilidade jurídica reconhecida a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de se locomoverem desembaraçadamente dentro do território nacional.

Esse direito, previsto na Constituição de 1988, está consagrado no inciso XV do art. 5º:

“É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”

O direito de circular consiste na faculdade de se deslocar de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público.

De acordo com o professor José Afonso da Silva:

Isso quer dizer que, independentemente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá um direito de passagem e de deslocamento por ela, por constituir esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada. Em conseqüência, a menos que circunstâncias especiais o obriguem ( a ruína iminente de um edifício), a Administração não poderá legalmente impedir esta utilização, sempre deixando a salvo o direito dos confinantes.( SILVA, 2006, p. 239).

A acessibilidade e o direito de locomoção são conceitos que se integram, uma vez que aquele, apesar de ser uma abordagem atual, trata do direito conferido a todos os membros da sociedade (efeito *erga omnes*) de exercerem a sua locomoção.

### 3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Assim dispõe o artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

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.

A dignidade humana está inserida no conceito de qualidade de vida, pois este é mais amplo que aquela, exigindo outros requisitos básicos para que seja atingido: saúde, moradia, lazer, trabalho, educação entre outros.

Portanto, a qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta esses dois aspectos concomitantes: o de nível de vida material e o do bem estar-físico e espiritual. Uma sadia qualidade de vida abrange esta globalidade, acatando o fato de que um mínimo material é sempre necessário para o deleite espiritual.

O direito econômico (artigo 170, caput) e o ambiental (artigo 225, caput) se interceptam na expressão *qualidade de vida*.

Apresentando os seguintes enunciados:

Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (...)

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No livro Curso de Direito Constitucional se aproximam os conceitos de direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

No Brasil, igualmente, é significativo o esforço pela concretização desse princípio, tanto no plano legislativo quanto jurisprudencial e doutrinário, em que pesem, nunca é demais insistir, as nossas crônicas dificuldades materiais e socioculturais para tornar efetivo o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, merecem registro, pelo seu relevo, os §§ 3º e 4º, introduzidos no art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, os quais transcrevemos a seguir porque representam um salto qualitativo no nosso instrumentário jurídico de proteção aos direitos humanos, em geral, e à dignidade da pessoa em particular.

Art. 5º (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§4º O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.172)

### **3.4 A importância da acessibilidade para a vida dos cadeirantes**

Nos Estados Democráticos Modernos, as pessoas portadoras de deficiência têm proteção garantida por lei que visa à inclusão nos mais variados segmentos sociais, seja na acessibilidade, na educação, seja no mercado de trabalho, dentre outros.

Pode-se afirmar que o objetivo da acessibilidade é permitir um ganho de autonomia e de mobilidade a um número maior de pessoas, até mesmo àquelas que tenham reduzida a sua mobilidade ou dificuldade em se comunicar, para que usufruam dos espaços com mais segurança, confiança e comodidade.

Para muitos arquitetos, oferecer condição de acesso é eliminar qualquer desnível que possa existir no decorrer no percurso. Logo, todo piso deve ter superfície regular, firme, estável, antiderrapante e que não provoque trepidações. Além disso, é importante que os capachos sejam embutidos no piso e os tapetes ou forrações tenham suas bordas firmemente fixadas. Caso contrário, simplesmente devem ser eliminados esses objetos.

O Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência tratou dos obstáculos que os cadeirantes enfrentam para exercitar seu direito de locomoção:

Uma das principais consequências que as barreiras sociais podem ocasionar ao indivíduo é o impedimento – situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função de idade, sexo e fatores sociais e culturais) (...) O impedimento está em função da relação entre as pessoas incapacitadas e seu ambiente. (...) Essa relação ocorre quando essas pessoas enfrentam barreiras culturais, física ou sociais que as impedem de ter acesso aos diversos sistemas da sociedade à disposição dos demais cidadãos. O impedimento é, portanto, a perda ou a limitação das oportunidades de participar na vida da comunidade na igualdade de condições com os demais.

Equiparação de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade – como o meio físico e cultural, moradia e transporte, serviços sociais e de saúde, oportunidade de educação e de trabalho, vida cultural e social, inclusive instalações desportivas e de lazer – se torna acessível a todos. (CUNHA, 1996).

Deste modo, constata-se que o impedimento está no ambiente e nas barreiras criadas nele que impedem a pessoa deficiente física de deter isonomia de possibilidades e igualdade de direitos.

#### **4 Legislação pertinente ao direito de locomoção ao direito de locomoção dos cadeirantes**

A Constituição Federal de 1988 através dos artigos 227 e 244 garante a acessibilidade às cidades, às edificações e

aos transportes. O § 2º do art.227 da Constituição federal assim dispõe: “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.”

O art.244 da Carta Política de 1988 complementa afirmando que: “A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no Art. 227, § 2º.”

Em dezembro de 2004, foi publicado o Decreto nº 5.296, que regulamenta a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000. Esta, por sua vez, dá prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. Por outro lado, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que pode ser considerada o Estatuto de Acessibilidade, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. O conceito de acessibilidade adotado pela referida lei é amplo e envolve um macrossistema, desde via de acesso, calçada, terminal, veículo, até capacitação de pessoal.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) deu mais um passo em atendimento ao disposto no Decreto nº 5296, de 2 de dezembro de 2004, que trata da promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Através da publicação da norma ABNT

NBR 15570/2009, que possui especificações técnicas para fabricação de veículos de características urbanas destinados para o transporte coletivo de passageiros, foram estabelecidos os requisitos básicos para que a indústria possa construir os novos veículos destinados ao transporte público coletivo urbano de passageiros com atributos de segurança, conforto e acessibilidade.

A norma ABNT NBR 15570/2009 passa a abranger veículos como os miniônibus, ônibus articulados e biarticulados, que são uma realidade em muitos sistemas de transporte no país, além disso, os veículos com o conceito “Piso Baixo”, ou seja, aqueles que possuem o piso interno rebaixado para possibilitar o acesso sem barreiras físicas para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O autor José Nilo de Castro trata em sua obra “Direito Municipal Positivo” a relação da cidade com o cidadão objetivando promover ambientes acessíveis a todos:

A cidade e o cidadão têm uma interação sensível e sentida. A cidade reage à medida da provocação do cidadão pela força de seus princípios informadores, que são os da centralidade e da diversidade. Informa a cidade o princípio da centralidade, porque é a cidade o centro de tudo, centro administrativo, centro político, centro religioso, centro econômico-financeiro, centro cultural. Há seguramente aí uma força centrípeta irresistível. A informar a cidade está o princípio da diversidade, porque nela se situa e se desenvolve pluralidade de raças e de etnias, de profissões e de religiões, de culturas e de troca de informações. São duas forças das entranhas da cidade, a centralidade e a diversidade.

O cidadão etimologicamente provém do latim (*cives, civis*, raiz comum de cidade – *civitas, civitatis*, assim como urbano provém de *urbis, urbis*, que quer dizer também cidade, formando o urbanismo, ciência da cidade).

O texto Constitucional, no art. 29, XII, estatui, como um dos preceitos que integram a Lei Orgânica do Município, a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. Cooperação é princípio de participação e participação é solidariedade e integração. Participar é fazer com, e integrar é fazer com todos. Ao planejador municipal incumbe plantar o pé na realidade da cidade e do mercado, de modo a tornar a moradia possível para o maior número de famílias. É a moradia um direito social (art. 5º, XI, 6º, 7º, IV, 23, IX e 183 da CR). Ao planejador municipal lhe incube igualmente disponibilizar trabalho (convivência harmônica entre atividade e o local), dispor sobre a circulação urbana (art. 5º, XV da CR e Lei n. 9.503, de 23.09.1997, Código de Trânsito Brasileiro), e sobre as áreas de lazer e de recreação (art. 6º da CR), e tais funções sociais da cidade têm seus desdobramentos em todas as políticas públicas municipais. Impõe-se continuar neste processo de transformação e de renovação urbana. Continuidade é vida.

Extrai-se aqui a presença do novo princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CR). O princípio da cooperação, da participação e da solidariedade. O plano diretor qualifica-se como ancoradouro instrumental da participação e da solidariedade no espaço urbano. Prestigia-se normativamente a colaboração com os particulares. É a grande mensagem da atual Constituição, que, por várias vezes, se refere à participação (arts. 1º, 23, parágrafo único, 29, XII, 174, 194, 195 e 198, III), sendo que na legislação infraconstitucional destaca-se

este princípio (art. 3º da lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e o Decreto-lei n. 200/67, art. 10 §1º, b). (CASTRO, 2010, p. 377-403)

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o mundo abriga perto de 650 milhões de portadores de deficiências, a maioria deles vivendo em países em desenvolvimento.

Observa-se diante do exposto que a Constituição Brasileira assegura o direito de todo cidadão de “ir e vir” livremente, no entanto todo dia o portador de deficiência física tem que superar inúmeros obstáculos como calçadas em péssimas condições, falta de guias rebaixadas, inadequação de lojas e restaurantes, transporte deficiente, ensino profissional precário, preconceito, diversas barreiras em prédios comerciais e públicos. Por isso, na prática essa condição não é tão simples para pessoas com mobilidade reduzida, como os portadores de deficiência.

#### **4.1 Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)**

- Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

O Estatuto da Cidade é uma Lei Federal (10.257/01) que regulamentou e desenvolveu o capítulo “Da Política Urbana” na Constituição Federal (artigos 182 e 183), estabelecendo como deverá ser elaborada a política urbana em todo o país e os instrumentos para sua concretização, conforme art. 4º da lei mencionada:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I- planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II- planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III- planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor,;

O capítulo III, “Do Plano Diretor”, da Lei 10.257/2001, traz especificamente normas que regulamentam a gestão dessa atividade, tendo abrangência e aplicabilidade nacional, já que tal lei tem natureza federal, compreendidos nos artigos 39 ao 42.

A lei que institui o Plano Diretor foi essencial para criação de uma estrutura no nível nacional que possibilitasse as cidades expressivas (com mais de 20.000 habitantes) a adotarem posteriormente essa política social.

Portanto, o Plano Diretor deve estar em conformidade obrigatoriamente com a Constituição Federal, que é a Lei máxima no ordenamento jurídico, e com a Lei 10.257/2001, também conhecida Estatuto da Cidade, pois foi esta quem autorizou, desde sua entrada em vigor, as cidades a possuírem leis municipais que determinam a estrutura urbana de cada região.

## **4.2 Leis municipais**

- Lei nº 552, de 10 de julho de 2000

Torna obrigatória a instalação de rampas ou elevadores para acesso de deficientes físicos às escolas municipais pelo Município de Manaus.

- Lei nº 671, de 4 de novembro de 2002

A Lei nº 671/2002 regulamenta o Plano Diretor Urbano e Ambiental, estabelece diretrizes para o desenvolvimento da Cidade de Manaus e dá outras providências relativas ao planejamento e à gestão do território do Município.

Trata-se de uma lei municipal que estabelece diretrizes para a adequada ocupação do município. Nela é determinado o que pode e o que não pode ser feito na nossa cidade, em se tratando de atividades e empreendimentos a serem realizados, está em conformidade com o §1º do art.182 da Constituição Federal e no Estatuto da cidade. O artigo 182 §1º da CF/1988 estabelece que: “Art.182. §1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.”

Alguns artigos da lei supramencionada, que estão inseridos no âmbito da discussão do tema, são:

Art. 22. Constituem-se programas da Estratégia de Mobilidade em Manaus:

(...)

II - Programa de Melhoria da Circulação e Acessibilidade Urbana, para a qualificação dos logradouros públicos e o ordenamento dos sistemas operacionais de tráfego, mediante:

e) ampliação da acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, com a implantação de rampas nas travessias de pedestres e comunicação visual e sonora, reportando-se

às exigências das normas técnicas brasileiras específicas.

Art. 122. São componentes do Plano Integrado de Transporte:

(...)

VII - normas para qualificação dos espaços públicos que incluam as demandas dos portadores de necessidades especiais.

Pode-se observar que a referida Lei traz no capítulo IV, “Da Mobilidade em Manaus”, nos artigos 19 a 23, normas que protegem e asseguram o direito dos deficientes físicos em geral a um ambiente acessível. Um tópico que não poderia faltar, já que essa lei foi elaborada com o objetivo de organizar a estrutura urbana por meio da cooperação da sociedade com o Estado.

O artigo 19 da lei trata dos objetivos gerais e específicos da estratégia da mobilidade em Manaus. O objetivo geral é melhorar tal estrutura de forma a atender às necessidades da população em todo território nacional e os objetivos específicos são: otimizar as redes de circulação viária e capacitá-las; ampliar os serviços de transporte e proporcionar a integração entre os diferentes locais.

O artigo 20 apresenta as diretrizes de estratégia de mobilidade em Manaus, informando que as vias devem ser acessíveis aos pedestres. No artigo 21, é dado um prazo de 5 anos para recuperação dos espaços públicos de mobilidade que estejam indevidamente ocupados por equipamentos de empresas prestadoras de serviços de energia elétrica, abastecimento de água e tratamento de esgoto, telefonia e outros. No artigo 22,

são enumerados os programas de estratégia de Mobilidade em Manaus. No artigo 23, é determinado que o Poder Executivo Municipal providencie medidas complementares às ações do governo federal e estadual com relação às rodovias BR-174 e AM-10.

- Lei Municipal nº 673, de 04 de novembro de 2002  
Institui o Código de Obras e Edificações do Município de Manaus no Estado do Amazonas.

Dispositivos pertinentes, *in verbis*:

Art. 3º - Ficam estabelecidas as seguintes diretrizes gerais que norteiam a redação e a aplicação deste Código:

III - garantia de boas condições de acessibilidade, circulação e utilização das edificações de uso público, principalmente por cidadãos com necessidades especiais;

Art. 48 - Toda edificação de uso público deverá assegurar condições de acesso, circulação e uso por pessoas portadoras de necessidades especiais, conforme disposições estabelecidas neste Código e na Norma Técnica Brasileira específica.

- Lei nº 674, de 04 de novembro de 2002  
Relativa ao Licenciamento e Fiscalização de Atividades em Estabelecimentos e Logradouros, que integram o Conjunto de Posturas do Município de Manaus.

### Dispositivos pertinentes, *in verbis*:

“Art. 44. Os logradouros públicos deverão atender à normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida, nos termos definidos pelas normas técnicas federais.

(...)

Art. 48 - Toda edificação de uso público deverá assegurar condições de acesso, circulação e uso por pessoas portadoras de necessidades especiais, conforme disposições estabelecidas neste Código e na Norma Técnica Brasileira específica”

- Lei Municipal nº 949, de 10 de março de 2006  
Dispõe sobre Diretrizes do Sistema de Bilhetagem e Direitos dos Usuários dos Transportes Coletivos de Manaus.

Nos seus artigos 33 e 34, a norma prevê mecanismos de acessibilidade para os deficientes físicos em transportes coletivos:

Art. 33 A entrada dos portadores de necessidades especiais será pela porta dianteira, reservadas a estes as poltronas mais próximas aos motoristas, os quais, junto com cobradores, serão responsáveis pelo cumprimento dessas garantias.

Art. 34 A Prefeitura deverá, obrigatoriamente, dar publicidade a esses direitos no interior dos ônibus, através de placas e adesivos.

## 5 Resultados e discussões

### 5.1 Análise dos dados

Especificamente no que se refere às pessoas com deficiência, de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), em todo o planeta são aproximadamente 650 milhões de pessoas que possuem algum tipo de deficiência. Só no Brasil, segundo o Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), essa parcela representa 14,5% dos brasileiros, ou quase 30 milhões de habitantes.

Em reunião no dia 18 de maio de 2011, o Conselho Estadual do Amazonas e o Conselho Municipal de Manaus encontraram-se com o Conede para discutir a versão preliminar do Plano Diretor da Campanha da Acessibilidade. O encontro do Conede/AM, realizado em parceria com o CMPDP/Manaus, teve como principal reivindicação a melhoria do transporte aquaviário no Estado. De acordo com os participantes da Reunião Ampliada, as propostas da Copa do Mundo de 2014 não contemplaram adequadamente o conceito de transporte aquaviário, que necessita de adaptação urgente de suas embarcações, observando o *layout* interno, e da estrutura dos portos de embarque e desembarque, utilizando-se inclusive de mecanismos de elevadores de rampa.

Em reportagem feita pelo jornal “A Crítica”, no dia 1º de Abril de 2010, foi esclarecido que apenas 4,7% (62 veículos) dos ônibus de toda frota circulando na cidade de Manaus (1295 veículos) estavam adaptados ou construídos para transportar cadeirantes, dessa forma uma das condições para a realização da Copa de 2014 na região é a adoção pelos estádios de normas

de acessibilidade para portadores de deficiência, que incluem a construção de rampas em todos setores, sanitários adaptados e serviços de apoio, um portão de entrada exclusivo com acesso a uma área adaptada.

Concluiu-se que a cidade de Manaus apresenta obstáculos à locomoção dos cadeirantes, partindo da premissa de que o dito problema social existe, sendo este visível e de conhecimento de todos. Os dados expostos demonstram a urgência de medidas governamentais, já que a cidade será uma das sedes da Copa de 2014, assim como é um direito inserido na CF/1988 que deve ter eficácia social.

## **5.2 Resultados finais**

No estudo comparado do direito de locomoção e a realidade social vigente em Manaus, observou-se a existência de limitadores quanto à aplicabilidade das normas referentes à acessibilidade que dificultaram a difusão de tais normas na vida cotidiana da sociedade como por exemplo: escadas, elevadores inadequados, portas estreitas, falta ou defeito de rampas, esgoto sem tampa, não há rampas nas faixas de travessia, estacionamentos inadequados, paradas de ônibus sem a estrutura necessária, nos entornos de hospitais e postos de saúde detectaram-se muitas barreiras arquitetônicas, como lixeiras nas calçadas, escadas desnecessárias e falta de estacionamento adequado.

Logo, a estrutura da cidade deveria na prática facilitar o acesso dos cadeirantes aos ambientes públicos, no entanto esses impedimentos frequentes estão presentes tanto em prédios

históricos, que são fontes culturais e turísticas na cidade, como também tal erro se estende até construções atuais que não seguem o modelo de acessibilidade.

Apontamos, também, que em alguns lugares, como o centro da cidade, a estrutura para receber cadeirantes está mais bem amparada por políticas governamentais, mas todos devem usufruir do direito de locomoção. Logo, tais medidas precisam atender a cidade de maneira uniforme, tanto em áreas privilegiadas quanto em regiões mais afastadas e de difícil acesso.

Buscando promover a acessibilidade para todos, urge-se investimentos em obras concretas que sejam destinadas para esse fim, assim como é necessária a cooperação e consciência de todos para preservar as construções, utilizando-se-as de forma a não deteriorá-las.

Como sugestões para a melhoria da condição de vida dos deficientes físicos podemos elencar alguns tópicos: espaços adequados reservados, por exemplo, em salas de cinema e estádios, assim tais espaços garantirão lugares próximos para o deficiente e seu acompanhante; os telefones deverão atender os requisitos de acessibilidade, permitindo a sua utilização por pessoas com deficiência física e sensorial auditiva parcial. Sempre que houver um conjunto de telefones de uso público, urge que pelo menos um deles atenda às condições dessas pessoas; os sanitários precisam de bacia adaptada na lateral e no fundo com barras com apoio e transferência, o assento estando a uma altura de 0,46 m do piso. O boxe tem de permitir ao deficiente a transferência frontal e lateral para a bacia sanitária e a porta do boxe, para o conforto dele, será aberta para fora.

Levando em consideração a obrigação de adotar tais atitudes pelo governo e por outro lado o gasto que ocasionará aos cofres públicos, recomenda-se que se dê preferência aos lugares em que essas medidas provoquem maiores prejuízos e afetem diretamente a vida dos moradores e pessoas que geralmente circulam nesses espaços urbanos. Apesar de se dar ênfase aos trabalhos do governo que agem justamente na urbanização e estrutura da cidade, não é retirada a responsabilidade e o dever de toda pessoa física e jurídica proprietária de imóveis da adequação desses lugares com as normas que tratam da acessibilidade e o Plano Diretor da Cidade.

Então, a proposta como alternativa para as barreiras quanto à aplicabilidade das normas de acessibilidade se insere no próprio conceito de igualdade que seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade; assim no que se refere ao transporte coletivo, seriam contratados empresas privadas que atenderiam exclusivamente a demanda de cadeirantes, na cidade de Manaus, em paralelo com o sistema de ônibus para toda a população. Por conseguinte, o deficiente físico teria uma segunda opção, além do transporte coletivo, que seria especializado com toda a estrutura necessária para recebê-los. Pois, por mais que os ônibus tenham os equipamentos para os portadores de necessidades especiais, mesmo assim eles são destratados por causa da arrogância e impaciência daqueles que utilizam do mesmo transporte.

Conforme expõe acerca do plano Diretor, o autor José Nilo de Castro afirma que:

Papel importantíssimo dentro desse contexto desempenha o Município. Prescreve o art.182 da CF que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.

No § 1º do precitado artigo 182 da CR se prescreve que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais 20 mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O § 2º dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências sociais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O plano diretor, compreendendo a zona urbana, de expansão urbana e urbanização específica, é o conjunto de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global do município. Do Município todo, porque, segundo o § 2º do art.40 da Lei n. 10.257/2001 “o plano diretor deverá englobar o território do município como um todo”, inclusive a rural. Tem sentido a disposição normativa de abrangência total do território do Município, porque o plano diretor está compreendido no planejamento municipal (art. 4º, III, a, do Estatuto da Cidade). (CASTRO, 2010, p. 377-403)

Quanto ao processo de elaboração do Plano Diretor de Manaus, inicialmente, será consultada a população e os dados

coletados tanto nos questionários como nas audiências públicas vão contribuir com o novo Plano Diretor.

Com um instrumento renovado e atualizado em relação às características mais recentes da cidade, tudo isso vai para o papel em forma de anteprojeto de lei, sendo encaminhado à Câmara Municipal de Manaus (CMM) para mais debates populares.

O aval final da população e dos vereadores permite que o prefeito de Manaus sancione o Plano Diretor que deve valer para os próximos 10 anos.

## **6 Conclusão**

A Constituição Federal de 1988, como visto através de alguns dispositivos, assegura a proteção de direitos não somente dos cadeirantes, como também de outros grupos que porventura sejam excluídos da sociedade.

Sabe-se que as Constituições anteriores enfatizavam apenas a igualdade formal, deixando um grande vazio para a efetivação desses direitos, todavia a CFRB/1988 inovou no ordenamento jurídico consagrando por meio da letra da norma a igualdade material, o que representou um grande avanço democrático.

Ocorre que a acessibilidade somente será alcançada através da cooperação da sociedade juntamente com o governo. Portanto, para garantir a igualdade às pessoas portadoras de deficiência e aplicar o princípio da não-discriminação, não basta criar leis que venham garantir uma situação isonômica frente às demais pessoas. Deve-se implantar políticas compensatórias

capazes de inserir e incluir essas pessoas dentro do cenário mundial.

Tomar medidas quanto à questão da acessibilidade é um dever coletivo e de cidadania, visto que existem cerca de 24,5 milhões de portadores de deficiência no Brasil, um número bastante expressivo que não pode ser ignorado, pois grande parte dessas pessoas têm uma vida ativa, trabalham e estudam e, por isso, precisam se movimentar pelas cidades. Logo, os deficientes anseiam pela igualdade, querem ser considerados integrantes úteis da comunidade em que vivem, sem serem estigmatizados pela sua diferença.

A falta de acesso dificulta a participação dos cadeirantes e conseqüentemente reduz a condição de cidadania de cada um, limitando a possibilidade de uma maior convivência social. Assim, num ciclo vicioso, as pessoas com necessidades especiais se isolam e a sociedade não convive com as diferenças no dia-dia, fazendo com que tenha uma separação nítida de grupos sociais.

Muitas empresas e estabelecimentos do País ainda não se adaptaram aos parâmetros e critérios de acessibilidade estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Frequentemente, alegam dificuldades financeiras ou mesmo falta de demanda do público com deficiência. Mas lei é para ser cumprida. E o fato é que, nos últimos anos, a legislação brasileira evoluiu muito quanto à questão, com quase todos os pontos cruciais para a garantia da acessibilidade contemplados pelos poderes Executivo e Legislativo. Algumas leis são mais conhecidas, como a de Cotas, que determina a contratação, por empresas com mais de 100 funcionários, de 2% a 5% de pessoas com deficiência.

Escadas, elevadores inadequados e portas estreitas são obstáculos diários, principalmente em construções antigas, além de apertadas vagas no estacionamento. Trata-se de um cenário considerado como normal em uma cidade. No entanto, esse mesmo cenário exclui um em cada mais de catorze brasileiros com determinados tipos de deficiência física.

Para alterar essa situação, é preciso vontade política, diante das providências que precisam ser tomadas nos edifícios utilizados pelas diversas esferas do governo, e uma luta contínua no sentido de alterar essas situações nos variados ambientes privados.

Por isso, para garantir o direito de livre acesso ao meio físico e de livre locomoção, reconhecido pela Constituição Federal, falta uma visão mais clara de obrigatoriedade, bem como uma ligação entre a lei e os já existentes parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade feita pela ABNT.

## **The right of a wheel chair accessible provided in an environment legislation in force in applied Manaus**

**Abstract:** We live in a social problem in Manaus: The difficulty of movement of wheelchair users. We compared the compatibility of the right of disabled people, under the law in force, with government measures taken in the city of Manaus. Accessibility is the right of citizens, including people with disabilities to move around. The lack of this leads to the exclusion of opportunities for social progress, resulting in the marginalization and social segregation. Among the results, it was observed that increasingly society and government have sought cooperation to meet the fundamental right of movement enshrined in CF/1988,

but there are many constraints on the effectiveness of these standards which should be corrected, since all buildings in the city of Manaus should be in accordance with the Master Plan, which sets forth guidelines to guide the works that emerge. Therefore, it is urgent to take effective measures to resolve the issue of accessibility, then it can work as a tool for development of society where all alike enjoy their inherent rights.

**Keywords:** wheelchair; accessibility; Plan.

## Referências

ABNT. **Pela acessibilidade no transporte urbano.** Apresenta normas técnicas de acessibilidade aos cadeirantes. Disponível em:<[www.abnt.org.br/m5.asp?cod\\_noticia=192](http://www.abnt.org.br/m5.asp?cod_noticia=192)>. Acesso em: 20 jan 2011.

BRASIL. **Estatuto da Cidade: Lei 10.257/2001.** Estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília, Câmara dos Deputados, 2001.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo.** 6ºed. Minas Gerais: Del Rey, 2006.

CUNHA, Edílson Alkmin da (trad.). **Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência.** Brasília: Corde, 1996.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos.** 4ºed. São Paulo: Atlas, 1992.

LEITE, Flávia Piva Almeida. **O Direito das pessoas portadoras de deficiência a terem um ambiente acessível.** Interesses Difusos: Temas Polêmicos, São Paulo, vol.17, p. 2319 à 2339, janeiro-fevereiro/2003. 2319-2339 p.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4ºed. São Paulo: Saraiva, 2009. 172, 179 p. Métodos de abordagem e procedimento. Disponível em: <[HTTP://www2.videolivrraria.com.br/pdfs/14017.pdf](http://www2.videolivrraria.com.br/pdfs/14017.pdf)> . Acesso em: 3 abr. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.**, 2ºed. Portugal:Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23ºed. São Paulo: Atlas, 2008.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; Windt, Márcia Cristina Vaz dos Santos; Céspedes, Livia. **Constituição da República Federativa do Brasil.**42ºed. São Paulo:Saraiva, 2009.

PRACIANO, Francisco. **Plano Diretor I.** Diário do Amazonas, Manaus, 18 jan 2011. Disponível em:<[blogs.d24am.com/artigos/2011/01/18/plano-diretor-i/](http://blogs.d24am.com/artigos/2011/01/18/plano-diretor-i/)>. Acesso em: 21 jan 2011.

PRESTES, Monica. **Cadeirantes não têm vez.** A Crítica, Manaus, 1 abril. 2010. Cidades, p. C3.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica: Guia para eficiência nos estudos.** 4ºed. São Paulo: Atlas, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ºed. São Paulo: Malheiros, 2006.

# Os desafios das mulheres no cenário democrático brasileiro do século XXI

João Gaspar Rodrigues\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A opressão feminina em nível global e histórico. 2.1 Clitoridomia. 2.2 Objeto de dispêndio conspícuo (Veblen). 2.3 *Foot-binding*. 2.4 Moeda de troca para transmitir poder. 2.5 Exclusão da cidadania. 2.6 “Jus primae noctis” (direito de pernada). 2.7 Outros exemplos históricos. 3 Dominação de gênero. 4 Distanciamento da perspectiva de gênero na conquista de direitos. 5 Dificuldades e desafios das mulheres. 5.1 No mundo jurídico. 5.2 Desigualdade salarial. 5.3 Encarceramento feminino. 5.4 Representação e participação política das mulheres. 6 Conclusões. Referências.

**Resumo:** Este estudo tem por objetivo, diante dos novos paradigmas do moderno ambiente político, evidenciar alguns desafios que as mulheres, enquanto segmento social, devem enfrentar para tornar realidade a equivalência e a igualdade entre os gêneros. Os desafios, obviamente, são múltiplos, mas selecionamos alguns que se nos afiguram estruturais e funcionam como alavancas para a conquista de direitos e superação de outros desafios.

---

\* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*, Manaus:Valer, 1999; *Tóxicos...*, Campinas:Bookseller, 2001; *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; *Segurança pública e comunidade: alternativas à crise*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009; *Ministério Público Resolutivo*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2012.

**Palavras-chave:** Igualdade de gênero. Conquistas femininas. Desafios. Comunidade Jurídica. Representação política feminina. Encarceramento.

**Abstract:** This study aims, on the new paradigms of the modern political environment, highlight some challenges that women, while social segment, must face in realizing equity and gender equality. The challenges are obviously multiple, but selected some that we believe to be structural and act as levers for achieving rights and overcoming other challenges.

**Keywords:** Gender equality. Female conquests. Challenges. Legal Community. Women's political representation. Incarceration.

## 1 Introdução

A transformação da sociedade moderna passa necessariamente pelas conquistas alcançadas pelas mulheres, implicando na superação de uma cultura predominantemente patriarcal. A luta e as reivindicações femininas por direitos e garantias contribuíram, em muitos aspectos, para a renovação dos costumes e da sociedade. E, claramente, o feminismo radical cedeu espaço à perspectiva em que os estereótipos de gênero ou o domínio sexista não ocupam as cogitações centrais.

Num mundo movediço, instável e em mudança contínua, a luta feminina para fugir do silêncio e da sombra em que o *status* inferiorizado da mulher a confinou por vários séculos tem sido ferrenha e sujeita a novos impulsos teóricos para fazer frente à mutabilidade constante dos paradigmas. Enquanto em dado

momento histórico, a título de exemplo, a família se caracterizava pelo determinismo biológico ou pelas funções religiosas, hoje, o princípio da afetividade toma lugar de destaque na constituição do grupo familiar.

Essas rupturas paradigmáticas criam a possibilidade de alterar tanto os modos de pensar quanto as estratégias de racionalidade, fornecendo novos ângulos, novas maneiras de ver o mundo, de ver as coisas e abrindo novos espaços cognitivos. Desses novos modelos emergem novas questões de reflexão e de estudo.

A exclusão das mulheres de certos direitos e garantias tranquilamente gozados pelos homens impõe a conclusão de que a democracia moderna não tem sido capaz de resolver ou superar tais desafios, e isso implica que certos paradigmas democráticos clássicos sejam repensados com o fim de aperfeiçoar sua capacidade de absorver a diversidade de conflitos e de demandas existentes.

Este estudo tem por objetivo, diante desses novos paradigmas (e do relativo esgotamento teórico dos clássicos), evidenciar alguns desafios que as mulheres, enquanto segmento social, devem enfrentar para tornar realidade a equivalência e a igualdade entre os gêneros. Os desafios, obviamente, são múltiplos, mas selecionamos alguns que se nos afiguram estruturais e funcionam como alavancas para a conquista de direitos e superação de outros desafios.

## **2 A opressão feminina em nível global e histórico**

Ninguém sofre uma opressão tão prolongada ao longo

da história como a mulher. Nenhum outro grupo social ou étnico-racial tem sofrido tão feroz exclusão do gozo dos mais básicos direitos e garantias do que as mulheres. Mutiladas em países da África com a supressão do clitóris, censuradas em países islâmicos onde são proibidas de exhibir o rosto, subjugadas como escravas e prostitutas em regiões da Ásia, deploradas como filha única por famílias chinesas, são as mulheres que carregam o maior peso da pobreza que atinge, hoje, 4 dos 6 bilhões de habitantes da Terra (Christo, 2001).

Em meio a essas injustiças, uma voz lúcida se elevava em prol dos direitos das mulheres. Era John Stuart Mill. Esse filósofo inglês (1958, p. 144) do século XIX dizia já em sua época que “não há ninguém hoje em dia que sustente que as mulheres devem conservar-se em servidão pessoal, sem pensamentos, desejos ou ocupações, reduzidas à posição de escravas domésticas dos maridos, dos pais ou dos irmãos. Permite-se às mulheres solteiras, e em breve também se permitirá às casadas, possuir propriedade e ter interesses pecuniários e de negócios, por igual aos homens”.

## **2.1 Clitoridotomia**

A clitoridotomia ou cirurgia de extração do clitóris é um ritual de passagem ou iniciação praticado na África, Oriente Médio e sudeste asiático há 2.000 anos. O objetivo é evitar que a mulher tenha prazer sexual. As vítimas em geral são bem jovens – entre uma semana e 14 anos – e os tipos de extirpação variam. Pode ser retirado desde uma parte do clitóris até os pequenos lábios da vagina. As operações são seguidas

de muita dor e sangramento. Como são feitas em condições precaríssimas de higiene, com tesouras, facas, navalhas e cacos de vidro, o número de infecções é muito grande e boa parte das mulheres operadas torna-se estéril. A prática, de acordo com estudos existentes, não traz nenhum benefício para o organismo feminino. A Organização Mundial de Saúde estima que entre 80 e 114 milhões de mulheres já passaram por esse ritual cruel. O número de mortes decorrente é desconhecido, pois as tribos não acreditam que a prática possa matar alguém, o que dificulta a contabilidade. É uma prática ligada aos costumes dos povos, sem relação direta com a religião<sup>1</sup>.

## 2.2 Objeto de dispêndio conspícuo (Veblen)

Para Thorstein Veblen, autor do livro *The Theory of the Leisure Class* (“Teoria da Classe Ociosa”), há uma instituição (hábito ou rotina de conduta) comum entre os homens e típica da economia capitalista: a emulação. Diz respeito ao hábito dos indivíduos de se compararem uns com os outros invejosamente, ou melhor, o desejo das pessoas de serem reconhecidas como melhores que os outros indivíduos. E para isso, a mulher assume um papel importantíssimo (instrumental e servil), ela se torna *objeto de dispêndio conspícuo*, em que, ao ser coberta pelos mais elegantes vestidos, adereços e joias, está simplesmente revelando a superioridade econômica do seu marido (companheiro, convivente, pai etc.) e senhor.

Diz Veblen (1931, p. 181/182) textualmente:

---

<sup>1</sup> <http://super.abril.com.br>; acesso em 01.09.2013.

Conspicuous waste and conspicuous leisure are reputable because they are evidence of pecuniary strength; pecuniary strength is reputable or honorific because, in the last analysis, it argues success and superior force (...).

The high heel, the skirt, the impracticable bonnet, the corset, and the general disregard of the wearer's comfort which is an obvious feature of all civilised women's apparel, are só many items of evidence to the effect that in the modern civilised scheme of life the woman is still, in theory, the economic dependen of the man, - that, perhaps in a highly idealised sense, she still is the man's chattel. The homely reason for all this conspicuous leisure and attire on the part of women lies in the fact that they are servants to whom, in the differentiation of economic functions, has been delegated the office of putting in evidence their master's ability to pay<sup>2</sup>.

E o indivíduo (no caso, a mulher) que se submete a esse chamado dispêndio conspícuo não o faz em seu prol, “but in behalf of some one else to whom she stands in a relation of economic dependence; a relation which in the last analysis must, in economic theory, reduce itself to a relation of servitude” (p. 181)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Tradução livre: “O dispêndio conspícuo e o ócio conspícuo são respeitáveis pelo fato de fornecerem uma prova de força pecuniária; a força pecuniária é respeitável ou honorífica porque, em última análise, atesta o bom êxito e uma força superior (...).

O salto alto, a saia, o chapéu pouco prático, o colete, o geral menosprezo pelo conforto de quem os usa (traço inconfundível no vestuário da mulher civilizada) são outros tantos artigos a provar que, no plano da vida civilizada, a mulher continua, em teoria, economicamente dependente do homem; que, embora num sentido altamente idealizado, continua sendo a serva do homem. A rude verdade no tocante a todo esse ócio e atavios

por parte das mulheres tem por base o fato de serem elas servas às quais, na diferenciação das funções econômicas, foi delegado o ofício de fazer realçar no seu amo a aptidão para despende<sup>2</sup>”.

<sup>3</sup> Tradução livre: “...mas o faz no interesse de alguém com quem está em relação de dependência econômica; uma relação que, em última análise, deve reduzir-se (em teoria econômica) a uma relação de servidão”.

### **2.3 “Foot-binding”**

Na China, até pouco tempo, era comum o *foot-binding*, a prática de forçar o encurtamento dos pés das meninas para agradar a um fetiche masculino.

### **2.4 Moeda de troca para transmitir poder**

A história nos testemunha que a mulher foi por muitos séculos representada como moeda de troca ou como aquela que transmitia poder através de instituições de socialização como o casamento, a família ou a linhagem materna, mas não podia exercer direta e pessoalmente (Almeida de Sousa/Dias, web). Foi por muito tempo um instrumento passivo nos conchavos, nas alianças e nas estratégias de famílias lideradas por homens com o intuito de ampliar seu campo de influência e de poder.

### **2.5 Exclusão da cidadania**

Na antiguidade clássica e até muito recentemente, as mulheres eram excluídas da cidadania, preenchendo uma categoria odiosa de pré-cidadãs ou cidadãs incompletas dentro de um conceito de cidadania restritiva. Na antiga Grécia, as mulheres, juntamente com os metecos (estrangeiros) e os escravos, não se incluíam no raio de abrangência da cidadania. Como a cidadania continua sendo um parâmetro invariável da democracia, a exclusão feminina recente de seu raio significa que a democracia ainda não foi plenamente conquistada. E significa mais: enquanto à mulher forem negados certos direitos

naturalmente gozados pelos homens, não teremos um verdadeiro ambiente democrático.

Na Suíça, país com reconhecida democracia sólida, o sufrágio universal foi estabelecido legalmente para os homens em 1848, muito antes que qualquer outro país o fizesse, mas o sufrágio nas eleições nacionais só foi garantido para as mulheres em 1971 (Dahl, 2012, p. 371/372).

## **2.6 “Jus primae noctis” (direito de pernada)**

O direito de pernada (ou “jus primae noctis”, em latim) consistia no direito atribuído aos senhores feudais, no âmbito de seus domínios, de deflorar uma noiva na sua noite de núpcias. No período colonial brasileiro, a prática também era bastante comum, entre latifundiários/senhores de engenho e escravas.

## **2.7 Outros exemplos históricos**

Em Roma, o casamento era indissolúvel, salvo se a mulher fosse estéril. Entre o hindus, se o homem fosse estéril, um irmão ou parente do marido devia substituí-lo e a mulher era obrigada a entregar-se a esse homem. A criança nascida dessa ligação era considerada como filha do marido e continuadora do seu culto (Coulanges, 1995, p. 55). Tais regras também são encontradas nas leis de Atenas e nas de Esparta.

As legislações antigas prescreviam o casamento da viúva, quando não tivesse tido filhos do marido, com o mais próximo parente de seu marido. O filho nascido deste segundo casamento considerava-se como filho do defunto. Era a Lei do Levirato, entre os antigos hebreus.

O nascimento da filha não satisfazia ao fim do casamento. Isso porque a filha não podia continuar com o culto familiar, pois no dia em que se casasse renunciaria à família e ao culto de seu pai, passando a pertencer à família e religião do marido. Era, portanto, sempre o filho quem se esperava, quem era necessário; era o filho por quem a família, os antepassados e o lar reclamavam. Entre os gregos antigos, o filho era denominado como “salvador do lar paterno”.

Coulanges (1995, p. 76-90) revela a extravagância e a injustiça das leis antigas quando, no direito romano, a filha, quando casada, não herda do pai, e, no direito grego, a mesma filha em caso algum herda. Em Roma, a mulher recebe o título de *mater familias*, mas perde-o quando seu marido morre. Não tendo lar que lhe pertença, nada possui que lhe dê autoridade na casa. Nunca manda; não é livre, nem senhora de si própria, *sui juris*. Está sempre junto ao lar de outrem, repetindo a oração deste; para todos os atos da vida religiosa a mulher precisa de um chefe e para todos os atos de sua vida civil necessita de tutor.

A mulher antiga quando jovem dependia de seu pai; na mocidade, de seu marido; se o marido morria, passava a depender de seus filhos; se não tivesse filhos, dos parentes próximos de seu marido. Nunca a mulher podia autogovernar-se. O marido tinha tanta autoridade sobre a esposa que, antes de morrer, poderia escolher tutor para ela ou um segundo marido, e ainda podia aliená-la ou vendê-la (p. 322). Também não podia ser tutora, nem mesmo de seus filhos.

Em relação aos bens, o dote da mulher pertencia sem reservas ao marido, que exercia sobre ele não só os direitos de

administrador, mas de proprietário. Tudo que fosse adquirido pela mulher ao longo do casamento pertencia ao marido. Ao ficar viúva seque reavia o seu dote. Dado que a mulher não podia possuir coisa alguma e estava submetida à vontade e ao poder masculino (do pai, do marido ou do filho), em Roma, não podia aparecer em justiça, fosse na condição de demandista, defensora, acusadora, acusada ou testemunha. Se a justiça pública não existia para a mulher, era porque se encontrava em casa na pessoa do pai ou do marido. Como diz Coulanges (1995, p. 96), o juiz era o chefe de família, sentenciando em tribunal por virtude da sua autoridade marital ou paternal, em nome da família e sob a proteção das divindades domésticas. Essa jurisdição familiar e masculinista era completa e não havia apelação. Podia condenar à morte a mulher ou a filha e nenhuma autoridade tinha o direito de alterar as sentenças privadas .

O Senado romano querendo acabar com as Bacanais<sup>4</sup> decretou a pena de morte contra quantos nelas tomassem parte. O decreto teve fácil execução no que se refere aos cidadãos. Mas quanto às mulheres, que não eram as menos culpadas, logo surgiu grave dificuldade: as mulheres não podiam comparecer perante a justiça do Estado pois só a família tinha o direito de julgá-las. O Senado respeitou este velho princípio e deixou aos maridos e aos pais o encargo de pronunciarem contra as mulheres a sentença de morte.

### **3 Dominação de gênero**

Algumas teorias surgiram com o fim de justificar o

---

<sup>4</sup> Festas licenciosas em homenagem a Baco.

domínio de um gênero sobre o outro. Ora do homem sobre a mulher, ora da mulher sobre o homem. Todas, todavia, se revelaram incapazes de oferecer todas as respostas, isso porque a sociedade ideal não será alcançada com o predomínio de um gênero sobre o outro, mas com a parceria de ambos na consecução dos objetivos mais caros à humanidade.

Friedrich Engels acreditava que a função reprodutora da espécie, que cabe à mulher ao dar à luz, favoreceu sua subordinação ao homem (Almeida Sousa/Dias, 2013, p. 144-145). De modo que a mulher foi sendo considerada mais frágil e incapaz para assumir a direção e chefia do grupo familiar, exatamente, em virtude do seu período de recuperação pós-gravidez e amamentação. Assim, o homem, figura associada à ideia de autoridade, devido à força física e poder de mando, assumiu o papel autoritário dentro da sociedade, enquanto a mulher foi oprimida.

Engels ainda acreditava que a mulher só se emanciparia quando retornasse ao trabalho produtivo social, condição esta que seria alcançada com a grande indústria moderna que permitiria o trabalho feminino. Todavia, as reflexões de Engels passaram a ser questionadas por ele não contemplar outros tipos de modo de produção, tomando como modelo o desenvolvimento dos países europeus como universalmente válido (eurocentrismo). E as outras mulheres pertencentes a outras culturas e outros modos de produção, continuariam submissas ao homem? Sua teoria eurocêntrica, *idola tribus*, não apresenta respostas para esse problema de caráter universal.

Outro que apresentou uma teoria para a questão foi

o antropólogo Claude Lévi-Strauss. Para ele, a dominação do homem sobre a mulher teria acontecido naturalmente, desde os primórdios da espécie, paralelamente ao processo de aquisição da cultura, quando houve a passagem da natureza à cultura, mediante a normatização da vida sexual, ou seja, o homem não podendo casar-se com sua mãe ou irmã (proibição do incesto), ainda nas sociedades primitivas, passaria a estabelecer alianças com outros homens, de outros grupos, e desse modo ele obteria mãe e irmãs por meio de troca das suas. Portanto, as mulheres teriam sido transformadas em objetos de troca. Mas Lévi-Strauss não explica o fato de as mulheres terem sido trocadas e não os homens e, também, desconsidera que os primeiros grupos de seres humanos eram matrilocais, com descendências matrilineares e não patriarcais.

#### **4 Distanciamento da perspectiva de gênero na conquista de direitos**

As diferenças de gênero resultam mais de construções sociais e culturais do que propriamente de um determinismo biológico, de uma disseminada cultura da inferioridade biológica da mulher. A mulher por séculos e séculos foi considerada e tratada como pré-cidadã ou cidadã de categoria inferior, não pelo simples fato biológico de ser mulher, mas em virtude de toda uma construção ideológica que usou a condição feminina para engendrar inúmeras teorias legitimadoras do domínio masculino.

A perspectiva sexista serviu para dar o grito de alerta em torno de uma injustiça milenar em relação ao gênero feminino. Mas alcançado o objetivo de chamar a atenção para o problema

e obtidas vitórias fundamentais, os movimentos feministas (ou sexistas) perdem-se ou caem como frutos maduros, por cumprir uma missão que requeria o radicalismo das causas desesperadas. Não há mais uma causa feminista ou masculinista, na medida em que se reconhecem em todas as sociedades evoluídas e nas Constituições democráticas direitos e deveres iguais entre os gêneros. Não se discute mais o domínio de um sexo ou de outro, mas a parceria entre ambos para alcançar o ideal, sempre renovado, do progresso humano. Homem e mulher existem apenas no plano biológico, por suas características psicossomáticas, no plano social, político e cultural, os sexos se fundem num único ser hermafrodita: o ser humano - cooperativo e parceiro.

As relações desiguais de poder em que estiveram (e ainda estão) implicados homens e mulheres fogem às marcas de gênero para situarem-se no plano da violação dos direitos fundamentais mais básicos. Esse cenário injusto não pode ser entendido, atualmente, pela exclusiva condição de mulher, colocando-a num contexto mais amplo de exclusão. É óbvio que o pano de fundo da questão ainda é, assumidamente, de gênero, mas a sua solução ocorre dentro dos mecanismos do Estado Democrático de Direito, que reconhece a igualdade de gênero. Portanto, todas as conquistas são alcançadas a partir dessa premissa: homem e mulher se equivalem em direitos e obrigações.

Sobre o tema, o literato português Ramalho Ortigão apresenta uma opinião que, se não tem a precisão científica, eleva-se pela razoabilidade. Diz ele (1888, p. 29):

A questão de desigualdade dos dois sexos foi julgada com lucidez inexcelsível por Proudhon

e por Auguste Comte. A mulher não é igual, nem inferior, nem superior ao homem; é-lhe equivalente. A fórmula proudhoniana é a seguinte: - o homem tem 8 em força e 2 em beleza; a mulher tem 8 em beleza e 2 em força. De sorte que o homem vale 8 mais 2; a mulher vale 2 mais 8.

Essa equivalência entre os gêneros responde pela igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, prevista na Constituição Federal.

Houve uma sensível mudança nas estratégias relacionadas à adoção de um discurso de direitos fundamentais, em vez da estratégia primitiva, de enfrentamento e maior confronto, que apontava os homens como o “outro” opressor. Embora ainda se trate de uma política de poder e desigualdade de gênero, a tática agora atua mais na busca de coalizões e alianças, facilitada pela criativa e inovadora reelaboração do discurso dos direitos fundamentais (e humanos) e usando o manto protetor das instituições jurídicas e políticas de um Estado de Direito Democrático.

Peguemos como exemplo a frágil presença de mulheres no Congresso Nacional. À primeira vista, parece desprovido de sentido eleger mulheres que não tenham compromisso com a causa feminista. Todavia, argumenta Pinto (2001, p. 107), se homens de todos os matizes ideológicos, de todas as posições sobre os mais diversos temas podem ter assento no Legislativo, por que só as “mulheres conscientes (ou engajadas na luta feminista) mereceriam esse privilégio? Isso confirma que a representação política das mulheres está longe da luta de gênero. O simples fato

do fortalecimento da presença feminina no Legislativo revela um aumento da participação política da mulher (votando e elegendo mulheres).

Das deputadas, senadoras, governadoras, prefeitas e vereadoras, raras são as mulheres que entraram na vida pública através de uma militância feminista.

## **5 Dificuldades e desafios das mulheres**

### **5.1 No mundo jurídico**

As mulheres ainda são minoria nas esferas mais importantes da comunidade jurídica. Elas ainda são minoria nos Tribunais Superiores e encontram dificuldades para ascender em instituições como Judiciário e Ministério Público, sem falar que são alvo de um hábito insidioso e ainda comum na Administração Pública: o assédio sexual e moral.

Para muitas mulheres, o sucesso em um mundo que ainda é masculino depende do reconhecimento de sua capacidade por homens que ocupam o poder e que se tornam seus mentores (Simon, 2009, p. 189). Uma boa recomendação, boas notas, um telefonema para alguém importante podem ser vistos como fatores essenciais para o progresso funcional dentro da Administração Pública. A necessidade de obter essas referências pode ser explorada em troca de favores sexuais (e na verdade, muitas vezes, o é).

Alguns pregam o avanço das políticas afirmativas para se chegar a processos de inclusão das mulheres no mundo

jurídico, única e exclusivamente por seu mérito. A ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, ouvida em audiência pública na Câmara dos Deputados sobre o tema “A exclusão das mulheres nos espaços de poder” (2009), destacou a *via crucis* que, ainda hoje, as mulheres percorrem para ascender aos degraus superiores da carreira da magistratura e propôs que, em nome da igualdade de gênero, as atuais 13 vagas ocupadas por mulheres nos tribunais superiores sejam consideradas vagas históricas e, portanto, continuem sendo preenchidas, diante da vacância, sempre por mulheres.

A ideia da Ministra Nancy Andrighi se revela insuficiente e tende a fossilizar, em número mínimo, a presença feminina nas Cortes Superiores. O ideal é que se atinja um equilíbrio: não menos de 40% e não mais do que 60% das vagas sejam ocupadas por um mesmo gênero. Isso evitaria que a presença feminina virasse algo como uma “reserva de mercado”, carregando a política afirmativa com um tom odioso e antipático. E, por outro lado, o nomeante (no caso, o presidente da República) teria uma margem maior de liberdade para selecionar o melhor nome.

As ações afirmativas e as cotas já são comuns para as instâncias parlamentares, por que não estendê-las para as instâncias judiciárias superiores, dado o caráter marcadamente político das indicações e nomeações? Não vemos argumento de peso que consiga ser oposto a essa ideia.

## 5.2 Desigualdade salarial

As mulheres brasileiras representam 45,4% da população

ocupada de acordo com pesquisa do IBGE feita em 2011, mas ainda sofrem com desvantagens como a desigualdade salarial. O aumento deste índice nem sempre se reflete na igualdade salarial.

Em média, as mulheres recebem 70% das remunerações destinadas aos homens, mesmo no desempenho das mesmas funções e cumprindo carga horária semelhante. O salário médio do trabalhador homem é de R\$ 1.962,97, enquanto as mulheres têm remuneração de R\$ 1.561,12.

No caso das mulheres negras, essa diferença é ainda mais acentuada. Ainda que as mulheres tenham esgrimido um conjunto muito maior de estratégias, estudado mais, a sua situação, na perspectiva de gênero, ainda está fragilizada. O grande desafio é para que mulheres e homens possam ter salários compatíveis com aquilo que fazem e que elas não sejam discriminadas apenas pelo fato de ser mulher.

No quadro abaixo, apresentamos o salário médio masculino e feminino por nível de ensino (Brasil 2011):

	<b>Homem</b>	<b>Mulher</b>
<b>Analfabeto</b>	R\$ 838,52	R\$ 698,23
<b>Fundamental completo</b>	R\$ 1.273,88	R\$ 881,36
<b>Médio completo</b>	R\$ 1.637,91	R\$ 1.145,81
<b>Superior completo</b>	R\$ 5.572,28	R\$ 3.357,34
<b>Mestrado</b>	R\$ 6.445,35	R\$ 4.399,48
<b>Doutorado</b>	R\$ 8.984,57	R\$ 7.178,54

Por esses dados, vê-se que a desigualdade salarial é predominantemente uma questão de gênero e não apenas de diferença educacional. Mesmo detendo a mesma qualificação ou titulação do homem (mestrado, doutorado etc.), a mulher sempre recebe menos.

Quando se sabe que a proporção de mulheres chefes de família subiu de 27% em 2001 para 36% em 2012, a desigualdade salarial de gênero, além da injustiça ínsita, implica numa redução de renda indispensável para prover o sustento digno da família monoparental. Outro fato curioso, e que ajuda a aumentar o fosso das remunerações entre os gêneros, é a frequência maior com que os homens recebem aumento salarial em prejuízo das mulheres. Enquanto o homem recebe um reajuste salarial pelo potencial que apresenta, a mulher precisa provar que merece, efetivamente, receber um aumento.

### **5.3 Encarceramento feminino**

O número total de presos em penitenciárias e delegacias brasileiras subiu de 514.582 em dezembro de 2011 para 549.577 em julho de 2012. Em 1992, o Brasil tinha um total de 114.377 presos, o equivalente a 74 presos por 100 mil habitantes. Em julho de 2012, essa proporção chegou a 288 presos por 100 mil habitantes. No período, houve um aumento de 380,5% no número total de presos e de 289,2% na proporção por 100 mil habitantes, enquanto a população total do país cresceu 28%.

O Brasil é hoje um dos países com a maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos

e a China. O aumento alarmante da massa carcerária no país, a partir da década de 90 do século passado, é um efeito claro da política neoliberal centrada no Estado Mínimo em relação às políticas sociais e pelo Estado Penal Máximo. Pode-se dizer que o Brasil é uma das principais “democracias penais” do mundo, dada a contradição entre a democracia formal e a política sistemática de encarceramento de grupos marginalizados.

De acordo com levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2008, a população carcerária feminina já se apresentava superior à marca de 27 mil presas. Atualmente, 7% de todos os presos no Brasil são mulheres, o que corresponde a algo em torno de 36 mil detentas.

Há dois fatores importantes para o aumento da população carcerária feminina:

1- o crescimento da participação da mulher em diversas atividades, inclusive na criminalidade. E isso pelo simples fato de que uma maior inserção social implica na assunção de riscos, pois, como diz Horkheimer (1974, p. 165), não existem zonas de segurança nas vias de trânsito social;

2- o repasse de atividades criminosas à mulher, por cônjuges, namorados, pais ou irmãos, quando eles mesmos são presos. A maioria das detenções estão relacionadas com o tráfico de drogas.

Verifica-se, no Brasil, na esteira do Estado-penal máximo, um crescente incremento das taxas de encarceramento feminino, impondo uma análise de suas particularidades e minúcias com o fim de alavancar políticas públicas. Casos como

o da adolescente no Estado do Pará<sup>5</sup> encarcerada numa delegacia de polícia entre homens, violentada e abusada, alimentam cada vez mais o noticiário da mídia.

Na maioria dos estabelecimentos penais do país não há qualquer forma de tratamento voltado para a ressocialização das presas, nem creche e berçário para os seus filhos. A Lei de Execução Penal prevê, no art. 83, §2º, que os “estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos”.

A realidade, porém, apresenta uma situação bem diversa da prevista em lei, pois apenas 19,61% dos estabelecimentos penais femininos possuem berçários ou estruturas separadas das galerias prisionais equivalentes. E apenas 16,13% dos estabelecimentos penais do país têm creches ou estruturas equivalentes.

Como os estabelecimentos penais não possuem berçários ou creches adequadas, tende-se a improvisar a utilização de espaços para abrigar os filhos das presas e, na maioria das vezes, esses espaços restringem-se à própria cela. A realidade muda de unidade federativa para outra, mas, em regra,

---

<sup>5</sup> Em 21 de outubro de 2007, a menor L.A.B. foi presa em Abaetetuba, no Pará, sob a acusação de tentar furtar um telefone celular. Tinha 15 anos, menos de 40 quilos e um metro e meio de altura. Levada para a delegacia da cidade de 130 mil habitantes, a quase 100 quilômetros de Belém, passou os 26 dias seguintes numa cela ocupada por mais de 20 homens. Durante todo o tempo, o bando de machos serviu-se à vontade da única fêmea disponível. Estuprada incontáveis vezes, teve cigarros apagados em seu corpo e as plantas dos pés queimadas enquanto procurava dormir. Alguns detentos, aflitos com as cenas repulsivas, apelaram aos carcereiros para que interrompessem o calvário. Os policiais preferiram cortar o cabelo da adolescente com uma faca para camuflar a aparência feminina. A rotina de cinco ou seis relações sexuais diárias foi suspensa apenas nos três domingos reservados a visitas conjugais. O tormento só acabou com a intervenção do conselho tutelar, alertado por uma denúncia anônima (Veja, “Os algozes da menina estuprada na cadeia do Pará estão livres. Ela desapareceu”, 30.07.2013).

os estabelecimentos penais permitem a permanência de crianças por 4 meses até 9 anos.

O encarceramento feminino, por conta das deficiências dos estabelecimentos penais e da clara desobediência aos mandamentos legais, gera outro grave problema: a permanência de crianças em ambiente carcerário.

Como é costume no cenário jurídico brasileiro, o descumprimento escancarado da lei pelo Estado (obrigação de construir berçários e creches nas unidades prisionais femininas) leva esse mesmo Estado a recorrer ao “jeitinho” brasileiro, encontrando artifícios para encobrir a realidade dantesca. No caso, a Lei n. 12.403, de 2011, que autoriza o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência” ou “gestante a partir do 7<sup>o</sup> (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”. O legislador, ciente da indiferença frente ao comando da LEP, lança mão de um artifício legal que nada contribui para a correta aplicação da lei penal e do adequado tratamento à mulher encarcerada.

Outro ponto importante no encarceramento feminino é a assistência à saúde. Salta aos olhos que as mulheres precisam de um atendimento médico diferenciado, e por isso necessitam de uma estrutura médica diferenciada, mas isso não ocorre na maioria dos estabelecimentos penais do país. De acordo com o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, em 2008, existiam apenas 23,53% de equipes médicas qualificadas nos estabelecimentos do país.

Ainda de acordo com o Diagnóstico Nacional sobre

Mulheres Encarceradas, elaborado em 2008 pelo Departamento Penitenciário Nacional, todos os estabelecimentos informaram que realizam acompanhamento pré-natal às presas gestantes, através do SUS. 92,16% realizam regularmente exames preventivos de Papanicolau e 88,24% de câncer de mama. É interessante observar que o próprio relatório oficial do governo traz a seguinte observação: “Vale lembrar que somente uma inspeção *in loco* poderia aferir quanto à realidade destas informações”.

O relatório informa ainda que 90,20% dos estabelecimentos possuem assistentes sociais e 64,71% prestam algum tipo de assistência jurídica às detentas, embora não de maneira satisfatória.

Um fato curioso no encarceramento feminino refere-se ao afastamento dos familiares e, principalmente, dos companheiros após a prisão. Em regra, o homem quando encarcerado, recebe a visita da mulher até a sua saída; já quando as mulheres são presas, os companheiros, em regra, afastam-se e as abandonam. No relatório, 62,06% das presas não recebem nenhum tipo de visita. Em 70,59 dos estabelecimentos penais existe permissão para visita íntima, mas apenas 9,68% das presas recebem este tipo de visita. Tal realidade difere drasticamente do que acontece nos estabelecimentos penais para homens.

#### **5.4 Representação e participação política das mulheres**

Há duas formas de abordar a inserção da mulher no espaço público e político. Uma é através da participação efetiva

das mulheres nas esferas estritas da política, tanto no campo eleitoral quanto na ocupação de cargos políticos de primeiro escalão dos governos federal, estaduais e municipais; outra é através de formas alternativas de participação política (ou participação política extra-representação) que proporcionaram (e proporcionam) conquistas expressivas (como o direito ao voto, a Lei do Divórcio, a Lei Maria da Penha etc.).

A participação política é tão importante quanto à representação política feminina (daí estabelecer-se, não raro, uma dialética entre os dois pólos), pois através dela novas demandas e novas identidades grupistas são moldadas, extrapolando o raio programático dos partidos políticos e processos eleitorais. Essas variáveis inseridas (demandas, *inputs* etc.) criam importantes canais de pressão frente ao aparato estatal, muitas vezes se tornando determinantes para a tomada de decisões importantes de políticas públicas (exemplo disso é a Lei Maria da Penha).

No Brasil, há um deficit de representação feminina em várias instâncias de poder (seja tomando como referência os legislativos estadual, federal ou municipal ou os cargos executivos em todos os níveis), vez que as mulheres representam a maioria da população (as mulheres já são 101,7 milhões contra 99,3 milhões de homens) e do eleitorado. É necessário atentar, como diz Arend Lijphart (2008, p. 316), que a “minoría” das mulheres é uma minoría mais política do que quantitativa. E isso faz de nosso sistema político, em vez de uma democracia no sentido estrito da palavra, uma aristocracia de homens.

Na democracia moderna, nos diz Leibholz (1964, p. 114-115), todo cidadão, sem prejuízo da diversidade social

de valores que podem concorrer num membro isolado da coletividade estatal, tem absolutamente idêntica consideração no processo da formação da vontade coletiva. E o elemento de ação política pela mulher é tão indispensável quanto os mecanismos concedidos pela lei. É dogma da teoria política que o indivíduo só pode chegar à sua liberdade política por suas próprias ações (sobrepondo-se à alienação do poder político). Um sistema político pode dar-lhe a liberdade, mas de igual modo e com a mesma facilidade, tirá-la. As circunstâncias jurídicas, sociais e políticas podem oferecer magníficas oportunidades para a liberdade e a participação políticas que não serão aproveitadas se não agirmos ou se o fizermos de maneira imprópria (elemento ativista).

A lei eleitoral (Lei n. 9.504/1997) fixou o percentual de 30% de mulheres nas listas partidárias. Apesar desse marco normativo, os partidos políticos encontram dificuldades em atrair as mulheres para seus quadros. Estudos revelam, entretanto, que o fenômeno não decorre da carência de mulheres aptas a concorrer, mas principalmente pela forma como os partidos são organizados e estruturados: controlados por homens que não abrem espaços para as mulheres organizarem suas campanhas.

Essa nova realidade consubstanciada na maior participação das mulheres e a proteção da lei (com as cotas), ao dar a oportunidade de grupos sociais excluídos de se expressarem, depara-se com um arquétipo partidário indiferente ou contrário ao cenário, vez que centrado no modelo masculinista. As cotas, então, passam a ser mero arranjo eleitoral. Além disso, dado o alto custo da politicagem democrática, os partidos são transformados

em máquinas rigidamente burocráticas que tendem a excluir os novatos do mercado político.

Por outro lado, os partidos, em vez de cumprirem a lei e se render às novas exigências sociais, cuidam de driblá-la, completando suas listas com “candidatas laranjas” (ou falsas candidatas) que não fazem campanha e estão ali apenas para dar aparência de legalidade. A existência da lei não mudou substancialmente a participação das mulheres, mas provocou movimentos no sentido de trazer as mulheres para dentro dos partidos e instrumentalizá-las para a vida política (Pinto, 2001, p. 102): são muitos os diretórios partidários em todo o Brasil que promovem cursos para mulheres candidatas a cargos eletivos.

Historicamente, o espaço público sempre foi restrito aos homens, assim como o ambiente doméstico era destinado às mulheres. Este foi o modo de organização social adotado no Brasil. O gerenciamento da esfera pública continua a ser, predominantemente, uma atribuição masculina, enquanto persistem os resquícios de uma educação tendente a manter a mulher ignorante em assuntos políticos, econômicos e sociais, enclausurada na esfera privada. Essa cultura ainda predominante na sociedade brasileira apoiada por algumas instituições conservadoras transmite ao gênero feminino um silenciamento em todas as esferas sociais e ainda alavanca uma antiquada lógica patriarcal, imobilizando as mulheres numa cruel estereotipia negativa que atravessa os séculos.

Apesar da nova posição sólida ocupada pela mulher no mercado de trabalho, na vida político-partidária a ausência feminina é inversamente proporcional. É óbvio que não estamos

falando de uma equivalência entre a maciça inserção no mercado de trabalho (nas mais diversas profissões e ocupações) e a entrada na arena política, mas destacando a grande distância entre os dois pólos. Esse espaço abissal se reflete na qualidade da democracia que temos, pois quanto maior for a presença de novos sujeitos/atores nos espaços de representação maior será o alargamento da democracia.

Uma causa estrutural que explica essa ausência feminina na arena pública é a rígida divisão entre o público e o privado estabelecida pelo pacto democrático liberal, no qual o público é o lugar da cidadania e da política e o privado da família e das relações entre os gêneros (Pinto, 2001, p. 101). O público se constituiu como um espaço masculino por excelência enquanto o privado – o espaço da casa – seria o espaço da mulher.

Essa ideia do liberalismo clássico foi desenvolvida por Benjamin Constant. Os antigos manifestavam a sua liberdade no fato de uma participação política constante e direta, debatendo sobre todos os negócios públicos, sendo diretamente o legislador e o julgador, e influenciando sobre o rumo dos assuntos afetos à vida coletiva. Somente por meio da ação política podia o cidadão atingir a sua plenitude; somente pela política podia ele se tornar um homem (Neumann, 1969, p. 14). O espaço público, portanto, era o âmbito de liberdade política dos antigos, onde a democracia deitou raízes.

A participação direta nos negócios públicos, em todos os seus aspectos, necessariamente acarreta um custo demasiado alto para a vida privada dos cidadãos. Mas isso não representava grande sacrifício para os antigos, pois para eles a vida privada

praticamente se confundia com a vida pública, era uma extensão desta<sup>6</sup>. Não havia distinção alguma entre Estado e sociedade, Economia e política, moral e política, religião e política, cultura e política (Neumann, 1969, p. 14). Para o homem moderno, o sacrifício de sua vida privada, de seus interesses particulares, seria impensável e a última coisa que faria. É na esfera do privado que ele se realiza e se consolida como pessoa e, portanto, onde busca a sua liberdade. É neste âmbito particular, pessoal, que o cidadão moderno busca e garante a sua liberdade política, o seu bem-estar.

Os progressos técnicos da civilização, o intenso tráfego comercial, a facilidade de comunicação entre os povos, tudo contribuía para o bem-estar das pessoas e para a supervalorização do âmbito pessoal da vida. O mundo burguês de então passou a ser os negócios, seu trabalho e seus interesses particulares. E é nesse recanto privado e particular onde prosperam os seus sonhos e objetivos de prosperidade, que a liberdade passa a ter basicamente sua sede, não mais na participação constante, direta e absorvente nos assuntos públicos. Isto abre passagem, como consequência lógica, para o princípio da representação política como forma de uma minoria (masculina) zelar pelos interesses de uma maioria ocupada com seus próprios assuntos e interesses pessoais. É o epicurismo político em que o *homo politicus* pode se retirar e “ir cultivar o seu jardim ou o seu espírito” (Neumann, 1969, p. 205).

---

<sup>6</sup> Tanto isso é verdade que a pior acusação que se poderia fazer a um ateniense era a de que **ele evitava a cidade**, ou seja, não participava da vida de todos – Montanelli, 1968, p. 45. Diz Lord Acton que o cidadão antigo era para a comunidade o que o escravo era para o seu senhor. As obrigações mais sagradas se desvaneciam perante a conveniência pública (1907, p. 14). Cfr. Também Théry, s/d, p. 113; Horkheimer, 1974, p. 139; Dahl, 2012, p. 20.

B. Constant alarga o fosso, já aberto por Maquiavel (na obra *O príncipe*), entre política e sociedade. O abstencionismo do Estado liberal adicionado à liberdade liberal (ou liberdade de *status negativus* = indivíduo face ao Estado) faz com que a política seja ambientada fora da sociedade econômica e com o claro propósito de a proteger. A política começa e se esgota no Estado. O *homo oeconomicus* mantém uma relação inversa com a política: maior dedicação aos negócios privados, menor tempo para os negócios públicos<sup>7</sup>.

Uma causa de ordem prática fornece elementos para compreender parte da inércia feminina em assumir sua verdadeira posição no espaço público. Trata-se da posição que a mulher ainda ocupa na organização da vida familiar (Pinto, 2001, p. 103). A responsabilidade pela organização do cotidiano familiar ainda está com a mulher. Nas relações entre mulher e marido/filhos, eleva-se como encargo feminino o “auxílio”, a “ajuda” e a “condução”. Se a entrada da mulher no mercado de trabalho acarretou mudanças profundas em sua posição na família e, por vezes, reestruturou afazeres, nas exigências da política sua posição ainda se encontra numa “zona nebulosa”. E num país com as dimensões do Brasil, a entrada da mulher na política, com exceção da política municipal, acarreta um afastamento por longos períodos do núcleo familiar. O núcleo familiar perde, em tese, seu principal arrimo moral e a própria mulher sente-se culpada por isso.

---

<sup>7</sup> Miquel Caminal Badia, *La política como ciencia*, em: Miquel Caminal Badia (Ed.), *Manual de ciencia política*, 2ª. ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 23. Inclusive, na concepção de Miquel Caminal, essa separação drástica entre sociedade civil e Estado, firmada pelo pensamento liberal, retardou o nascimento da Ciência Política Moderna.

Outra variável importante na frágil representação feminina é a organização partidária masculinista. Os partidos políticos são organizados de tal forma que os homens engendram o teor programático e detêm a liderança nos rumos políticos da legenda. Quando uma mulher adentra a arena política e ocupa um cargo eletivo, por vezes isso ocorre pela popularidade do marido ou por um arranjo eleitoral para superar algum impedimento de um cacique local. Vejamos os dados do quadro abaixo:

### PREFEITAS ELEITAS NO BRASIL POR PERÍODO DE GESTÃO NAS GRANDES REGIÕES

	1973-76	1977-82	1983-88	1989-92	1993-96	1997-2000
Brasil	58	58	83	107	171	304
Norte	4	--	6	8	19	30
Nordeste	44	52	51	74	92	153
Sudeste	7	1	20	17	38	64
Sul	0	2	4	5	11	30
Centro-Oeste	3	3	2	3	11	27

Fonte: Participação feminina na Construção da Democracia – RJ, Ibam, 2000, p. 31.

Verifica-se uma concentração de prefeitas na região Nordeste do país. Não existem estudos que ajudem a compreender

o fenômeno, principalmente tendo em vista que se trata da região politicamente mais conservadora do Brasil. Tudo indica que essas mulheres não estejam engajadas em lutas feministas, mas pertençam a famílias políticas tradicionais e estejam substituindo pais, maridos ou irmãos no comando caudilhesco das cidades. Também é possível, e normalmente se verifica na prática, que a mulher que foi primeira-dama em seu município se eleja através de uma situação duplamente tradicional na política brasileira: pela popularidade do marido e por sua atuação na área da assistência social (Pinto, 2001, p 107).

## 6 Conclusões

Diante da análise desenvolvida ao longo do estudo algumas conclusões naturalmente se impõem:

I- Ninguém sofre uma opressão tão prolongada ao longo da história como a mulher. Nenhum outro grupo social ou étnico-racial tem sofrido tão feroz exclusão do gozo dos mais básicos direitos e garantias do que as mulheres;

II- As diferenças de gênero resultam mais de construções sociais e culturais do que propriamente de um determinismo biológico, de uma disseminada cultura da inferioridade biológica da mulher. Homem e mulher existem apenas no plano biológico, por suas características psicossomáticas, no plano social, político e cultural, os sexos se fundem num único ser hermafrodita: o ser humano - cooperativo e parceiro.

III- As mulheres ainda são minoria nas esferas mais importantes da comunidade jurídica, como nos Tribunais

Superiores. As ações afirmativas e as cotas já são comuns para as instâncias parlamentares, por que não estendê-las para as instâncias judiciárias superiores, dado o caráter marcadamente político das indicações e nomeações? Não vemos argumento de peso que consiga ser oposto a essa ideia.

IV- O encarceramento feminino vem aumentando significativamente no Brasil em virtude de uma maximização do Estado penal, maior participação da mulher na vida social (e portanto, na criminalidade) e substituição de parentes presos na condução da atividade criminosa. A inexistência das creches/berçários nas unidades prisionais femininas e a falta de uma assistência à saúde diferenciada são deficiências flagrantes do encarceramento feminino.

V- Em relação à desigualdade salarial, o grande desafio é tornar os salários compatíveis com aquilo que homem e mulher fazem e que a trabalhadora não seja discriminada apenas pelo fato de ser mulher;

VI- As causas da frágil representação política feminina podem ser resumidas em três: divisão liberal-democrática entre público/privado, posição feminina na organização familiar e organização partidária masculinista.

## Referências

ACTON, Lord. **History of Freedom and Other Essays**. Londres:MacMillan, 1907.

ALMEIDA SOUSA, Dignamara Pereira; DIAS, Daise Lilian Fonseca. **Quando a mulher começou a falar: literatura e crítica feminista na Inglaterra e no Brasil**. Belém:Revists

Gênero na Amazônia, n. 3, jan-jun 2013, pp. 144-168.

BADIA, Miquel Caminal. **La política como ciencia**. Em: Miquel Caminal Badia (Ed.), *Manual de ciencia política*. Madrid:Tecnos, 2ª. ed., 1999.

CHRISTO, Carlos Alberto. **Marcas de Baton**. Revista Caros Amigos, 2001. Web: <http://pensocris.vilabol.uol.com.br/feminismo.htm>.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro:Topbooks, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo:Martins Fontes, 3ª. ed., 1995.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2012.

HORKHEIMER, Max. **Éclipse de la raison**. Tradução do inglês por Jacques Debouzy. Paris:Payot, 1974.

LEIBHOLZ, Gerhard. **Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución**. Trad. cast. Madrid:Instituto de Estudios Políticos, 1964.

MILL, John Stuart. **Considerations on representative government**. New York:1958.

MONTANELLI, Indro. **História dos gregos**. Tradução de José Aleixo Dellagnelo. São Paulo:Ibrasa, 2ª. edição, 1968.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário**. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro:Zahar, 1969.

ORTIGÃO, Ramalho. **As Farpas, tomo VI, (A sociedade)**. Lisboa:David Corazzi, 1888.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Paradoxos da participação política da mulher no Brasil.** São Paulo:Revista USP, n. 49, pp. 98-112.

SIMON, Robert I. **Homens maus fazem o que homens bons sonham.** Tradução de Laís Andrade e Rafael Rodrigues Torre. Porto Alegre:Artmed, 2009.

THÉRY, Henry. **Os grupos sociais: forças vivas?** Tradução de João Maia, São Paulo:Sampedro, s/d.

VEBLEN, Thorstein. **The theory of the leisure class.** New York:The Modern Library, 1931.



# “Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

Felipe Augusto Fonseca Vianna\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Considerações propedêuticas. 2.1 O caráter subsidiário do Direito Penal. 2.2 Proteção Subsidiária de Bens Jurídicos como função do Direito Penal. 3 Princípio da Irrelevância Penal do Fato. 3.1 Conceito e aplicação. 4 Princípio da Insignificância. 4.1 Pressupostos Teóricos. 4.1.1 Política Criminal e Direito Penal. 4.1.2 O sistema Funcionalista teleológico-racional de Direito Penal. 4.2 Conceito e aplicação. 5 Princípio da Irrelevância Penal do Fato e Princípio da Insignificância. 5.1 As supostas diferenças entre os institutos. 5.2 A impossibilidade de aceitação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato. 6 Conclusão. Referências.

**Resumo:** Este artigo trata dos Princípios da Irrelevância Penal do Fato e da Insignificância, os quais seriam, em tese, aplicáveis aos casos dos chamados “crimes de bagatela”. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: o denominado Princípio da Irrelevância Penal do Fato deve ser visto como verdadeiro princípio de Direito Penal, sendo aplicável aos casos concretos? Após realizar uma análise preliminar acerca de ambos os institutos, o artigo instaura uma discussão sobre o tema, apontando a necessidade de se negar aplicação ao Princípio da Irrelevância Penal dos Fatos, eis que tal princípio não possui bases

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em *Criminal Justice* pela *California Coast University*. Ex-Advogado. Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, lotado nas 60ª e 61ª Promotorias de Justiça Especializadas no Controle Externo da Atividade Policial – PROCEAP.

dogmáticas bem fundamentadas. Ademais, o artigo comporta um referencial teórico pautado na mais moderna doutrina do Direito Penal, segue as diretrizes do método dedutivo e como técnica de coleta de dados, utiliza a pesquisa bibliográfica. É um artigo de revisão.

**Palavras-chave:** Princípio da Irrelevância Penal do Fato. Princípio da Insignificância. Crimes de Bagatela. Bem Jurídico.

## 1 Introdução

Parte da doutrina brasileira passou a sustentar, nos últimos anos, a existência do assim denominado “Princípio da Irrelevância Penal do Fato”, supostamente aplicável aos “crimes bagatelares impróprios”. Segundo seus defensores, tal princípio seria substancialmente distinto do “Princípio da Insignificância”, já consagrado na doutrina e na jurisprudência em *terrae brasilis*, eis que este seria aplicável apenas aos casos de “crimes bagatelares próprios”.

Ao se explicar a diferença criada pela doutrina entre crimes bagatelares próprios e impróprios; examinar o conceito e aplicabilidade do conjecturado Princípio da Irrelevância Penal do Fato; estudar os pressupostos teóricos que levaram à criação do Princípio da Insignificância e, posteriormente, seu conceito, formas e expressões de aplicação, justificar-se-á a imprescindibilidade de se negar aceitação ao chamado Princípio da Irrelevância Penal do Fato.

Ao final, cumpre dizer que o presente artigo faz uma revisão de literatura com base no método de abordagem dedutivo, utiliza como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a partir de documentos como livros, manuais, códigos e periódicos,

que, proporcionando um novo enfoque sobre o tema, serviram de base para as conclusões do autor.

## 2 Considerações propedêuticas

### 2.1 O caráter subsidiário do Direito Penal

No cenário dogmático atual, é certo o consenso de que a função da pena é o epicentro da dogmática jurídico-penal. Isso parece correto, pois, se o crime é o conjunto de pressupostos da pena, a ciência penal deve ser construída tendo em vista sua consequência e os fins daquela. Na explicação de Mir Puig:

*Si el fundamento funcional del derecho penal es la necesidad de protección de la sociedad por medio de penas o medidas de seguridad, el primer límite del ius puniendi habrá de encontrarse en esa misma necesidad: más allá de ella el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento.* (2003, p. 108-109)

Esse princípio antigo<sup>1</sup> e básico de política-criminal possui o sentido de postulado dirigido ao legislador, que nem sempre o respeita, dando azo a uma contradição entre os imperativos *de lege lata* e *de lege ferenda* que permite falar em “abuso do poder-dever de punir” por parte do Estado.

*El Derecho penal sólo es incluso en la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc...* (ROXIN, 1997, p. 65)

---

<sup>1</sup> Afirma Mir Puig que “*ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal*” (*El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 150).

De fato, o direito criminal é um remédio sancionador extremo, que só pode ser ministrado quando os outros se mostrarem ineficientes; sua intervenção deve acontecer quando *“fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho.”* (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 108). Isso nos leva a uma visão do direito penal denominada como *ultima ratio*.

*El primer principio - derecho penal como ultima ratio - parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que esto para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves. Por ello, deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción.* (MIR PUIG, 2003, p. 109)

É basicamente esta a ideia que se quer exprimir quando se diz ser o direito criminal “subsidiário” ou “secundário”.

*Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.* (ROXIN, 1997, p. 65-66)

Antes de se continuar a explanação, cabe fazer uma pergunta, antecipada por Mir Puig: *¿Es igualmente compatible*

*dicho principio con la concepción actualmente dominante del Estado social intervencionista?* (1994, p. 150).

Realmente, pode o leitor pensar, em meio à nossa “sociedade pós-moderna”, com a crescente onda de insegurança social, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança e sua sensação social, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” (e a consequente identificação da maioria com a vítima do delito), ou, se resumindo em poucas palavras, uma “sociedade de risco” seria razoável a defesa de uma “contração” do direito penal<sup>2</sup>?

A resposta, em um Estado de Direito compromissado com a dignidade da pessoa humana e com a efetivação de direitos fundamentais, deve ser positiva. Existe uma aparente contradição entre pergunta e resposta. Em um Estado que abandona a posição de árbitro das forças sociais – própria de um Estado liberal clássico – em favor de um Estado social que tende a invadir progressivamente novos âmbitos da vida da sociedade, não seria exigível a ampliação da proteção penal, que se estenderia a novas esferas e intensificariam seu rigor?

Ocorre que a contradição não existe. Pela nova concepção de Estado, são muito mais numerosas as possibilidades de intervenção “positivas”, diferentes da sanção penal<sup>3</sup>. Diante

---

<sup>2</sup> Sobre o ponto, é imprescindível a já clássica obra de SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*. Quanto à “sociedade de risco”, é de bom alvitre conferir a obra de AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 61 e ss.

<sup>3</sup> São exemplos disso as medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) e o art. 28 da Lei n.º. 11.343/2006.

disso, pode-se inclusive afirmar que a nova ideia de Estado permite reforçar a necessidade de se reservar a pena como *ultima ratio*, último recurso entre os que agora se atribuem ao Estado. A resposta de Mir Puig é magistral:

*Al tiempo que [...] hoy suele considerarse positiva una intervención asistencial, tuitiva y de fomento por parte del Estado, se siente rechazo ante la actividad represiva del mismo. No hay en ello contradicción alguna: la admisión de un Estado social, que interviene para procurar bienestar a los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al contrario, en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.*  
(1994, p. 150-151)

Entretanto, caracterizada a natureza subsidiária do direito penal, surge outra indagação: qual o objeto da proteção subsidiária? A que o direito penal visa proteger?

Adentra-se, com esta pergunta, em caminho espinhoso e no qual não há unanimidade na doutrina. Pelo contrário, existe mesmo uma grande divergência.

Apenas como exemplos, Hans Welzel entendia que o direito penal deveria amparar os valores da vida da comunidade, exercendo função ético-social (1956, p. 1). O aluno do Mestre de Bonn, Günter Stratenwerth, vê como a principal razão para que se crie um tipo a indesejabilidade da conduta (*apud* ROXIN, 2007, p. 455). Para Jakobs, o direito criminal protege a validade das normas (2003, p. 47 e ss.). A doutrina majoritária, entretanto,

vê como missão constitucional do direito penal a “proteção subsidiária de bens jurídicos”<sup>4</sup>.

## 2.2 Proteção Subsidiária de Bens Jurídicos como função do Direito Penal

Se o princípio da subsidiariedade significa a proteção subsidiária de bens jurídicos, a indagação do que viria a ser um “bem jurídico” torna-se uma questão central.

O conceito de bem jurídico<sup>5</sup> revela suma importância na delimitação do poder-dever de punir estatal, pois através de uma espécie de catalogação de interesses e valores representativos para o homem oferece-se matéria idônea para o trabalho legislativo. Nesse aspecto, o conceito do bem jurídico tem estreita relação com o conceito material de crime<sup>6</sup>.

Dos princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade proclamados com o Iluminismo, em reação ao Absolutismo (que carregava a ideia de uma justiça perseguidora

---

<sup>4</sup> Como exemplo, ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 49 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61 e ss.; MIR PUIG, *El Derecho Penal*, p. 159 e ss.

<sup>5</sup> Conforme ensina Luís Greco, existem na doutrina dois conceitos de bem jurídico, um de perspectiva dogmática (que significa o interesse protegido por determinada norma, ou a sua “objetividade jurídica”, conceito este que não apresenta dificuldades, pois onde houver norma, haverá um interesse) e o outro de perspectiva político-criminal (*Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 77-78). O texto que segue tratará do conceito político-criminal de bem jurídico.

<sup>6</sup> Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 49; DIAS, *Questões*, p. 53 e ss.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 277 e ss.

e sem limites), fez-se nascer o conceito da atividade protetora do Estado. Sob sua proteção, deviam estar apenas bens de relevo para a prossecução daqueles ideais. A partir desse período é que surgem as tentativas de um conceito material de delito, transistemático, pelo menos com alguma capacidade orientadora e legitimadora. É o elemento incipiente para os trabalhos de Birnbaum, von Liszt e Binding, dentre outros da escola alemã do século XIX, que passam a desenvolver um conceito de bem, com capacidade e idoneidade para ser protegido pela ordem normatizadora.

Atribui-se a Birnbaum o esforço para se abrir a senda de construção do conceito. Renegando a teoria de direito subjetivo de Feuerbach, enveredou-se o autor pelo pensamento da escola histórica, atribuindo valor a certos bens essenciais ao homem como dignos de proteção pelo Estado, para a manutenção do equilíbrio da sociedade (ANDRADE, 1991, p. 37).

A teoria do bem jurídico objetivando estabelecer um limite na tarefa do legislador tende para o positivismo, ganhando contornos mais notáveis na teoria de Binding. Com ele, surge o conceito acabado de bem jurídico (*Rechtsgut*), na sua obra *Die Normen*. Segundo o autor, o bem digno de proteção legal depende do juízo de valor estabelecido pelo legislador. Ou seja, é o legislador quem elegerá a atuação protetiva do direito penal sobre determinado bem ou interesse<sup>7</sup>.

Contudo, da forma como Binding conduziu sua teoria,

---

<sup>7</sup> Esse caráter positivista está patente na sua definição de *Rechtsgut*, como “tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos” (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 52).

fica excluída a possibilidade de identificação de bens suscetíveis a danos antes do seu enquadramento pelo legislador, uma vez que é a este que caberá dizer a necessidade de intervenção penal ante a possibilidade de danosidade social. Daí pode surgir um imenso perigo: dessa posição marcadamente positivista, é de se esperar arbitrariedades de um legislador sem escrúpulos, aprioristicamente dotado da mais ampla liberdade, perigo este temperado, como salienta Ferreira da Cunha<sup>8</sup>, pelo significado de danosidade social. O bem jurídico é protegido sempre em nome da totalidade, por mais individual que seja, isto é, ele deve ter representação e valor para a sociedade.

Diferente é a ideia de v. Liszt. Ao invés de partir de uma conceituação positivista, este autor entende existir uma situação pré-jurídica na qual os homens identificam a dignidade penal do bem ou do interesse. Nesse passo, os bens e interesses jurídicos são eleitos pelo homem integrado em sociedade. Tratam-se, pois, de requisitos essenciais ao homem ou à comunidade. Os bens jurídicos são, assim, “criações da própria vida, que o direito encontra e a que assegura protecção jurídica” (2006, p. 68, grafia da época).

Esse sistema criado por von Liszt determina o caráter subsidiário da pena, vez que o direito penal fica voltado para a proteção de determinados valores em caráter especialíssimo, como um remédio extremo invocado apenas quando outros meios se mostrem insuficientes. O direito penal atuará como

---

<sup>8</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 50. Para a citada autora, Binding “opta claramente pelo positivismo normativista, na medida em que o bem jurídico se identifica com tudo o que como tal for considerado pelo legislador” (*Idem*, p. 51).

*ultima ratio* da política criminal. Assim, a partir desse estágio, a ciência do direito penal passa a conhecer seus limites de atuação descritiva de obrigações e proibições e protetiva de valores.

Ocorre que, não obstante o esforço de tais doutrinadores (e em especial o de v. Liszt), as teorias dos bens jurídicos acima mencionadas não conseguem responder a algumas questões fundamentais: quem limitará o campo de atuação do Direito Penal? Quais as balizas que servirão de limites para a ciência normativa, que dependerá antes da atividade legislativa? Em quais elementos se apoiará o legislador ao eleger os valores dignos de proteção penal?

Tais perguntas não podiam ser seguramente respondidas com base nas teorias de fundamentação do bem jurídico tradicionais. As respostas para tais questões passam por um conceito de bem jurídico que deve ser capaz de fundamentar, mas ao mesmo tempo restringir o poder de incriminar exercido pelo legislador. Mas de onde extrair tal conceito? Embora muitas propostas tenham sido levantadas<sup>9</sup>, a única que subsistiu procura definir o bem jurídico com arrimo na Constituição. Seguindo tal atitude, firma-se um conceito de bem jurídico vinculante para o legislador, vez que extraído diretamente da Carta Magna, sendo dotado, pois, de hierarquia constitucional. Com precisão, ensina Roxin:

*El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro*

---

<sup>9</sup> Sobre tais propostas, ver GRECO, *Modernização do Direito Penal*, 84 e ss.

*Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.* (1997, p. 55-56)<sup>10</sup>

Mas aqui se abre outro problema: o conceito de bem jurídico parece ser dispensável, pois a simples análise dos valores e princípios constitucionais sugestionam-se suficiente para a verificação da legitimidade das normas penais incriminadoras, bastando afirmar que o direito penal só pode tutelar valores acolhidos, ou ao menos não vedados pela Lei Maior.

A impressão, sem embargo, é infundada. Como bem percebeu Luís Greco:

...o bem jurídico-penal, apesar de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. (2011, p. 83).

Entretanto, as questões ainda não estão respondidas. Se o conceito de bem jurídico não é mero espelho dos valores constitucionais, excluindo alguns deles, como defini-lo?

No atual estágio da dogmática jurídico-penal, o conceito de bem jurídico deve ser tomado sob uma perspectiva que se pode chamar, com boa dose de acerto, de teleológico-funcional e racional. Tal concepção exige que o bem jurídico obedeça a uma série mínima, mas irrenunciável de condições.

---

<sup>10</sup> No mesmo sentido, cf. MIR PUIG, afirmando que “*Es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal?*” (*El Derecho Penal*, p. 163).

Primeiramente, o conceito deve traduzir certa “corporização”, ou seja, um conteúdo material (deve ser substanciável), de modo que se possa configurar em um indicador útil do conceito material de crime. Deve ainda servir de padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, vez que somente assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização/descriminalização (e aqui vale notar que para ser possível tal desiderato, o bem jurídico só pode surgir não como imanente ao sistema penal e dele resultante, senão antes dele, como noção transcendente e transistemática àquele). Por fim, o bem jurídico há de ser político-criminalmente orientado, e, portanto, também intrassistemático relativamente ao sistema jurídico-constitucional<sup>11</sup>.

Dito isto, basta determinar de que maneira pode o conceito de bem jurídico obedecer a todos estes requisitos e ainda assim lograr a materialidade e concreção indispensáveis para que se torne utilizável na aplicação do direito penal. A concretização destes indicadores só é possível quando se entende que os bens do sistema social (que em último termo é a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos) se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.

Vê-se, então, que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe somente onde se encontre refletido num valor constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social, se

---

<sup>11</sup> Sobre os requisitos acima elencados como fundamentais ao bem jurídico, ver DIAS. *Questões*, p. 65.

podendo afirmar “preexistente” ao ordenamento jurídico-penal. A ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, pois, tem de obrigatoriamente de coexistir em relação de mútua referência, não de “identidade” ou de “recíproca cobertura”, e sim de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e de finalidade. Isto ocorre pela simples razão de que a ordem jurídico-constitucional constitui quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado.

É, pois, somente nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal se devem considerar concretização dos valores constitucional expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais<sup>12</sup>. Somente por esta via que os bens jurídicos se “transmutam” em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal<sup>13</sup>.

*Ex positis*, pode-se conceituar o bem jurídico, de maneira um tanto quanto satisfatória como sendo a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido

---

<sup>12</sup> Cf. DIAS, *Questões*, p. 67, notas 38 e 39 para referências.

<sup>13</sup> É certo que, como pode o leitor perceber do texto, tal teoria do bem jurídico não fornece uma espécie de tabela que contenha todos os bens jurídicos a serem tutelados. Entretanto, conforme nos diz Ferrajoli, a ideia de que uma resposta à questão axiológica externa sobre “o que proibir” tenha de fornecer um critério positivo de identificação de bens jurídicos que requerem tutela penal, e, portanto, um parâmetro ontológico de legitimação apriorística das proibições e sanções penais é a origem da inadequação da maior parte das definições do bem jurídico formuladas (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 432 e ss.).

como valioso<sup>14</sup>.

## 3 Princípio da Irrelevância Penal do Fato

### 3.1 Conceito e aplicação

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto

---

<sup>14</sup> DIAS, *Questões*, p. 63, com referências valiosas na nota 25. Próxima a definição do texto é o conceito de Roxin: são chamados bens jurídicos todos os dados, que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade (*Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35). Valiosa é a observação de Fragoso, ao alertar que o bem jurídico não se confunde com o escopo da norma, nem com o interesse protegido (*Lições*, p. 278-279). As considerações que fiz acima são todas tendo como base a doutrina hoje dominante. Por motivos de honestidade intelectual, entretanto, é de bom tom afirmar que, pessoalmente, não concordo que seja função do Direito Penal a tutela de bens jurídicos (categoria com a qual, diga-se, hoje mantenho grandes reservas, embora dela já tenha sido grande defensor). Em meu entender, e tendo como base ideias pinceladas por Marco Antônio Santos Reis (*O Injusto Penal e os Elementos Subjetivos de Justificação. Discursos Sediosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 47-77, 2011), o Direito Penal possui a função de declarar e atribuir a alguém a responsabilidade por uma lesão qualificada, voluntária e consciente à possibilidade de livre disposição de uma relação universal (que seja abstratamente autosubsistente e independente, mas que necessariamente seja exemplificável, ou predicável na realidade) e pessoal-intransitiva (que se dirija a uma pessoa humana de modo direto) entre um sujeito e suas condições substanciais e individuais de existência. Tal proposta parece significar, dentro de um Direito Penal liberal, um ganho. Em primeiro lugar, impõe limites bem menos vagos ao legislador. Em segundo lugar, preserva um âmbito inatacável de autonomia individual da pessoa humana. Em terceiro lugar, impede incriminações que tenham como objeto algum interesse puramente estatal e que não guarde uma relação direta com a pessoa. Em quarto lugar, não impõe como meta a preservação de valores morais, senão, em última análise, elege como condições imprescindíveis aquelas relativas à existência e manutenção da vida e do exercício da liberdade individual em suas várias manifestações, desde que não haja violação às condições alheias. Logo, não se trata de um ideário eticizante, mas de uma proposta que entrega nas mãos das pessoas a liberdade para agir dentro de certos limites e, por via de consequência, a responsabilidade pelos fatos praticados. Em quinto lugar, trabalha com categorias mais claras e lógicas do que a teoria do bem jurídico-penal.

limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, este só pode cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada (ROXIN, 2006, p. 33).

Em muitos países, estes princípios básicos estão garantidos legal ou mesmo constitucionalmente. Mesmo onde isso não tenha ocorrido expressamente, eles derivam dos fundamentos da democracia parlamentar, bem como do reconhecimento de direitos humanos e de liberdade que devem ser respeitados em um estado de direito moderno<sup>15</sup>. O direito penal deve ser, enfim, a *extrema ratio* de uma política social orientada para a dignificação humana. A intervenção do aparato penal há de pressupor o insucesso de outras instâncias de controle social (família, escola, etc.) e outras formas de intervenção jurídica (civil, trabalhista, etc.). Enfim, a intervenção penal, quer em nível legislativo quer em nível judicial, quando de sua interpretação/aplicação, só se justifica quando realmente imprescindível (QUEIROZ, 2005a, p. 118).

Com base nessa concepção a doutrina cunhou o conceito dos chamados “crimes de bagatela”. Segundo a opinião de Luís Flávio Gomes, “infração bagatelar expressa o fato de ninharia, ou seja, de pouca relevância. A infração bagatelar é uma

---

<sup>15</sup> ROXIN, *Estudos*, p. 33-34. Justamente nos fundamentos da Democracia Paulo de Souza Queiroz defende a função do Direito Penal como tutela subsidiária de bens jurídicos (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a, p. 118).

conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não necessita da intervenção penal” (2009, p. 15).

Nesses casos, diz Figueiredo Dias, “apesar da realização integral do tipo de ilícito e do tipo de culpa, a ‘imagem global do facto’ é uma tal que, em função de exigências preventivas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal” (2007, p. 280, grifo do original).

Luís Flávio Gomes subdivide as infrações bagatelares em próprias e impróprias:

Infração bagatelar própria é a que já nasce sem nenhuma relevância penal: ou porque não há desvalor da ação (não há periculosidade na ação) ou porque não há o desvalor do resultado (não se trata de ataque intolerável ao bem jurídico). [...] Infração bagatelar imprópria é a que não nasce irrelevante para o Direito Penal, mas depois verifica-se que a incidência de qualquer pena no caso apresenta-se como totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). (2009, p. 15-23)

Para o autor, pois, diante de uma infração bagatelar própria não devem ser avaliadas condições pessoais do agente, tais como vida pregressa, antecedentes criminais, culpabilidade etc., pois diante da infração bagatelar própria aplica-se o Princípio da Insignificância, afastando-se, conseqüentemente, o próprio tipo penal. A infração bagatelar própria e o Princípio da Insignificância lidam com critérios puramente objetivos (2009, p. 18).

Já no caso da infração bagatelar imprópria, tem-se em jogo condutas que nascem relevantes para o Direito Penal, pois presentes o desvalor tanto da conduta quanto o desvalor do resultado. Porém, frente às peculiaridades do caso concreto

(tais como vida pregressa favorável, ausência de antecedentes criminais, ínfimo desvalor da culpabilidade, reparação do dano, colaboração com a justiça, dentre outros), a incidência de qualquer pena ao caso concreto pode vislumbrar-se desnecessária e desproporcional (2009, p. 23-24). Vê-se, assim, que a infração bagatelar imprópria trabalha também com critérios subjetivos.

Diante da infração bagatelar imprópria é que o doutrinador entende aplicável o Princípio da Irrelevância Penal do Fato: quando da análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), o juiz deve fixar a pena de acordo com a necessidade e suficiência para prevenção e reprovação do crime e, caso a conduta, o resultado e a culpabilidade sejam bagatelares, a aplicação da reprimenda penal pode torna-se desnecessária e inadequada.

Nota-se que a infração bagatelar imprópria resulta na ofensa de bem juridicamente relevante para o ordenamento jurídico penal. Contudo, por questões político-criminais, mediante a análise das circunstâncias judiciais que envolvem o caso concreto, a aplicação da pena torna-se desnecessária.

O Princípio da Irrelevância Penal do Fato aparenta não ter encontrado grande aplicação pretoriana<sup>16</sup>, sendo que o responsável pelo ingresso deste princípio no Brasil é o professor Luiz Flávio Gomes (2009, *passim*).

---

<sup>16</sup> Cf. o acórdão proferido pelo TJ/PI, nos autos da Apelação Criminal nº. 2011.0001.0023307, Rel. Des. Joaquim Dias Santana Filho, 2ª Câmara Especializada Criminal, j. 13/03/2012, no qual se faz a diferenciação entre os princípios da irrelevância penal do fato e da insignificância, entendendo que aquele seria, em tese, aplicável ao crime de roubo, mas negando sua aplicação no caso concreto. É dificultoso realizar-se um levantamento mais preciso da matéria, já que o Judiciário dificilmente o distingue da insignificância. No REsp 1.159.735-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15/06/2010, o STJ negou aplicação ao “princípio da insignificância” ao crime de roubo, citando vasta jurisprudência do próprio Tribunal e do Pretório Excelso.

## 4 Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância foi sistematizado principalmente por Claus Roxin (1997, p. 296, 410-411) e decorre em grande parte do sistema funcionalista por ele criado e adotado, razão pela qual entendemos ser pertinente traçar algumas linhas sobre o assunto.

### 4.1 Pressupostos teóricos

#### 4.1.1 Política Criminal e Direito Penal

A Política Criminal é disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime. É de suas proposições e mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, que será lícito esperar auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades atuais que é o crime<sup>17</sup>.

A evolução da Política Criminal<sup>18</sup> perante a dogmática jurídico-penal em direção ao seu estado atual foi cumprida quando a concepção própria do Estado de Direito Formal (de natureza liberal e individualista) e do Estado Social (mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com a correta

---

<sup>17</sup> Cf. DIAS, *Questões*, p. 21. Definição comum nos textos atuais de Criminologia é constituir a Política Criminal o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisdicional*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p.1).

<sup>18</sup> Sobre a evolução da Política Criminal, cf. DIAS, *Questões*, p. 27 e ss.

realização de Direito) cederam lugar ao chamado Estado de Direito Material (DIAS, 1999, p. 33).

Se há algo pacificamente reconhecido desde há muito tempo e por toda parte, é que, no estudo da infração criminal se depara com um fenômeno extremamente complexo, que revela não só condicionalismos exógenos, mas também de substratos endógenos componentes da mais diversificada realidade: a humana (DIAS, 1999. p. 22). Isto faz compreender que, ao longo sobretudo do século XIX, quando se estabeleceu o pensamento científico moderno, o crime se tenha tornado objeto de uma multiplicidade de ciências<sup>19</sup>; antes de tudo, é natural, da dogmática jurídico-penal e suas “disciplinas auxiliares” (história, filosofia, metodologia jurídico-penal, etc.), mas também da generalidade das ciências sociais e humanas, a ponto de ter dado lugar ao surgimento de uma vasta gama de disciplinas relacionadas com tal fato social (sociologia criminal, antropologia criminal, psicologia criminal, etc.). A este conjunto vastíssimo de disciplinas científicas que compartilham o crime como objeto, chamou v. Liszt de “enciclopédia das ciências criminais” (DIAS, 1999. p. 22).

Sem embargo, até o final do século XIX, defendia-se que a hoje denominada dogmática jurídico-penal era a única ciência que servia a aplicação do direito criminal e, por conseguinte, a única que o penalista podia e devia legitimamente

---

<sup>19</sup> Essa tendência de diálogo entre as várias ciências que possuíam um objeto em comum (neste caso, o crime), foi, aliás, percebida por Max Weber, que sobre ele fez interessante observação: “...aos especialistas de disciplinas afins podemos aventar perguntas úteis, que eles não se teriam formulado com facilidade, caso partissem de seu próprio ponto de vista, no entanto, em contradita, nosso trabalho pessoal permanecerá inevitavelmente incompleto” (*Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 32).

cultivar<sup>20</sup>. Foi mérito de v. Liszt ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes muitos pensamentos acerca do crime, o modelo tripartido do que chamou “ciência conjunta do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), que compreenderia como ciências autônomas a ciência estrita do direito penal, a criminologia e a política criminal, ideia esta que não conseguiu se impor no âmbito da doutrina (DIAS, 1999, p. 24.), que a acusou de abandonar o “solo firme da lei”, do seu tratamento dogmático-sistemático, do seu conhecimento e da sua aplicação precisos, para, cedendo a “impulsos diletantes” penetrar no terreno movediço e interdito a juristas enquanto tais das investigações de caráter político e científico-natural. Apesar de tais críticas, a ideia foi incorporada ao longo do século XX, constituindo-se em ponto de referência obrigatório para uma exata compreensão do estatuto de mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia.

Não obstante tal aceitação, desde o momento no qual v. Liszt cunhou a ideia de ciência conjunta do direito criminal até hodiernamente, não é pacífico o “estatuto” que dentro dela deve caber à política criminal, o que se deve, segundo Figueiredo Dias (1999, p. 26-27) a dois fatores: à evolução que sofreram tantos os supostos metodológicos como a própria compreensão do sentido, objeto e função da dogmática, da política criminal e da criminologia dentro do sistema social e; à evolução da

---

<sup>20</sup> Relembre-se Nelson Hungria, conclamando professores e estudantes de direito, para uma “doutrina de Monroe”: “o direito penal é para juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *Lebensraum*, façamos ressoar, em toque de rebate, nossos tambores e clarins!” (*Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p. 15).

compreensão do sistema social no contexto do sistema social, ele no contexto próprio de um Estado de Direito.

Quando de um Estado de Direito Formal, de natureza liberal e individualista, era a ciência do direito criminal que devia continuar a ocupar o primeiro lugar na hierarquia das ciências penais. Como era fruto do reconhecimento do próprio v. Liszt, de que a política criminal se devia remeter e limitar sua atuação à função de revelar os caminhos de reforma penal, de atuar exclusivamente, por conseguinte, ao nível de *iure constituendo*<sup>21</sup>, ela não detinha competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, sistematização, e em definitivo a aplicação das normas penais, não se encontrando titulada para agir ao nível de *iure constituto* (2006, p. 112 e ss.).

Era o tempo de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal e processual, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas (DIAS, 1999, p. 29). Outrossim, era o império ilimitado da metodologia jurídica de inspiração positivista, ainda que enriquecida pela dimensão social (na qual insistiu v. Liszt). A competência para definir o sentido e os limites da punibilidade não podia pertencer a quaisquer outras instâncias que não as normas legais advindas da vontade do legislador histórico (BATISTA, 2007, p. 34 e ss.). Desta feita, para a política

---

<sup>21</sup> Dando esta função à Política Criminal, LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 20. No mesmo sentido MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 64, com referências. Também BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 33; e GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I. Tomo I. 4 ed. São Paulo: M. Limonad, s/d, p. 37.

criminal restava a função de, baseada nos conhecimentos da análise da realidade criminal, naturalística e empírica dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe diretivas em tema de reforma penal.

No que tange, entretanto, a uma incidência direta sobre o direito penal, esta só podia ser alcançada dentro de um certo ordenamento jurídico-positivo, subordinada à aparelhagem conceitual e à plenitude sistemática daquele e sem que sobre o sistema e os seus conceitos pudessem exercer qualquer influência direta. (DIAS, 1999, p. 29)

O Estado de Direito Formal foi, paulatinamente, substituído pelo paradigma de Estado Social, que atenua (sem abandonar) as exigências de uma legalidade formal em favor da promoção e realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social, representando o domínio absoluto do social e certo menosprezo do jurídico. A esta altura, é evidente, tinha chegado o momento da independência da política criminal face ao direito penal e à sua dogmática. A função integrativa da ciência do direito penal era agora substituída pelo sistema social, como máximo denominador comum da política penal, criminologia e da ciência do direito penal. Não é por acaso que se sublinha a diversidade de objeto e método existente entre a política criminal e o direito penal, tendo o estudo da primeira sido modificado para as Faculdades de Ciências Políticas e Sociologia.

Tal concepção apresentou certas vantagens em relação à anterior, em especial a compreensão de que o jurídico e a dogmática não são algo de diferente e separado do sistema

social, bem como se entende que a política criminal não seja uma simples “ciência auxiliar” do direito penal e sua dogmática.

Há, porém, que se reconhecer o grande custo que se pagou por tal compreensão. Nas palavras de Figueiredo Dias:

O simples diálogo entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal torna-se impossível, ou se possível for, transforma-se num diálogo de surdos. Numa palavra, à desejável *cooperação* entre as ciências integrantes da antiga ‘ciência conjunta’ do direito penal substitui-se a *ignorância mútua* própria de ‘*frères ennemis*’. (1999, p. 29, grifos do original)

Isto significa que quando as proposições político-criminais se dirigirem em um sentido diferente daquele que o jurista considere ser legalmente imposto, a solução referente a qualquer caso penal será sempre o abandono das conclusões mais corretas do ponto de vista político-penal (que terão de esperar sempre por uma futura reforma penal) em favor daquelas que permitam uma fácil redução conceitual e uma integração sem entraves no sistema jurídico. Como se vê, nesta “guerra” quem sempre perderá serão os comandos da política criminal, tendo esta sempre que ceder ou adaptar-se, no plano de aplicação, às exigências do direito, limitando-se a jogar no campo que por estas lhes seja definido (DIAS, 1999, p. 32).

É perceptível, pois, que apesar de todas as modificações fundamentais, a política criminal não deixa de ser uma “ciência auxiliar” competente para a reforma penal.

A mudança fundamental do estatuto desempenhado pela política-criminal só viria a lume quando da mudança do

Estado de Direito Formal e Social para o atual e democrático Estado de Direito Material<sup>22</sup>.

E isso se deu, principalmente – por mais paradoxal que possa parecer –, em razão da mudança sofrida pela função da dogmática jurídico-penal, a qual se viu “alargada” para tentar adequar-se ao anseio de justiça efetiva ínsita ao Estado Democrático de Direito Material.

Com o advento do Estado de Direito Material, a dogmática teve de se remodelar. A mudança de paradigmas foi muito bem exposta por Figueiredo Dias, com a metáfora de que:

O jurista-penalista desce da sua mansarda até a sala nobre do solar: ele não mais é considerado simplesmente um fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, antes alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução mais justa para cada um daqueles problemas. (1999, p. 34)

Volta à baila, como se vê, a questão metodológica, em especial saber até onde o “pensamento do problema” se pode introduzir no (ou mesmo se sobrepor ao) “pensamento do sistema”, ganhando destaque as vertentes normativas e ônticas,

---

<sup>22</sup> Nas palavras de Figueiredo Dias, sob esta designação quer-se compreender “todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa, por isso, antes de tudo com a consistência efectiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, económicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.” (*Questões*, p. 33).

ou lógico-materiais<sup>23</sup>.

A matéria de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador. Antes, é previamente dada através de princípios e estruturas ônticas (e nisso estavam certos os finalistas ao dizer que a lei penal não pode desconhecer estruturas ontológicas independentes do direito)<sup>24</sup>.

Mas ao se reconhecer isso, nem se resolve o problema jurídico, nem se dá razão à vertente ôntica – até mesmo porque vários “normativistas” se utilizam de dados empíricos na construção do sistema, como Roxin (2006. p. 63). Sempre será necessário escolher, entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma valoração autônoma, aquele sentido que deve constituir o fundamento da regulamentação ou resolução do concreto problema jurídico penal em causa. E quanto a tal critério de valoração, não é bastante afirmar que o legislador o escolheu com inteira liberdade e que o intérprete terá de buscá-lo na lei. A solução é alcançada por uma via apontada para a “descoberta” (*hoc sensu*, a “criação”) de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal, o qual supõe a “penetração axiológica” do problema penal, que, no campo da dogmática, tem de ser feita buscando-se valorações político-criminais (DIAS, 1999, p. 35).

Resta claro, pois, que à dogmática penal cabe encontrar soluções justas e adequadas para os concretos problemas da vida de relação comunitária (i.e., o “pensamento do problema”

<sup>23</sup> Sobre o tema, ver a brilhante exposição de DIAS, *Questões*, p. 34 e ss.

<sup>24</sup> Cf. SANTOS, *A moderna teoria*, p. 7, nota 22, com referências.

ocupa posição preponderante em relação ao “pensamento do sistema”). No caso de a solução encontrada para o caso se revelar disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema, a “justiça do caso” deve sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas, mas deve também conduzir ao reexame ou ao reajustamento do significado meramente operacional e coadjuvante dos conceitos para a aplicação do direito.

Assim, se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes que ‘cerrado’, um ‘sistema aberto’: um sistema que a cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções. (DIAS, 1999. p. 40)

Esta transformação do Estado de Direito em Estado de Direito Material e o conseqüente alargamento da função da dogmática penal permitiu à Política Criminal não somente reforçar sua autonomia já adquirida, mas também galgar uma posição de domínio e até de transcendência face à dogmática e dessa posição resultam algumas conseqüências fundamentais que dão o real significado do papel atualmente exercido pela Política Criminal no novo contexto de uma Ciência Conjunta do Direito Penal.

A primeira conseqüência que pode ser atribuída é a de que as categorias e os conceitos básicos de toda a dogmática jurídico-penal passam a ser, agora, determinados e moldados a partir de preposições político-criminais e da função que lhe é atribuída no sistema, ao invés de serem simplesmente

“influenciados” ou “penetrados” pela mesma. Isso significa dizer que quando a dogmática estuda os conceitos da infração penal (como ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) não deve tomá-los de per si (por si e em si mesmos) ou os fazer derivar de qualquer fundamento que não as unidades funcionalizadas à consecução dos propósitos e finalidades (o thelos) político-criminal que o próprio sistema político criminal lhes assinala.

Nas palavras de Roxin:

*...las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal.*  
(2002. p. 58)

Diante do susomencionado, pode-se perceber a segunda consequência que deve ser destacada: de ciência competente para as tarefas da reforma penal, a política criminal se torna competente para definir os limites da punibilidade, o que faz respeitando os princípios estruturais do Direito Penal. Por isso, diz Roxin que o Direito Penal é mais a forma por intermédio da qual as proposições político-criminais se vazam no *modus* da validade jurídica<sup>25</sup>. Não há, portanto, sentido em se manter conceitos dogmáticos quando não estejam tratados em termos que não se adequem, funcionalmente, às exigências político-criminais, o que só viria a tornar a dogmática uma peça decorativa inútil e falsa.

É nesse sentido que se posiciona Roxin:

---

<sup>25</sup> Nas palavras do Mestre de München, “*El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica*” (ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires: Hamurabi, 2002, p. 101).

*La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socio estatal. Muy claramente se pone esto de relieve en la reforma del sistema de sanciones jurídico-penales y de la ejecución de la pena: resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien, únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica. (2002, p. 49-50)*

As duas conclusões acima alinhadas permitem se chegar a um pensamento claro: se a dogmática jurídico-penal deve ser determinada a partir de proposições político-criminais e se é à Política Criminal que cabe definir as fronteiras da punibilidade, surge a Política Criminal como uma ciência transdogmática e transistemática em face de qualquer direito positivo. Sua função, portanto, seria servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e sua legitimação. Isto quer dizer que a Política Criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e, desta feita, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização (DIAS, 1999, p. 42).

#### 4.1.2 O sistema funcionalista teleológico-racional de Direito Penal

*“El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal.”* (ROXIN, 2002, p. 49). Com esta frase, inaugura-se uma nova era em termos dogmáticos: a era do sistema funcionalista ou teleológico-racional do delito.

*Los defensores de esta orientación están de acuerdo - con muchas diferencias en lo demás - en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.* (ROXIN, 1997, p. 203)

Numa clara mudança de paradigmas, Roxin prega uma aproximação entre dogmática e Política Criminal<sup>26</sup>. Trata-se, portanto, de um sistema orientado a valores, o que, diferente do suscitado por alguns setores, não necessariamente conduz ao arbítrio, uma vez que se nutre de premissas constitucionalmente assentadas. Noutras palavras, opera-se verdadeira funcionalização das categorias do delito, de modo que cada qual logre realizar uma meta político-criminal – não é demais repetir – adstrita à Carta Maior.

---

<sup>26</sup> Diz o professor Roxin: *“Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.”* (Política criminal, p. 101-102).

A principal característica do sistema funcionalista de Roxin<sup>27</sup> é a sua tonalidade político-criminal. Segundo este autor, era incompreensível que a dogmática penal continuasse a seguir piamente o conhecido dogma lizsteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da Política Criminal (2002, p. 31). Política criminal e Direito Penal deviam integrar-se, trabalhar juntos, sendo o trabalho do dogmático identificar qual a valoração político-criminal subjacente a cada conceito da teoria do delito, e “funcionalizá-lo” (construí-lo e desenvolvê-lo para que atenda essa função da melhor maneira possível).

Roxin entende que a valoração político-criminal não é mais que o fundamento dedutivo do sistema. Esta valoração deve ser complementada por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, a ser concretizado em diferentes grupos de casos, o que trará consequências variáveis, dependendo das peculiaridades da matéria regulada. O pensamento roxiniano deve ser compreendido como uma síntese do ontológico e do valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo (1997, p. 216 e ss.).

A teoria dos fins da pena adquire valor fundamental no sistema funcionalista. Se o delito é o “conjunto de pressupostos da pena”, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência e os fins daquela. A pena retributiva é desde logo rechaçada (ROXIN, 1997, p. 81 e ss.), afirmando-se uma pena

---

<sup>27</sup> É de grande importância, lembrar ao leitor que não existe “o funcionalismo” e sim “um modelo funcionalista”, que varia segundo cada autor. A orientação funcionalista que será adotada no texto é a concepção *roxiniana*. Vale citar, como defensores de outros modelos funcionalistas: JAKOBS, Ghünter. *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*. Madri: Editorial Civitas, 1996, p. 18 e ss.; DIAS, *Questões*, p. 202 e ss.; MIR PUIG, Santiago. *Introducción A Las Bases Del Derecho Penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 275 e ss.

puramente preventiva como proteção de bens jurídicos, operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial). Sem embargo, enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam a, em primeiro lugar, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral negativa), na teoria funcionalista é ressaltada, em primeiro lugar, os efeitos que teria a pena sobre a “população respeitadora do direito”, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral positiva)<sup>28</sup>. Em adição a esta finalidade, principal legitimadora da pena, surge a prevenção especial (ROXIN, 1997, p. 95 e s..). E a categoria do delito que mais vem sendo afetada pela ideia da prevenção é a da culpabilidade.

Tais considerações advindas do sistema de delito Funcionalista de Roxin trazem importantes modificações à Teoria do Delito.

O conceito de ação deixa de ser a pedra central da teoria

---

<sup>28</sup> A teoria da prevenção geral positiva é, atualmente, francamente majoritária, inclusive entre penalistas não adeptos do funcionalismo. Entre os funcionalistas, podem ser citados, além de Roxin: MIR PUIG, *El derecho*, p. 129 e ss.; DIAS, *Questões*, p. 129 e ss. Entre os não funcionalistas, destacam-se: WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.1. (embora o mesmo se diga adepto da teoria retributiva, conforme se vê da leitura das p. 234 e ss., hoje é comum caracterizá-lo como defensor da prevenção geral, como se depreende de QUEIROZ, *Funções*, p. 38); CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 2 ed. Madrid: Technos, 1981, p. 17; HASSEMER, Winfried; CONDE, Muñoz Francisco. *Introducción a La criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 101-102 e 162.

do delito<sup>29</sup>. Reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos, e nisso praticamente todos os funcionalistas estão todos de acordo (GRECO, 2008, p. 147 e ss.).

O tipo é renormativizado, especialmente por considerações de prevenção geral (ROXIN, 1997, p. 218 e ss.). Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas (ROXIN, 2006, 31 e ss.).

Produto da construção funcionalista-teleológica é também a Teoria da Imputação Objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico, que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e que esse risco se realize no resultado (ROXIN, 1997, p. 362 e ss.; *Idem*, 2006, p. 101 e ss.).

No que tange à antijuridicidade, com a renormativização do tipo novamente se confundiram os limites entre este e a antijuridicidade, fazendo copiosa gama de autores adotar a teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta. Frise-

---

<sup>29</sup> É certo que alguns autores não funcionalistas também diziam não servir o conceito de ação como pedra de toque da teoria do crime (cf. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 61 e ss.), mas não há como negar que foi com o Funcionalismo que tal tendência veio a consolidar-se, não faltando autores que inclusive desprezem por completo o conceito de ação (por todos, DIAS, *Questões*, p. 214-216).

se, entretanto, que Roxin não é um de seus partidários, dentre outros motivos, por entender que tipicidade e antijuridicidade não esgotam seu significado na averiguação e comprovação do injusto, tendo especiais funções político-criminais que correm o risco de se perder caso se confunda os limites dos institutos<sup>30</sup>.

A culpabilidade passa a ser vista como realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário das normas (ROXIN, 2006, p. 138 e ss.). Vão diminuindo paulatinamente os adeptos da reprovabilidade social como fundamento da culpabilidade, ao passo em que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial). Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre se a punição é merecida – e em qual medida –, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena. Juntamente com a culpabilidade, deve ser analisada a necessidade de pena segundo critérios de prevenção geral, formando-se a categoria da responsabilidade (ROXIN, 2006. p. 85-99 e 154 e ss.; 1997, p. 204, 222-223 e 788 e ss.).

Grosso modo, e sem pretender uma análise exaustiva, estas são as principais características do sistema funcionalista criado por Roxin, que servirá de modelo para o desenvolvimento das assertivas do presente estudo.

---

<sup>30</sup> ROXIN, *Derecho Penal*, p. 218 e ss., e 284 e ss. Não obstante, o próprio Mestre de Munique afirma que a Teoria dos Elementos negativos do tipo “*no sólo es lógicamente practicable, sino que también tiene en el aspecto teleológico muchas ventajas a su favor: pues desde la perspectiva del tipo como la ratio essendi del injusto no hay ninguna razón para sustraerle una parte de los elementos esenciales para el injusto; y además, frecuentemente sólo es una cuestión de redacción estilística casual de la ley el que una circunstancia sea ubicada ya en el tipo como fundamentadora del injusto o sólo en la antijuridicidad como excluyente del injusto*” (*Idem*, p. 285).

## 4.2 Conceito e aplicação

O princípio da insignificância decorre do sistema funcionalista de Roxin, impregnado de considerações político-criminais e de prevenção geral. Tal princípio atua como “instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege...*” (VICO MANÃS, 1994, p. 56).

Nos casos dos chamados crimes de bagatela, a lesão ao bem jurídico é de tão pouca monta que a intervenção penal não se justifica, seja do ponto de vista político-criminal, seja do ponto de vista preventivo geral. Em casos deste jaez, o modelo funcionalista deixa transparecer a ideia de que “...o comportamento é um tal que, apesar do conteúdo do tipo de ilícito e do tipo de culpa que contém, se não revela *na sua globalidade*, segundo o desvalor ético-social do seu substrato, comunitariamente insuportável.” (DIAS, 2007, p. 675-676, grifos do original).

Tal princípio decorre da própria natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal (VICO MANÃS, 1994, p. 56; DIAS, 2007, p. 676), elevada à posição de destaque no modelo funcionalista.

A ação lesiva ao bem jurídico, nesse caso, embora formalmente típica, deve ser considerada como materialmente atípica, segundo a maior parte da doutrina (ROXIN, 1997, p. 296

e 411; QUEIROZ, 2005, p. 38-40; VICO MAÑAS, 1994, p. 56)<sup>31</sup>.

Isto porque a lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico dotado de dignidade penal faz parte do tipo objetivo: quando o legislador cria o tipo penal, está dando uma ordem ao cidadão no sentido de que se o bem tutelado sofrer lesão (ou perigo de lesão) configurar-se-á o crime descrito (ROXIN, 1997, p. 218; 2002, p. 25). E a lesão relevante não é qualquer importunação do bem jurídico, já que há necessidade de orientação político-criminal do que interessa ao direito penal, devendo sempre se ponderar a violência e os reflexos do direito penal com os dos demais ramos do direito.

Novamente a lição de Roxin deve ser invocada, quando nos lembra o mestre teutônico que, mesmo nos casos em que um comportamento tenha de ser impedido, a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito através de outros meios menos gravosos (2006, p. 52). Deve o julgador, antes de aplicar a pena criminal, verificar a possibilidade de fazer uso de três alternativas: (a) pretensões de indenização de direito civil, que muitas vezes bastam para regular os prejuízos (e, acrescento, muitas vezes é mais útil à vítima do ilícito do que a própria pena de prisão do infrator, que em nada lhe serve);

---

<sup>31</sup> Parte menor da doutrina sustenta – ao nosso ver, com razão – que o princípio não exclui a tipicidade material da conduta, e sim a sua punibilidade. Neste sentido é a opinião de Figueiredo Dias: “[o] **princípio da insignificância** ou **princípio bagatelar** nos parece assumir o carácter de um princípio regulativo com especial incidência em matéria de ‘punibilidade’ [...] na generalidade dos casos de actuação do princípio da insignificância ou bagatelar o tipo de ilícito e o tipo de culpa devem ser afirmados, mas deve ser **negada a dignidade penal do facto como um todo** na nossa aceção, e, conseqüentemente, a sua **punibilidade**.” (*Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 676-677, grifos e grafia do original).

(b) medidas de direito público para garantir a segurança dos cidadãos (como, p.ex., fechamento de determinados bares que vendem bebida alcóolica após determinado horário); e (c) atribuir ações de lesividade social reduzida a um direito de contravenções especial (substituição da pena privativa de liberdade por multa, p.ex.).

Vê-se, assim, que quando se estiver de frente a um caso concreto, deve-se sempre indagar se houve lesão considerável ao bem tutelado.

Conforme salienta Figueiredo Dias (2007, p. 676-677), parte significativa da doutrina e jurisprudência aceitam que, em geral, não é merecedora de pena a lesão insignificante de um bem jurídico. No Brasil, essa aplicação tem se restringido, sobretudo, a crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, como bem notado por Paulo Queiroz (2005, p. 39).

O Supremo Tribunal Federal tem entendido aplicável ao direito brasileiro o referido princípio, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (a) conduta minimamente ofensiva do agente; (b) ausência de risco social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica (HC 104.530/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 14/02/2013).

## **5 Princípio da Irrelevância Penal do Fato e Princípio da Insignificância**

### **5.1 As supostas diferenças entre os institutos**

Vistos ambos os institutos, passamos a analisar as

supostas diferenças existentes entre eles. Luiz Flávio Gomes assim as expõe:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topografia dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro correlaciona-se com a chamada infração bagatelar própria; o segundo corresponde à infração bagatelar imprópria. O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado e/ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato), o segundo exige sobretudo, desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação), assim como o concurso de uma série de requisitos *post factum* que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto. (2009, p. 30)

Resumidamente, se vê, segundo entende Luiz Flávio Gomes, os Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato são distintos, sobretudo, porque a aplicação do Princípio da Insignificância resulta na exclusão da tipicidade material do fato, enquanto que a aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato resulta na não exigibilidade da aplicação da pena, em decorrência da desnecessidade da punição concreta do fato pelo Direito Penal.

## 5.2 A impossibilidade de aceitação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato

Contudo, essas diferenças apontadas, segundo pensamos, não se sustentam quando confrontadas suas bases dogmáticas.

Vê-se acima que Luiz Flávio Gomes aponta as seguintes características como parte fundante do princípio da irrelevância penal do fato: (a) é causa excludente de pena; (b) pertence à teoria da pena; (c) relaciona-se à infração bagatelar imprópria; (d) exige desvalor ínfimo da culpabilidade e outros requisitos *post factum* que conduzem ao entendimento de desnecessidade de pena no caso concreto.

Afirma-se que o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente e pertence à teoria da pena. Não obstante, conforme afirma o próprio professor Luiz Flávio Gomes, a razão de ser do princípio é a ideia de desnecessidade de pena no caso concreto. Ocorre que a desnecessidade de pena no caso concreto é parte integrante do conceito de responsabilidade roxiniano (formado pela culpabilidade – entendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário das normas – e a necessidade preventiva de pena<sup>32</sup>), o qual pertence à teoria do delito, e não da pena. Mesmo autores que não compartilham da categoria da responsabilidade cunhada por Roxin entendem que considerações acerca da (des)necessidade de imposição de pena no caso concreto fazem parte da teoria do delito, como Figueiredo Dias (2007, p. 676-677).

---

<sup>32</sup> Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, p. 222-223, 788 e ss.; *Idem*, *Estudios*, 85 e ss.

Com isso, derrubam-se os pontos (a) e (b), já que tal princípio não pertenceria à teoria da pena e nem redundaria em sua simples dispensa (e sim na exclusão da responsabilidade – o que faria desaparecer o próprio caráter criminoso do fato – ou da punibilidade, ambas anteriores ao momento da aplicação concreta da pena pelo juiz).

Quanto ao ponto (c), não nos parece correta a existência da infração bagatelar imprópria. Isso porque os chamados crimes de bagatela são considerados como não dotados de dignidade penal por considerações de subsidiariedade e de ausência de grande lesividade social. Como diz Roxin, apenas ações que *in abstracto* não menoscabem o bem jurídico protegido podem ser considerados como crimes de bagatela (1997, p. 411). “...*sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro porque una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal.*” (ROXIN, 1997, p. 297). Se as chamadas infrações bagatelares impróprias já nascem impregnadas de desvalor da ação e do resultado, como afirma o próprio Luiz Flávio Gomes, não é possível dizer que não seja considerado materialmente típico o resultado. Considerações acerca da desnecessidade de pena podem influenciar a categoria da responsabilidade ou punibilidade, mas não transformar em bagatela um fato penalmente reprovável.

Por fim, diz Luiz Flávio Gomes que o princípio da irrelevância penal do fato exige desvalor ínfimo da culpabilidade e outros requisitos *post factum* que conduzem ao entendimento de desnecessidade de pena no caso concreto.

Os chamados requisitos *post factum*, segundo o autor, seriam as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do CP. Ocorre que grande parte dos principais indicadores desse artigo dizem respeito ao desvalor da ação (“motivos” e “circunstâncias” do crime, “comportamento da vítima”) ou do resultado (“consequências do crime”), desvalores esses que pertencem ao tipo (ROXIN, 1997, p. 319 e ss.; WELZEL, 1956, p. 70 e ss.) e, portanto, servem para fundamentar o juízo de insignificância, e não de irrelevância, segundo a distinção traçada pelo próprio autor. Além do mais, o desvalor ínfimo da culpabilidade e as demais considerações sobre a necessidade de pena, já se disse, são componentes da teoria do delito, servindo como excludente de exculpação, e não como meros motivos para isenção de pena; outrossim, como parte integrante da teoria do delito, sequer poderiam ser levados em consideração para a aplicação dele, já que ele só teria incidência na teoria da pena.

Somado a tudo isso, não julgamos ser correto, seja do ponto de vista político-criminal, seja por considerações de prevenção geral, estender o tratamento excepcional dado aos delitos bagatelares a crimes cujo desvalor da ação e resultados não podem ser postos em dúvida razoável, tais como o roubo (art. 157 do CP), como pretende Luiz Flávio Gomes. Isso não seria consentâneo com a missão de proteção de bens jurídicos desempenhada pelo Direito Penal. Nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não é possível se entender que haja “lesividade socialmente irrelevante”, pois qualquer lesão à integridade física ou à liberdade de um ser humano deve ser reprimida, por mais ínfima que possa parecer.

Trata-se de valores protegidos constitucionalmente (art. 5º, *caput*, da CRFB), que integram o cerne da dignidade da pessoa humana, valor erigido a fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB) e que não podem ser violados por outrem, salvo quando presente justificativa constitucional para tanto, o que, é despiendo lembrar, não ocorre nos casos de ilícito penal.

## 6 Conclusão

O princípio da subsidiariedade do direito penal e a sua missão de proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal, elevados a lugar de destaque no sistema funcionalista de delito, fazem surgir a possibilidade de se excluir a tipicidade material (ou a punibilidade) dos fatos que não provoquem lesão considerável ao bem jurídico tutelado.

O suposto princípio da irrelevância penal do fato, trazido à baila por Luiz Flávio Gomes, peca por não possuir bases dogmáticas sólidas, o que finda por retirar qualquer relevância: o que ele possui de acertado, nada mais é que mera duplicação do princípio da insignificância, o qual já resolve satisfatoriamente os casos concretos; no que ele possui de equivocado, melhor seria que ele não existisse, sob pena de proteção deficiente da dignidade da pessoa humana, de sua integridade e liberdade física.

É necessário, então, abandonar-se a ideia de tal princípio, restando ao operador do direito a análise apenas da existência de insignificância penal, por meio dos requisitos já fixados jurisprudencialmente, tudo de forma a compatibilizar de maneira ótima o princípio da subsidiariedade e dignidade

do bem jurídico penal com o poder-dever de punir do Estado e o princípio da proporcionalidade em sua faceta de vedação à proteção deficiente.

**“Principle of criminal irrelevance of fact”, principle of insignificance and crimes of bagatelles: necessary distinction or untimely creation?**

**Abstract:** This article deals with the Principle of Criminal Irrelevance of Fact and the Principle of Insignificance, which would, in theory, applicable to cases of so-called “crimes of bagatelles.” Along these lines, discusses the issue up with the following question: the so-called Principle of Criminal Irrelevance of Fact should be seen as a true principle of criminal law and applicable to specific cases? After performing a preliminary analysis about both institutes, the article introduces a discussion on the subject, pointing the need to deny the application of the Principle of Criminal Irrelevance of Facts, because this principle has not solid dogmatic bases. In addition, the article includes a theoretical doctrine founded on the most modern criminal law, follows the guidelines of the deductive method and uses the literature search as data collection technique. This is a review article.

**Keywords:** Principle of Irrelevant Criminal Fact. Principle of Insignificance. Trifle’s Crime. Legal Guardianship.

## Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal**

**contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal: parte geral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español: parte general.** 2 ed. Madrid: Technos, 1981.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral.** Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Questões do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** Vol. I. Tomo I. 4 ed. São Paulo: M. Limonad, s/d.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras**

**excludentes da tipicidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). **Temas de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Muñoz, Francisco. **Introducción a La criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais.** Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.** Madrid: Civitas, 2003. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez.

\_\_\_\_\_. **Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional.** Madrid: Editorial Civitas, 1996.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal: parte geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 1985.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1954.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. Santiago. **Introducción A Las Bases Del Derecho Penal.** 2 ed. Buenos Aires: Ed. B de F , 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

REIS, Marco Antônio Santos. O Injusto Penal e os Elementos Subjetivos de Justificação. **Discursos Sediosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 47-77, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?** In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisdicional**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito**

“Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?

**Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VICO MAÑAS, Carlos. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações.** São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

## Responsabilidade civil hospitalar: entre a jurisprudência e o atuar ministerial

Maurílio Casas Maia\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares. 2.1 Responsabilidade pela adequação dos serviços tipicamente hospitalares. 2.2 Responsabilidade hospitalar em decorrência de ato tipicamente médico. 2.3 Responsabilidade por ato de médico desvinculado. 3 Peculiaridades da responsabilidade hospitalar em decorrência de atos tipicamente médicos. 4 O Ministério Público e as lides envolvendo a responsabilidade civil médico-hospitalar. 5 Notas conclusivas. Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil dos hospitais a partir de uma perspectiva eminentemente jurisprudencial, principalmente através da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça – intérprete maior da legislação federal –, além de outros tribunais brasileiros, com a finalidade de fixar os contornos gerais e peculiaridades desse tema. Em seguida, relacionam-se as demandas de responsabilização civil dos hospitais ao atuar do Ministério Público, especialmente nos casos envolvendo incapazes, infecções hospitalares generalizadas,

---

\* Professor Universitário (UFAM) e Defensor Público (DPE-AM). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduado lato sensu em Direito Público e em Direitos Civil e Processual Civil. Ex-assistente jurídico de desembargador (TJAM) e ex-advogado militante.

ofensa a direitos indisponíveis e crimes em potencial. Ao fim, conclui-se que a oitiva do Ministério Público nas ações civis de responsabilização contra os Hospitais pode garantir maior eficácia à efetivação das atribuições constitucionalmente reservadas ao *Parquet*.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Hospitais. Jurisprudência. Ministério Público.

## 1 Introdução

A judicialização do direito à saúde e da saúde tem sido pauta de diversos livros, artigos, congressos e seminários por todo o Brasil<sup>1</sup>, isso porque a saúde é um dos direitos sociais mais frequentemente demandados pelos cidadãos e, não raramente, a busca pela saúde finda por bater às portas do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Privada e, por fim, do Poder Judiciário.

Nessa senda, os hospitais – enquanto entes apropriados à efetivação da saúde –, são alvos frequentes de demandas decorrentes de falhas no atendimento causadoras de danos ao

---

<sup>1</sup> Exemplificativamente, cite-se o “II Seminário de Direito Público do MP-AM: O direito à saúde”, realizado pelo Ministério Público do Estado do Amazonas em 27/11/2013, o qual trouxe à capital amazonense diversas autoridades de múltiplas localidades do país, tais como o vice-presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), Carlos Vital Corrêa Lima, e a promotora de Justiça no estado do Ceará, Isabel Maria Salustiano Arruda Pôrto, conforme detalhado no seguinte trabalho: MAIA, Maurilio Casas. O Direito à Saúde, a Medicina, a Mídia e o Direito no Amazonas. *Informativo Jurídico do UniNorte - Laureate International Universities*, Manaus, vol. 9, p. 5-7, Dez. 2012. Acesso em: 30 Jul. 2013. Disponível em: <[http://www.slideshare.net/UniNorte\\_Manus/uninorte-juridico-9](http://www.slideshare.net/UniNorte_Manus/uninorte-juridico-9)>.

paciente. Na origem, trata-se de ações cujo germe se lastreia em acusações de erros cometidos pelos médicos enquanto prepostos nosocomiais, infecções hospitalares<sup>2</sup>, falhas na hospedagem hospitalar, negativa indevida de realização de procedimento emergencial e tantos outros.

Face à inexorável importância social da temática, indaga-se: O Ministério Público deve ser ouvido nas demandas de responsabilização civil hospitalar entre particulares? Para responder tal questão, perquirir-se-ão no presente trabalho os pressupostos da responsabilidade clínica, a partir da distinção entre o dano provocado por ato tipicamente médico e por serviço hospitalar em sentido estrito. Ademais, não será olvidado o debate sobre a responsabilidade hospitalar por atos de médicos desvinculados e as peculiaridades da responsabilidade hospitalar por atos tipicamente médicos. Ao fim, demonstrar-se-á a importância da oitiva ministerial nas lides que versam sobre o tema em análise.

Por derradeiro, esclareça-se que, longe de esgotar o assunto, o presente trabalho tem cunho eminentemente prático,

---

<sup>2</sup> A questão das infecções hospitalares é deveras importante para fins de saúde pública. A título de amostragem, consigna-se que, em agosto de 2010, noticiou-se a ocorrência de surtos de infecções hospitalares pelo Brasil, com 78 casos concentrados em hospitais particulares de Manaus (AM) e em Carazinho (RS). Nesse sentido ver a seguinte matéria: Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/08/brasil-tem-78-casos-suspeitos-de-micobacterias.html>>. Acesso em: 30 Jul. 2013. Mais recentemente, em dezembro de 2012, noticiou-se que a “*acinetobacter*” – bactéria gram-negativa responsável por infecções hospitalares –, teria infectado e levado 5 (cinco) pacientes a óbito em hospitais de Manaus(AM). Disponível em: <<http://www.d24am.com/noticias/saude/em-manaus-enfermeiros-do-hps-dr-joao-lucio-estao-preocupados-com-infeccao-hospitalar/76672>>. Acesso em: 30 Jul. 2013. As notícias supracitadas demonstram que o fantasma da infecção hospitalar ronda o país de norte a sul, merecendo toda atenção dos poderes públicos em seus respectivos âmbitos de competência.

de modo que seu embasamento se dará predominantemente pela jurisprudência brasileira – especialmente àquela emanada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, a fim de que este material possa servir de esteio aos mais variados operadores do direito no universo forense.

## 2 Responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares

No âmbito das relações de saúde abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), as sociedades empresárias hospitalares podem ser responsabilizadas em decorrência de (I) ato próprio decorrente da falha na prestação de seus serviços; (II) ato de terceiro. Sobre o tema, vale conferir a *classificação tripartite* das eventuais fontes geradoras da responsabilidade nosocomial realizada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 1145728/MG, confira-se:

- (...) 1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:
- (i) as *obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar* limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por *ato próprio*) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);
  - (ii) os *atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital* são imputados ao profissional pessoalmente, *eximindo-se* a entidade hospitalar de qualquer

responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), *se não concorreu* para a ocorrência do dano;  
(iii) quanto aos *atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados* de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por *ato de terceiro*, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). (...) (REsp 1145728/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 28/6/2011, DJe 8/9/2011, grifo nosso).

Dessa maneira, segundo o entendimento acima apresentado, o nosocômio responderá pela adequação dos serviços prestados, seja em relação aos *recursos humanos* (médicos, dos demais profissionais de saúde e de outros auxiliares) ou em relação aos *recursos materiais*, afastando-se, em princípio, sua responsabilidade por atos de médicos não vinculados, salvo se tiver concorrido para a ocorrência do evento danoso. Em cada situação, a responsabilidade hospitalar comporta peculiaridades que não passam despercebidas pela jurisprudência superior, conforme será visto mais à frente.

## **2.1 Responsabilidade pela adequação dos serviços tipicamente hospitalar**

No mercado de consumo, a responsabilidade nosocomial

por ato próprio se cinge, principalmente, à adequação dos serviços prestados, seja em relação aos recursos humanos ou em relação aos recursos materiais. Nesse caso, a responsabilidade a ser aferida é objetiva, perquirida sem análise do elemento subjetivo, a culpa, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Dessa maneira, a cadeia de serviços nosocomiais<sup>3</sup>, pela qual o ente hospitalar se responsabiliza, inclui o fornecimento de centro cirúrgico, de equipe técnica, medicamentos, hotelaria<sup>4</sup>, além dos serviços médicos propriamente ditos.

Nesse quadro, por exemplo, o ente hospitalar tem o dever de supervisionar as necessidades da saúde do paciente, promovendo o devido acompanhamento do paciente e efetivamente prestando o serviço adequado por meio de seus prepostos. Destarte, não supervisionar as necessidades do enfermo pode caracterizar negligência hospitalar, fato gerador de responsabilidade nosocomial por “ato próprio”, conforme foi mencionado no Recurso Especial nº. 1145728/MG, retrotranscrito.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso

---

<sup>3</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas já apresentou pequena lista de alguns serviços tipicamente hospitalares: “(...) estadia do paciente, a internação, as instalações, equipamentos ou outros serviços auxiliares (...)” (trecho de voto da relatora, TJ/AM, Apelação Cível nº. 2011.000872-5, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, j. 25/5/2011).

<sup>4</sup> “(...) A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. (...)”. (REsp 1216424/MT, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011).

Especial nº. 1173058/DF<sup>5</sup>, implicitamente entendeu – lastreado no enunciado 283<sup>6</sup> do Supremo Tribunal Federal –, existir negligência pelo não acionamento de médico plantonista e enfermeiro obstétrico em situação de emergência como fundamento bastante para a caracterização da responsabilidade nosocomial por consequentes lesões físicas e neurológicas irreversíveis à criança. Também se considerou ato negligente a ausência de atenção hospitalar hábil a reconhecer e tratar tempestivamente quadro depressivo que acometeu paciente internado com câncer ao suicídio, conforme consta do Recurso Especial 494.206/MG<sup>7</sup>. Portanto, tratou-se nos retrocitados casos de responsabilidade em decorrência do mau funcionamento do serviço hospitalar em sentido estrito.

## **2.2 Responsabilidade hospitalar em decorrência de ato tipicamente médico**

Excluídos os serviços tipicamente hospitalares já

---

<sup>5</sup> “(...) 1. O fundamento do acórdão recorrido, qual seja, o fato de haver negligência do hospital em acionar plantonista e enfermeira obstétrica diante da situação de emergência não foi rebatido nas razões do especial, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. 2. Entender de maneira diversa, pela ausência de culpa própria do hospital - cuja conduta implicou omissão de socorro -, demanda o revolvimento de todo o suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 desta Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. (...)” (REsp 1173058/DF, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/11/2011, DJe 1/2/2012).

<sup>6</sup> “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (Enunciado 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal).

<sup>7</sup> “(...) Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte do hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências. (...)” (REsp 494.206/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 16/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 361).

apresentados, há ainda os atos de responsabilidade da técnica médica causadores de dano ao paciente, os quais são perquiridos em desfavor do hospital independentemente da culpa nosocomial. Nesse sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 801.691/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011<sup>8</sup>; REsp 696.284/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009; REsp 883.685/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 5/3/2009, DJe 16/3/2009; REsp 400.843/RS, Rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 17/2/2005, DJ 18/4/2005, p. 304; REsp 259.816/RJ, Rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 22/8/2000, DJ 27/11/2000, p. 171.

Nessa senda, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas também não diverge do entendimento segundo o qual a responsabilidade hospitalar se dará de forma objetiva, à luz do artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse mesmo sentido, citam-se ainda os seguintes julgados: Apelação Cível nº. 2011.002658-9, Rel. Des. Cláudio Roessing, 3ª Câmara Cível, j. 19/11/2011<sup>9</sup>; Apelação Cível nº. 2011.000872-5, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo,

---

<sup>8</sup> “(...) 1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes. (...)”. (REsp 801.691/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011).

<sup>9</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. LESÃO CAUSADA DURANTE CIRURGIA REALIZADA NO HOSPITAL APELANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (...)” (TJ-AM, Rel. Des. Cláudio Roessing, Apelação Cível nº. 2011.002658-9, 3ª Câmara Cível, j. 19/11/2011).

j. 25/5/2011<sup>10</sup>.

Destarte, não se pode falar na perquirição de culpa hospitalar quando for analisada a responsabilidade civil nosocomial em decorrência de ato culposo de médico vinculado à Instituição.

### **2.3 Responsabilidade por ato de médico desvinculado**

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela necessidade de prova da falha na prestação do serviço hospitalar para que seja apurada a responsabilidade do estabelecimento de saúde quando o evento danoso for originado de médico desprovido de vínculo de preposição.

Nessa esteira de raciocínio, a Segunda Seção do Tribunal da Cidadania, no julgamento do Agravo Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 351.178/SP<sup>11</sup>, firmou duas premissas para fins de apuração da responsabilidade

---

<sup>10</sup> “(...) 1. A responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, bastando à vítima comprovar a existência do dano e do nexo de causalidade entre a conduta deficiente do hospital e o prejuízo experimentado. 2. A responsabilidade do hospital está diretamente ligada ao serviços prestados, portanto, o dano deve encontrar relação com a estadia do paciente, a internação, as instalações, equipamentos ou outros serviços auxiliares. 3. Não havendo correlação entre o dano e os serviços disponibilizados pela clínica, não há porque condená-la por danos morais. 4. Apelação conhecida e provida.” (TJ/AM, Apelação Cível nº. 2011.000872-5, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, j. 25/5/2011).

<sup>11</sup> “(...) AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE HOSPITALAR POR AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E DE VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO COM OS MÉDICOS (CIRURGIÃO E ANESTESISTA) CUJA CULPA FORA RECONHECIDA. (...) 2. Reconhecimento pelo acórdão embargado da ausência de responsabilidade da associação hospitalar por inocorrência de falha na prestação dos serviços e inexistência de vínculo entre a instituição e os profissionais a que se imputou o erro médico. (...)” (AgRg nos EREsp 351.178/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 28/3/2012, DJe 31/5/2012).

hospitalar: (I) Análise de eventual falha na prestação do serviço hospitalar em sentido estrito (não médico); (II) Existência de vínculo de preposição ou subordinação em relação ao médico que praticou o ato culposo gerador de dano ao paciente.

Dessa maneira, para o Tribunal da Cidadania é possível que se afaste a responsabilidade hospitalar quando o esculápio, embora se utilizando da base física da unidade nosocomial, não guarde qualquer vínculo de preposição para com o Hospital. Com tal razão, os seguintes julgados: REsp 764.001/PR<sup>12</sup>, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 4/2/2010, DJe 15/3/2010; REsp 1216424/MT, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011<sup>13</sup>; REsp 908359/SC, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008. Neste último julgado<sup>14</sup>, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que o cadastro de médicos utilizadores das instalações hospitalares não caracteriza, *per se*, nenhum vínculo de

---

<sup>12</sup> “CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 17/12/2008). II. Recurso especial não conhecido.” (REsp 764.001/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 4/2/2010, DJe 15/3/2010).

<sup>13</sup> “(...) 1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam *sem vínculo* de emprego ou subordinação. Precedentes. (...) (REsp 1216424/MT, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011, g.n.).

<sup>14</sup> “(...) O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. (...)”. (REsp 908359/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008).

subordinação médico-hospital.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, aparentemente excepcionando a regra da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço<sup>15</sup>, tem entendido inexistir responsabilidade puramente objetiva do nosocômio, quando o evento danoso decorrer de médico sem vínculo de subordinação ou de preposição com a instituição hospitalar.

### **3 Peculiaridades da responsabilidade hospitalar em decorrência de atos tipicamente médicos**

Diversamente da obrigação nosocomial, a responsabilidade médica é de índole subjetiva, apurada mediante aferição da culpa nos termos do § 4º <sup>16</sup> do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de verdadeira “regra de exceção” no sistema consumerista, conforme leciona Rui Stoco<sup>17</sup>.

Dessa maneira, é ainda preciso ponderar que a responsabilidade do médico, em regra, é analisada pressupondo-se que sua obrigação é de empregar todos os cuidados necessários

---

<sup>15</sup> “(...) foi analisado o tipo de responsabilidade que recaía sobre a prestação de serviços médicos, se subjetiva ou objetiva, prevalecendo o entendimento que *os hospitais não poderiam responder objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital.*” (Trecho de voto da Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 1216424/MT, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011, g.n.).

<sup>16</sup> Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

<sup>17</sup> “Como a responsabilidade pessoal do médico pela prestação de serviços deve ser apurada mediante culpa, por força de regra de exceção do art. 14, § 4º, do CDC (...)”. (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2011, p. 643).

para o sucesso do tratamento, sem obrigar-se pelo alcance do resultado<sup>18</sup>. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp 236708/MG<sup>19</sup>, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado - TRF-1<sup>a</sup>), 4<sup>a</sup> Turma, j. 10/2/2009, DJe 18/5/2009; REsp 1184932/PR<sup>20</sup>, Rel. Min. Castro Meira, 2<sup>a</sup> Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/02/2012; REsp 1104665/RS<sup>21</sup>, Rel. Min. Massami Uyeda, 3<sup>a</sup> Turma, j. 9/6/2009, DJe 4/8/2009; AgRg

---

<sup>18</sup> “(...) 2. *A obrigação do médico, em regra, é de meio*, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos de que dispõe – elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente –, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, *o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual*, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. (...)” (REsp 992.821/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4<sup>a</sup> Turma, j.14/8/2012, DJe 27/8/2012, g.n.).

<sup>19</sup> “(...) 2. *A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios*, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o *compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura*. (...)” (REsp 236708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1<sup>a</sup> região), 4<sup>a</sup> Turma, j. 10/2/2009, DJe 18/5/2009, g.n.).

<sup>20</sup> “(...) 2. *O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim* (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), *o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva*, portanto. (...)” (REsp 1184932/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2<sup>a</sup> Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/2/2012, g.n.).

<sup>21</sup> “(...) I - *A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral* (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), *obrigação de meio*, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, *tratando-se de responsabilidade subjetiva*; (...)” (REsp 1104665/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3<sup>a</sup> Turma, j. 9/6/2009, DJe 04/08/2009, g.n.).

no Ag 1402439/RS<sup>22</sup>, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3<sup>a</sup> Turma, j. 27/3/2012, DJe 10/4/2012.

Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, entende também ser necessária a leitura da responsabilidade médica a partir da noção de obrigação de meio. Assim, decidiu a Corte Estadual que a “*responsabilidade contratual médica não depende dos resultados, restringindo-se à necessidade de utilização de todos os meios disponíveis*”<sup>23</sup>.

Assim, para a aferição da quebra da obrigação de meio do esculápio é preciso perquirir sua culpa em sentido amplo, em quaisquer de suas modalidades. A culpa, portanto, é pressuposto inarredável da responsabilidade subjetiva do médico por descumprimento de suas obrigações contratuais. Com essa razão, em prol da busca da verdade real no caso de suposta falha do facultativo, o Tribunal Amazonense inclusive ponderou ser “*indispensável, no caso de ação para responsabilização por erro médico,*

---

<sup>22</sup> “(...). RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS PREPOSTOS. (...)”. (AgRg no Ag 1402439/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3<sup>a</sup> Turma, j. 27/3/2012, DJe 10/4/2012, g.n.).

<sup>23</sup> “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – OBRIGAÇÃO DE MEIO – CULPA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO: - A ação de reparação decorrente de suposto erro médico necessita de produção de prova da culpa do profissional. - A responsabilidade contratual médica não depende dos resultados, restringindo-se à necessidade de utilização de todos os meios disponíveis. - Comprovado nos autos que inexistiu imperícia, imprudência ou negligência no procedimento realizado, não se pode falar em indenização. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-AM, Apelação 2010.005008-2, Rel. Domingos Jorge Chalub, 1<sup>a</sup> Câmara Cível, j. 28/3/2011).

*a realização de perícia, a fim de constatar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia do profissional, uma vez que sua culpa não pode ser presumida*<sup>24</sup>.

Aliás, questão pertinente é saber se, firmada a responsabilidade do médico como subjetiva – por ter como pressuposto a conduta culposa por descumprimento de seus deveres profissionais –, a obrigação de meio do facultativo transmuda-se em obrigação de resultado sob a perspectiva objetiva da responsabilidade nosocomial.

Pois bem, sobre o tema, registra-se que o regime de responsabilidade, seja ele de ordem subjetiva ou objetiva, repercute somente na necessidade de perquirição da culpa, mas não no tipo de obrigação contratada. Ou seja, a definição da obrigação contratual como sendo de meio ou de resultado, não depende do regime de responsabilidade. Nessa linha de raciocínio, traz-se trecho de voto do Ministro Luís Felipe Salomão no Recurso 992.821<sup>25</sup>:

(...) a *responsabilidade objetiva* da sociedade empresária do ramo da saúde *não equivale à imputação de uma obrigação de resultado*, mas apenas lhe impõe o dever de indenizar quando o evento danoso proceder de defeito do serviço, sendo cediça a imprescindibilidade do nexos causal entre a conduta omissiva ou comissiva e o resultado (...).

---

<sup>24</sup> “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE MEIO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA: - Mostra-se indispensável, no caso de ação para responsabilização por erro médico, a realização de perícia, a fim de constatar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia do profissional, uma vez que sua culpa não pode ser presumida. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (TJ-AM, Apelação Cível n. 2009.004294-0, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, 2ª Câmara Cível, j. 24/9/2012).

<sup>25</sup> REsp 992.821/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 14/8/2012, DJe 27/8/2012, g.n.

Da mesma maneira, o Tribunal da Cidadania ressaltou ainda que o “reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital *não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado (...)*”, nos termos do entendimento exarado no Recurso Especial nº. 1216424/MT<sup>26</sup>.

A tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça tem por finalidade evitar que a obrigação de meio do médico, se descumprida, transmude-se em obrigação de resultado da qual seria impossível ao nosocômio escapar de responsabilização, como se o hospital fosse verdadeiro segurador universal para infortúnios médicos. Com tal razão ditou a Corte Superior:

(...) No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. (...)”. (REsp 908.359/SC, Rel. Min.N Nancy Andrigui, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008).

Dessa maneira, agora trazendo polêmica ao debate, é preciso pontuar que, se a obrigação médica consiste em buscar todos os meios possíveis para a melhoria do quadro clínico do paciente, faz-se imprescindível a análise da conduta culposa do esculápio mesmo quando se tratar da responsabilidade objetiva do ente hospitalar – isso quando, repita-se, tratar-se de

<sup>26</sup> REsp 1216424/MT, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011, g.n.

responsabilidade hospitalar em decorrência de dano causado por suposta falha médica.

Oportunamente, registra-se que apesar de ser objetiva a responsabilidade do hospital, quando a falha na prestação de serviço for decorrente do ato médico, a culpa deste – e não a do nosocômio –, será relevante para fins de apuração do liame de causalidade entre a atividade hospitalar e o dano suportado pelo paciente. É o fenômeno que se convencionou chamar de *responsabilidade objetiva mitigada*<sup>27</sup>.

Nessa via, ditou o Superior Tribunal de Justiça: “*Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1º, CDC (...)*”. (REsp 605.435/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/9/2009, DJe 16/11/2009). No mesmo sentido, o seguinte julgado da Corte Superior: REsp 696.284/RJ<sup>28</sup>, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009.

Portanto, pode-se afirmar que a responsabilidade hospitalar pode derivar de serviços tipicamente nosocomiais ou tipicamente médicos, não sendo possível imputar a responsabilidade ao hospital se, concomitantemente, (I) inexistente

<sup>27</sup> VASCONCELOS, Fernando Antônio. MAIA, Maurilio Casas. Algumas Peculiaridades da relação de consumo médico-paciente na visão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio (Coord.). DURÃES, Hebert Vieira (Org.). *Temas Relevantes de Direito do Consumidor*: doutrina e jurisprudência. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 56-61.

<sup>28</sup> “(...) 2.- *A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que é dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. (...)*” (REsp 696.284/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009, g.n.).

falha nos serviços tipicamente hospitalares e (II) não foi detectado qualquer defeito na atuação médica. Nesse sentido, há julgado da Corte Amazonense, no qual a relatora lançou em seu voto que:

*“(...) não sendo constatado erro médico nem defeito na prestação do serviço, não se pode dar guarida à tese que exclui a culpa dos médicos mas, ao mesmo tempo, admite a responsabilidade do hospital, sem apontar um nexo de causalidade entre a eventual atividade irregular exercida na clínica e o dano causado ao paciente. (...)”* (trecho de voto do relator, (TJ)/AM, Apelação Cível nº. 2011.000872-5, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, j. 25/5/2011, g.n.).

Destarte, pode-se firmar que embora a responsabilidade hospitalar seja objetiva, quando o evento danoso decorrer de atividade tipicamente médica, o elemento culpa relacionando ao profissional liberal médico deverá ser perquirido a fim de fixar nexo de causalidade entre o ato culposo do preposto do nosocômio e o dano suportado pelo paciente, em verdadeira responsabilidade objetiva mitigada.

#### **4 O Ministério Público e as lides envolvendo a responsabilidade civil médico-hospitalar**

Pois bem, analisada e interpretada a visão do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade civil hospitalar, parte-se à perquirição de eventual interesse do Ministério Público nas lides envolvendo tal tema à luz de julgados que possam ilustrar tais situações.

Nesse diapasão, cita-se julgado oriundo do Tribunal de

Justiça do Rio Grande do Sul<sup>29</sup>, no qual foi apurada a ocorrência de suposto erro médico em decorrência de atitude negligente consistente na falta do uso de medicamento anticoagulante (heparina) antes da cirurgia, acarretando danos ao paciente menor. Nesse caso, o Tribunal Gaúcho entendeu por cassar oficiosamente a sentença graças à ausência de intimação ministerial para atuação no feito, na condição de fiscal da lei, nos termos exigidos pelo Código de Processo Civil (CPC), não obstante o menor houvesse decaído somente em parte mínima dos pleitos postulados – no caso, o pedido de pensão alimentícia não foi deferido integralmente. No precedente sobredito, o fato do paciente ser menor incapaz foi considerado como fator atrativo da intervenção ministerial – nos termos do inciso I, do artigo 82, do Estatuto Processual Civil –, e a sucumbência mínima tratada como um prejuízo suficiente para a decretação

---

<sup>29</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DEMANDA COM INTERESSE DE MENOR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. 1. Envolvendo a causa interesse de menor, a teor do disposto nos arts. 82, I, e 83, I e II, do Código de Processo Civil, é necessária a intervenção do Ministério Público sob pena de nulidade do feito. Nulidade cominada nos arts. 84 e 246 do CPC. 2. No caso concreto, o Parquet deixou de ser intimado para intervir no feito desde o despacho de fl. 644, não tendo a oportunidade de manifestar-se sobre o conjunto probatório - que, sublinho, é bastante vasto e complexo nesta demanda. 3. Imperativa a desconstituição da sentença e a decretação de nulidade do feito desde o despacho de fl. 644, devendo os autos retornarem à origem para que procedida a intimação do Órgão Ministerial, prosseguindo, então, sua regular tramitação.(...)”. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70042964015, 9ª Câmara Cível, Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira, J.19/10/2011).

da nulidade exposta nos artigos 84<sup>30</sup> e 246<sup>31</sup> do mesmo Código.

Com base ainda na incapacidade da vítima de erro médico-hospitalar, há também precedente do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>32</sup> pelo qual se entendeu como legítimo o agente ministerial para aforar ação em favor de paciente menor e recém-nascido que teria sido alvo de erro médico e consequente paralisia cerebral decorrente de retardamento indevido do parto. Em tal situação, embora a ação tenha sido julgada improcedente por ausência de provas contra o esculápio, o precedente traz relevante contribuição para fins de legitimação do *Parquet* nas lides em que é pleiteado tratamento médico por força de suposto erro médico.

---

<sup>30</sup> CPC, Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

<sup>31</sup> CPC, Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

<sup>32</sup> “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. DIREITO INDISPONÍVEL. TRATAMENTO MÉDICO. (...). ERRO MÉDICO. PROVA INSUFICIENTE. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação em favor de menor absolutamente incapaz quando se trata de direito indisponível. (...). Diante das várias causas possíveis para a paralisia cerebral e não demonstrado retardo culposo do parto pelo médico, o conjunto probatório é insuficiente para evidenciar nexos causal entre a conduta do profissional e a moléstia do autor. (TJ-PR, AC: 4752787 PR 0475278-7, Relator: Vitor Roberto Silva, Data de Julgamento: 20/11/2008, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 56).

Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>33</sup> afastou a necessidade de oitiva do Ministério Público como fiscal da lei quando as partes forem maiores e capazes. Entretanto, acredita-se que outros fatores além da capacidade das partes interessadas devem ser observados a fim de se definir, com retidão, a necessidade ou não da intervenção do *Parquet* nas lides envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar.

Nesse sentido, entende-se que a oitiva ministerial no caso sob análise é sempre recomendável ante à possibilidade do dano médico-hospitalar atingir bens indisponíveis dos pacientes hipervulneráveis<sup>34</sup>, assim como por força do envolvimento do fato com serviços de interesse coletivo (serviço de saúde) e ainda porque eventualmente tais falhas poderão ser caracterizadas enquanto ilícito penal.

Explica-se: na prática, a regra é que as lides que tratam sobre o dano médico-hospitalar pressuponham dano a bens da personalidade e direitos fundamentais indisponíveis do paciente hipervulnerável, de modo a atrair o interesse do *custos legis* e, eventualmente, a legitimidade ministerial para propositura

---

<sup>33</sup> “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (...) INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE (...) Inocorrentes as hipóteses previstas no art. 82 do CPC, e versando a demanda sobre direito individual disponível – obrigação de indenizar –, entre partes maiores e capazes, desnecessária a intervenção do Ministério Público. A atividade médica é uma atividade de meios e não de fins. O mau resultado em tratamento médico, quando oriundo do risco provável e inevitável do procedimento, não pode ser atribuído ao profissional ou à entidade hospitalar, sem que reste inequivocamente demonstrada a culpa comissiva ou omissiva dos mesmos”. (TJ-MG, 100240006347820011 MG 1.0024.00.063478-2/001(1), Relator Tarcísio Martins Costa, data de julgamento 17/4/2007, p. 28/4/2007).

<sup>34</sup> Sobre a hipervulnerabilidade do paciente consultar a seguinte pesquisa: MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 203-232, Mar.-Abr. 2013.

de ações versando até mesmo sobre direitos individuais indisponíveis<sup>35</sup>.

Os casos de responsabilidade civil dos nosocômios envolvendo *infecção hospitalar*, por exemplo, podem trazer consigo a necessidade de apuração do bom funcionamento do serviço de saúde prestado à população e aos consumidores em geral, de modo que uma simples intervenção ministerial em ações individuais de responsabilização civil pode representar o estopim para o trabalho do *Parquet* que culmine na propositura de inquéritos civis e ações civis públicas para a tutela de direitos individuais e do bom funcionamento dos serviços prestados pelos hospitais a todos os cidadãos – tudo em harmonia com as atribuições constitucionais dos órgãos ministeriais<sup>36</sup>. Exemplificativamente, cita-se aqui o Tribunal de Justiça do Pará (TJPA)<sup>37</sup> que entendeu existir legitimidade ministerial para a propositura da Ação Civil Pública tratando de ofensa à saúde dos consumidores em decorrência de infecção hospitalar, graças

---

<sup>35</sup> Tal temática foi perquirida em maiores detalhes no seguinte artigo: MAIAMAIAMaia, Maurilio Casas. O Direito à Saúde, a atuação do Ministério Público e a visão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 13, p. 247-264, 2012.

<sup>36</sup> Constituição, Art. 129. “(...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos *serviços de relevância pública* aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o *inquérito civil e a ação civil pública*, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

<sup>37</sup> “Ementa: agravo de instrumento. direito do consumidor. ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade ativa. Boa-fé objetiva. Justiça contratual. Responsabilidade objetiva do prestador do serviço. Infecção hospitalar. Ônus da prova. Inversão. Fato do serviço. Tutela antecipada. Fornecimento de medicamentos. Recurso improvido. (...). *Tais circunstâncias, além da repercussão social que o problema teve em nossa cidade, certamente, fizeram com que o Ministério Público ingressasse com a respectiva ação civil pública - ACP.* (...)”. (TJ-PA, Nº do acórdão 65124, Agravo de Instrumento 200530037206, Rel. Eliana Rita Daher Abufaiad, 4ª Câmara Cível Isolada, publicação 7/3/2007, cad. 2, pág.7).

à *dimensão social do dano*<sup>38</sup>.

Por fim, pondera-se que a titularidade ministerial quanto às ações penais públicas (Constituição, artigo 129, inciso I<sup>39</sup>) também é fator que atrai a necessidade de consulta do *Parquet* na condição de fiscal da Lei na medida em que, constada a ausência notícia do fato apurado civilmente à esfera criminal do Ministério Público, titular da ação penal<sup>40</sup>, restará possibilitado ao membro atuante no ofício cível a comunicação a quem de fato possui a atribuição criminal, evitando-se o aumento da *cifra negra* e de mais um eventual crime não apurado pelos órgãos oficiais.

## 5 Notas conclusivas

Em síntese, após detida análise dos precedentes expostos durante o presente texto, faz-se possível extrair as seguintes premissas da jurisprudência do STJ acerca da responsabilidade

---

<sup>38</sup> COSTA, Fernanda Silva. Tutela Processual dos interesses individuais homogêneos pelo MP. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano XVII, n. 395, Jul. 2013, p. 51.

<sup>39</sup> Constituição, “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

<sup>40</sup> Somente para ilustrar o caso referido, cita-se caso criminal de erro médico em que o Ministério Público foi tratado como *dominus litis* e imputava ao médico-réu erro causador da morte de paciente a título de homicídio culposo: “APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. RÉUS DENUNCIADOS COMO INCURSOS NO ART. 121, §§ 3º E 4º, DO CP. ERRO MÉDICO. ABSOLVIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PLEITO DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA PARA QUE OS ACUSADOS SEJAM PRONUNCIADOS PELA PRÁTICA DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 121, CAPUT, DO CP. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DOMINUS LITIS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. RECURSO NÃO CONHECIDO. (...)”. (TJ-PR, Apelação Criminal 6528430 PR 0652843-0, Relator Denise Hammerschmidt, Data de Julgamento 12/8/2010, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 460).

civil hospitalar e do atuar do Ministério Público quanto à mesma temática:

(I) Em relação aos médicos vinculados ao nosocômio, a responsabilidade hospitalar é sempre objetiva, todavia, quando o evento danoso for decorrente de ato próprio do médico, a culpa deste representará o liame causal necessário à condenação do hospital. Em outras palavras, quando o evento danoso decorrer de atividade tipicamente hospitalar – tais como a hospedagem e serviços auxiliares –, a responsabilidade do hospital é puramente objetiva, sem a necessidade de perquirir a culpa de qualquer outro preposto. Entretanto, quando o dano se originar de ato tipicamente médico, deve-se antes perquirir a culpa do esculápio para que se determine a existência ou não de defeito na prestação do serviço, em responsabilidade que se convencionou chamar de objetiva mitigada.

(II) No que se refere aos médicos sem vínculo de subordinação ou de preposição com o nosocômio, somente haverá responsabilização hospitalar se constatada falha em seus serviços típicos e não na atividade tipicamente médica.

(III) O Ministério Público, na área cível, deverá ser consultado nas lides em que se apure a responsabilização civil médico-hospitalar não somente nas ações individuais que versem sobre o interesse de incapazes, como também naquelas em que possam ser localizados indícios de mau funcionamento dos serviços de saúde prestados aos cidadãos – tais como nas situações de surtos de infecções hospitalares –, de lesão a direitos indisponíveis e de crimes de titularidade penal pública. Em última análise, tal medida terá o condão de garantir o pleno

exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público na área relativa à saúde, seja no âmbito cível coletivo, individual e mesmo criminal.

Em resposta à indagação proposta no início deste artigo, entende-se aqui pela obrigatoriedade de oitiva ministerial nas demandas que versem sobre a responsabilidade médico-hospitalar a fim de que cada membro do *Parquet* possa extrair do caso concreto a eventual existência de interesse do órgão, principalmente nos casos em que seja possível vislumbrar a existência de risco à saúde pública, à incolumidade dos direitos indisponíveis, ao interesse de incapazes e quando houver potencial ocorrência de crime sujeito à Ação Penal Pública.

### **Liability of the hospitals: Between the Jurisprudence and the work of public prosecutors**

**Abstract:** This article aims to analyze the liability of hospitals from a jurisprudential perspective eminently, mainly starting from decisions the Superior Court of Justice - greatest interpreter of federal law - as well as other Brazilian courts, in order to define the general contours and peculiarities of this theme. Then relate the actions of civil responsibility against the hospitals with the work of prosecutor, especially in cases involving incapacitated, hospital infection widespread, offense to unavailable rights and potential crimes. At the end, it is concluded that the participation of the Public Prosecutor accountability in civil actions against hospitals may provide greater efficacy to effect the duties constitutionally assigned to the Parquet.

**Keywords:** Liability. Hospitals. Jurisprudence. Public Prosecutor.

## Referências

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. **Apelação Cível n. 2009.004294-0**, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, 2ª Câmara Cível, j. 24/9/2012.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível 2010.005008-2**, Rel. Domingos Jorge Chalub, 1ª Câmara Cível, j. 28/3/2011.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº. 2011.002658-9**. Rel. Des. Cláudio Roessing. 3ª Câmara Cível, j. 19/11/2011.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível nº. 2011.000872-5**, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, j. 25/5/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 764.001/PR**, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 4/2/2010, DJe 15/3/2010.

\_\_\_\_\_. **REsp 400.843/RS**, Rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 17/2/2005, DJ 18/4/2005, p. 304;

\_\_\_\_\_. **REsp 236708/MG**, Rel. min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1ª região), 4ª Turma, j. 10/2/2009, DJe 18/05/2009.

\_\_\_\_\_. **REsp 1184932/PR**, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/2/2012.

\_\_\_\_\_. **REsp 883.685/DF**, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 5/3/2009, DJe 16/3/2009.

\_\_\_\_\_. **REsp 494.206/MG**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 16/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 361.

\_\_\_\_\_. **REsp 605.435/RJ**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j.

22/9/2009, DJe 16/11/2009.

\_\_\_\_\_. **REsp 1145728/MG**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 28/6/2011, DJe 8/9/2011.

\_\_\_\_\_. **REsp 908359/SC**, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008.

\_\_\_\_\_. **REsp 992.821/SC**, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 14/8/2012, DJe 27/8/2012.

\_\_\_\_\_. **REsp 1173058/DF**, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/11/2011, DJe 1/2/2012.

\_\_\_\_\_. **REsp 1104665/RS**, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 9/6/2009, DJe 04/08/2009.

\_\_\_\_\_. **REsp 908.359/SC**, Rel. Min. Nancy Andrigui, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008.

\_\_\_\_\_. **REsp 1216424/MT**, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011.

\_\_\_\_\_. **AgRg no Ag 1402439/RS**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 27/3/2012, DJe 10/4/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **AgRg nos EREsp 351.178/SP**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 28/3/2012, DJe 31/5/2012.

\_\_\_\_\_. **REsp 801.691/SP**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **REsp 259.816/RJ**, Rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 22/8/2000, DJ 27/11/2000, p. 171.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **REsp 696.284/RJ**, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009.

COSTA, Fernanda Silva. Tutela Processual dos interesses individuais homogêneos pelo MP. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XVII, n. 395, p. 49-51, Jul. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0024.00.063478-2/001(1)**, Relator Tarcísio Martins Costa, Data de Julgamento 17/4/2007, Data de Publicação: 28/4/2007.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Agravo de Instrumento 200530037206**, acórdão 65124, Relatora Eliana Rita Daher Abufaiad, 4ª Câmara Cível Isolada, publicação 7/3/2007, Cad.2, Pág.7.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 4752787 PR 0475278-7**, Relator: Vitor Roberto Silva, Data de Julgamento: 20/11/2008, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação DJ: 56.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal 6528430 PR 0652843-0**, Relator Denise Hammerschmidt, Data de Julgamento 12/8/2010, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação DJ: 460.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70042964015**, Nona Câmara Cível, Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 19/10/2011.

MAIA, Maurilio Casas. O Direito à Saúde, a atuação do Ministério Público e a visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas**, Manaus, v. 13, p. 247-264, 2012.

\_\_\_\_\_. O Direito à Saúde, a Medicina, a Mídia e o Direito no Amazonas. **Informativo Jurídico do UniNorte - Laureate International Universities**, Manaus, vol. 9, p. 5-7, Dez. 2012.

Acesso em: 30 Jul. 2013. Disponível em: <[http://www.slideshare.net/Uninorte\\_Manaus/uninorte-juridico-9](http://www.slideshare.net/Uninorte_Manaus/uninorte-juridico-9)>.

\_\_\_\_\_. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 203-232, Mar.-Abr. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo de Tarso Sanseverino: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2011.

VASCONCELOS, Fernando Antônio. MAIA, Maurílio Casas. Algumas **Peculiaridades da relação de consumo médico-paciente na visão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio (Coord.). DURÃES, Hebert Vieira (Org.). **Temas Relevantes de Direito do Consumidor**: doutrina e jurisprudência. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 49-65.

# Um estudo junto ao Poder Judiciário amazonense sobre a eficácia punitiva no crime de excesso de exação

Daniel Antonio de Aquino Neto\*  
Gissele Santiago Pimentel\*\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Atividade fiscal do Estado. 3 Os crimes contra a ordem tributária. 4 Excesso de exação. 5 Relatório da pesquisa de campo. 6 Conclusão. Referências.

**Resumo:** Este estudo aborda a problemática da eficácia punitiva no crime de excesso de exação na esfera do Poder Judiciário Amazonense. Tal delito é crime contra a ordem tributária, coibindo a cobrança de tributos indevidos ou devidos, porém, neste caso, exigidos por meios vexatórios. Por ser um delito pouco denunciado, raras são as ações interpostas no Poder Judiciário para a sua repressão, não significando isso que seja um crime pouco praticado. Todavia abundam as ações judiciais contra a sonegação fiscal enquanto seu oposto, o excesso de exação, quase não é punido. Uma vez que vivemos em um estado democrático de direito, por que tal discrepância? O que leva a esse tratamento mais suave às transgressões do Estado? É justamente verificando a eficácia punitiva no delito que se pode começar a resolver o problema. O objetivo principal deste estudo é demonstrar que a norma penal que criminaliza o excesso de exação não é eficaz, ou seja, ela não é aplicada. O objetivo secundário é verificar

---

\* Bacharel, Especialista e Mestre em Direito. Professor da cadeira de Teoria Geral do Direito na Universidade do Estado do Amazonas.

\*\*Graduanda em Direito da Universidade do Estado do Amazonas e pesquisa de iniciação científica (PAIC).

o porquê da discrepância de tratamento pelos mecanismos punitivos do Estado. A metodologia consistiu em análise teórica do delito, coleta de julgados junto ao Judiciário Amazonense (esfera estadual e federal na comarca da capital) para estudo de caso concreto, bem como pesquisas junto ao Ministério Público, vez que o crime é de ação penal pública, cabendo ao Ministério Público oferecer a denúncia.

**Palavras-chave:** Excesso de exação. Judiciário. Ineficácia.

## 1 Introdução

O art. 316 do Código Penal estabelece o crime de concussão, que consiste em: exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Dentro desta figura típica encontra-se o crime de excesso de exação (previsto no § 1º): Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza. Esta será a conduta penal analisada ao longo deste trabalho.

## 2 Atividade fiscal do Estado

O Estado é um ente insubstituível para a prestação de serviços que a sociedade necessita para viver em conjunto, pois sem a presença do Estado a coletividade não possuiria a organização necessária para realizar de tarefas indispensáveis como: defesa externa, manutenção da ordem interna, a função de dizer o Direito, entre outras. Tais atributos, o Estado tem o dever de realizá-los sob pena de não ser considerado Estado.

Há uma divisão dos serviços que o Estado deve prestar, classificadas em essenciais e complementares. Estes podem ser delegáveis em razão de representarem interesses secundários do Estado. Já aquelas são indelegáveis em virtude da indisponibilidade do interesse público. Os serviços complementares podem ser compreendidos como: saúde, educação, transporte público, entre outros.

Para custear todos esses serviços oferecidos pelo Estado é necessária uma correspondente fonte de financiamento que dê o apoio necessário para o desempenho das atividades públicas. E as fontes de recursos para esse apoio necessário podem derivar tanto da exploração do próprio patrimônio estatal ou da subtração de parcela da riqueza individual. O primeiro caso chamamos receitas originárias; no segundo, as receitas públicas derivadas, dentro das quais se incluem os tributos.

Logo o Estado, a partir dos tributos, retira parcela da riqueza privada. Esse poder é inerente ao Estado e decorre do seu império. Então a tributação é fato jurídico-econômico-social que transcende a vontade individual. Todos são impelidos a contribuir para a manutenção do Estado e para se fazer cumprir tal ato há uma organização pública estruturada para concretizar a atividade fiscal.

É patente que a Administração Tributária não tenha espaço para agir de forma distinta daquilo previsto em Lei. As autoridades fazendárias recebem um conjunto de poderes que lhes cabe exercer com atenção especial ao princípio da legalidade, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e até mesmo penal.

### 3 Os crimes contra a ordem tributária

Os crimes contra a ordem tributária estão previstos em legislação extravagante: a Lei 8.137/90. Não obstante o tratamento em lei específica, a doutrina considera esses crimes como espécie de crimes econômicos, ao lado dos crimes contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra o consumidor e as relações de consumo e a ordem econômica<sup>1</sup>.

Por questões didáticas, a doutrina divide os crimes contra a ordem tributária em grupos. Segundo José Paulo Baltazar Júnior<sup>2</sup>, esses delitos podem ser divididos em:

- a) Crime Tributário Aduaneiro: tem por objeto tributos externos, decorrentes de exportação ou importação. Ex: descaminho (art. 334 do CP).
- b) Sonegação: são condutas fraudulentas. Ex: sonegação fiscal (art. 1º, 2º, I, III, IV e V da Lei 8.137/90) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP).
- c) Apropriação indébita: consiste na omissão do repasse de tributo por terceiro, descontado ou cobrado. Ex: apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e apropriação indébita tributária (art. 2º, II, da Lei 8.137/90).
- d) Crimes Funcionais: são crimes próprios de servidores públicos fazendários ou encarregados da repressão a delitos aduaneiros. Ex: extravio, sonegação ou inutilização de documento, corrupção, concussão e

<sup>1</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 533.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 532.

advocacia administrativa (art. 3º da Lei 8.137/90), excesso de exação (art.316, § 1º, do CP) e facilitação de contrabando ou descaminho (art.318 do CP).

- e) Falsidades: formas específicas de crimes contra a fé pública. Ex: falsificação de papéis públicos (art. 293, I e V,do CP).

Observa-se da classificação a inserção de delitos previstos no Código Penal, mas considerados como da mesma espécie dos crimes contra a ordem tributária. Isso se deve em razão do bem jurídico protegido, que é a ordem tributária, numa concepção muito mais ampla do que a mera proteção à arrecadação dos tributos. O conteúdo econômico conta sem dúvida. Todavia o norte do legislador é o adequado funcionamento do sistema tributário nacional.<sup>3</sup> Essa é a razão do crime de excesso de exação estar incluído dentre os crimes contra a ordem tributária, como se verá adiante.

#### **4 Excesso de exação**

A conduta do crime de excesso de exação encontra-se tipificada no artigo 316, § 1º, do Código Penal, conforme transcrição abaixo:

§ 1º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

---

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches. Legislação Criminal Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 965.

Porém, antes de se analisar o tipo objetivo, é importante conceituar a expressão “excesso de exação”, que dá nome ao tipo penal.

Exação significa a cobrança do tributo de forma correta, rigorosa, pontual e nos seus exatos termos. Sendo assim, excesso de exação consiste na cobrança desmedida do tributo, constituindo caso típico de abuso de poder por parte do servidor fazendário.<sup>4</sup> Em outras palavras, com base na doutrina administrativista, o agente público desempenha o seu ofício com excesso de poder, agindo fora de suas atribuições e indo muito além de sua competência ao cobrar tributo indevido ou de forma desproporcional<sup>5</sup>.

Passando aos sujeitos do crime, chega-se à conclusão ser um crime de autoria de funcionário público, no caso servidor fazendário encarregado da fiscalização e cobrança dos tributos<sup>6</sup>.

Logo, trata-se de crime próprio, o qual exige uma qualidade especial do sujeito ativo (funcionário) e admite coautoria e participação. Dessa forma, o particular também pode praticar a conduta em coautoria delitiva, desde que ciente da condição especial de funcionário público do outro autor, lembrando-se que as circunstâncias e as condições de caráter

---

<sup>4</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 166.

<sup>5</sup> Segundo as lições de Fernanda Marinela, “tal abuso poderá ser verificado quando o agente atua fora dos limites de sua competência, isto é, quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas, ultrapassando os limites legais” (MARINELA, Fernanda, Direito Administrativo. Niterói: Impetus, 2012, p. 232).

<sup>6</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 166.

pessoal comunicam-se quando elementares do crime, conforme dispõe o art. 30 do Código Penal<sup>7</sup>.

O sujeito passivo primário é o Estado e, secundariamente, a entidade de direito público lesionada ou a pessoa atingida pela conduta típica<sup>8</sup>.

A doutrina costuma dividir o tipo penal em duas modalidades, consistindo a primeira na conduta de exigir, demandar ou ordenar o pagamento de tributo ou contribuição social indevidos; e a segunda na conduta de empregar, dar emprego ou usar meio vexatório na cobrança<sup>9</sup>.

Cobrança de tributos de forma indevida significa que a cobrança deve ser fora dos padrões legais, ou seja, deve ser ilícita, a exemplo da cobrança de tributo já pago ou em valor acima do correto<sup>10</sup>.

Meio vexatório é aquele que “utiliza meios constrangedores, humilhantes, que atingem a dignidade da pessoa humana, para que possa conseguir levar a efeito a cobrança efetivamente devida”<sup>11</sup>.

O objeto do crime é o tributo ou contribuição social. De acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional, tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa

---

<sup>7</sup> CUNHA, Rogério Sanches, Direito Penal Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 417.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1006.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 1008.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 1009.

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial, Vol IV. Niterói: Impetus, 2007, p. 405.

plenamente vinculada”. Por sua vez, a previsão de contribuição social como objeto do crime é uma redundância, em razão de sê-la uma espécie de tributo<sup>12</sup>.

O tipo subjetivo da primeira modalidade é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de exigir tributo ou contribuição social, sabendo-o ou devendo sabê-lo indevido; já na segunda modalidade, também o tipo subjetivo é o dolo, que, a seu turno, consiste na vontade livre e consciente de cobrar tributo devido com emprego na cobrança de meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

Não se admite a modalidade culposa, por ausência de previsão legal, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal.

Há uma discussão doutrinária quanto à extensão da expressão “deve saber” referente à ilegitimidade da cobrança do tributo, se abrange ou não o dolo eventual<sup>13</sup>. A doutrina majoritária defende a admissão do dolo eventual, limitada tão somente à primeira modalidade<sup>14</sup>.

Quanto à consumação, a primeira modalidade é crime formal, pois não exige a ocorrência de resultado naturalístico, no caso o pagamento do tributo, para se aperfeiçoar, contentando-

---

<sup>12</sup> Explica Eduardo Sabbag: “a teoria pentapartida (pentapartite ou quinquipartida) baseia-se na distribuição dos tributos em cinco autônomas exações: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e as contribuições” (SABBAG, Eduardo, Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398).

<sup>13</sup> “Fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral: Niterói, 2007, p. 190).

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1009.

se com a simples exigência do tributo indevido. Por outro lado, o excesso vexatório é crime material, exigindo a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no emprego de meio vexatório ou gravoso na cobrança do tributo<sup>15</sup>.

Nas duas modalidades, a tentativa é admitida, variável conforme o caso concreto, a exemplo da exigência do tributo indevido por meio escrito<sup>16</sup>.

## **5 Relatório da pesquisa de campo**

No dia 08 de novembro de 2012, visitamos o Ministério Público do Estado do Amazonas, com intenção de encontrarmos algum processo a respeito do crime de excesso de exação tipificado no art. 316 do CP. A visita ao órgão ministerial deveu-se ao fato de ele ser o titular na repressão em âmbito judicial do delito pesquisado, por se tratar de delito a ser perseguido por meio de ação penal pública incondicionada.

Obtivemos informações de que a instituição não possuía nenhum processo a respeito daquele crime e que poucos eram os processos que trabalhavam na área de crimes tributários. Logo em seguida, vários promotores afirmaram a falta de uma promotoria especializada na repressão a crimes tributários.

Para obter uma maior certeza da falta de processos a respeito do crime de excesso de exação, pedimos uma busca pelo sistema interno do próprio Ministério, o Arquimedes, que não detectou nenhum processo.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1009.

<sup>16</sup> CUNHA, Rogério Sanches, *Direito Penal Parte Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 418.

Em conversa com o Coordenador das Promotorias criminais do MPE, o mesmo afirmou inexistirem processos sobre o delito de excesso de exação.

No dia seguinte, 09 de novembro de 2012, no Fórum Henocho Reis, visitamos a 2ª Vara Criminal e nos foi informado pelo diretor do cartório inexistir qualquer processo em tramitação sobre o crime (não somente naquela vara, mas também nas demais).

Interessante ressaltar que muitas das autoridades responsáveis por este tipo penal afirmaram nunca ter visto um processo a respeito do excesso de exação no Estado do Amazonas durante o exercício de suas carreiras jurídicas.

Logo se percebe que um dos motivos que leva a ausência desses processos nos órgãos citados é o desconhecimento da pessoa lesada em relação a esse tipo de crime, incluindo a dificuldade e temor da pessoa em sofrer represália das autoridades responsáveis.

Após exaustiva busca foi encontrado um único processo criminal por excesso de exação, localizado na Justiça Federal, sobre o qual falaremos agora:

Tratou-se de inquérito policial que apurou a prática do art. 316, parágrafo único, do CP (atual § 1º do CP): excesso de exação. A investigação foi deflagrada com a notícia crime de “corrupção” feita pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA-AM-RR, através do engenheiro R.M.A.C.F. A conduta foi imputada a G.S.C., servidor do CREA.

Conforme a comunicação, o conselho de classe profissional afirmou que estavam sendo cobrados valores a

maior, para o registro de contratos de obras, porquanto os valores constantes na tabela do CREA não estavam de acordo com os valores fixados na resolução do Conselho Federal.

Durante a oitiva do noticiante e vítima, R.M.A.C.F., declarou que, por exemplo, quando deveria pagar o valor de Cz\$ 4.790,10, para o registro do contrato de uma obra, foi-lhe cobrado Cz\$ 36.883,00. Acrescentou ter sido ameaçado pelo servidor G.S.C. quando fora reivindicar os seus direitos, além deste ter criado as tabelas irregulares.

O investigado, G.S.C., servidor do CREA na época dos fatos delitivos, durante sua oitiva perante a autoridade policial, confessou ter cobrado valor a maior do engenheiro R.M.A.C.F. Afirmou, também, que estava acatando determinações superiores. Indicou o Coordenador R. N. como a pessoa certa para falar sobre as tabelas ilegais. Por fim, afirmou que o valor máximo, na ocasião, para a cobrança da taxa de registro de contrato seria de Cz\$ 18.000.

Continuando, foram ouvidos outros servidores do CREA, que, por unanimidade, afirmaram que G.S.C. centralizava, para si, o recebimento dos valores pertinentes ao pagamento das taxas para a expedição das Anotações de Responsabilidade Técnica, bem como fornecia os valores das mesmas aos interessados. Eles também ouviam reclamações de engenheiros e construtoras de cobranças a maior do que os constantes na tabela oficial do CREA. Um dos servidores, I.C.S.R., frisou que quando G.S.C. se encontrava no Setor, era ele quem fazia questão de receber os documentos e as importâncias em dinheiro.

Além disso, em Relatório da Comissão de Inquérito aberto pelo CREA para apurar a denúncia administrativamente,

G.S.C. foi demitido do serviço por justa causa, com base em confissão de apropriação de receita. O primeiro laudo pericial dos autos de n. 2958, do SECRIM/SR/AM, atesta a cobrança a maior, representada pela apropriação de Cz\$ 58.046,51, bem como o desaparecimento de documentos importantes. O laudo grafotécnico atestou que as anotações constantes nas Anotações de Responsabilidade Técnica partiram de G.S.C.

O Ministério Público Federal – MPF ofereceu, em 05.05.1993, denúncia contra G.S.C. pela prática do crime do art. 316, caput, do CP. A peça acusatória foi recebida em 03.06.93. Durante a Audiência de Instrução e Julgamento, o denunciado negou ser verdadeira a acusação que lhe fora feita.

Em alegações finais, o MPF afirmou restar comprovada a materialidade delitiva por intermédio do Relatório da Comissão de Inquérito, nos autos do procedimento administrativo instaurado pelo CREA, o qual concluiu pela demissão do acusado por justa causa, por ter confessado a apropriação da receita. Ademais, aliou a essa prova três laudos periciais que constataram, respectivamente: que houve cobranças a maior, tendo ocorrido apropriação do valor de Cz\$ 58.046,51; o desaparecimento de documentos importantes para o assunto; e que as anotações constantes das Anotações de Responsabilidade Técnica partiram do punho escriturador do acusado.

A autoria foi comprovada, segundo o MPF, por meio de reconhecimento pelo próprio réu de que cobrava a maior os valores das taxas para registro dos contratos de obras, em discordância com a tabela do CREA. Não obstante a cobrança indevida, o réu dizia que fazia em cumprimento a ordens superiores. O superior

hierárquico aduziu que o CREA criou tabelas próprias, as quais teriam sido elaboradas pelo Setor de Fiscalização, chefiado pelo réu, e que as mesmas não haviam sido levadas à aprovação do Plenário do Conselho. As demais testemunhas corroboram a autoria do réu, pois todos foram unânimes ao afirmar que o acusado centralizava o recebimento dos valores pagos a título das taxas para expedição das Anotações de Responsabilidade Técnica. Por fim, pugnou pela condenação do acusado.

Na sentença, o juiz federal condenou o acusado como incurso nas penas do art. 316, § 1º do CP. A materialidade do delito foi amparada nos já referidos Laudos de Exame Contábil e nos Grafotécnicos, sendo os primeiros confirmatórios da exigência de valores superiores aos devidos como pagamento de taxas ao CREA e os últimos de que a cobrança partia do acusado. A confissão perante a autoridade policial também foi levada em consideração para a comprovação da autoria.

Inconformado, o condenado interpôs recurso de apelação com pedidos de absolvição, em razão de ter agido dentro da legalidade, pois as vantagens não seriam ilícitas, afastando assim a própria tipicidade; bem como teria agido em erro de proibição. Em segundo plano, a extinção da punibilidade, por força do prescrição da pretensão punitiva. Por último, requereu a nulidade da sentença, por não restar fundamentada.

Em parecer, o MPF opinou pelo improvimento da apelação, pois improcedente a alegação de prescrição da pretensão punitiva estatal. Além do mais, reafirmou a prova suficiente da materialidade e autoria delitivas, realçando a confissão do réu perante a autoridade policial.

Já em contrarrazões ao recurso de apelação, o MPF rechaçou o argumento inconsistente de ter agido o agente acobertado pela excludente de culpabilidade (erro de proibição), pois o erro não se concretizaria à consideração de que o agente tinha plena consciência da ilicitude da conduta praticada. A alegação de prescrição também foi afastada.

O acórdão do Tribunal Regional Federal foi unânime ao negar o provimento do recurso de apelação. Segundo a ementa, a materialidade e a autoria do delito tipificado no art. 316, § 1º do CP estavam plenamente caracterizadas, bem como os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. O réu, com a vontade consciente e valendo-se da qualidade de funcionário do CREA, exigia valores de terceiros acima do permitido pela legislação vigente, apropriando-se da diferença entre os valores efetivamente cobrados e aqueles que eram devidos legalmente. Também decidiu que no caso em que não houve de se falar na possibilidade de aplicação da excludente de erro sobre a ilicitude do fato, pois o réu possuía consciência da ilicitude de sua conduta. Quanto à fundamentação da sentença condenatória, decidiu que a mesma não apresentou vício de fundamentação, a medida que descreveu e apontou a razão do convencimento do julgador.

## **6 Conclusão**

A pesquisa realizada exaustivamente, tanto nas esferas federal quanto estadual, nas repartições da Justiça Criminal localizadas na cidade de Manaus, logrou em localizar tão somente uma situação de processo que culminou em condenação

transitada em julgada e sentença devidamente cumprida, no tocante ao delito de excesso de exação.

Note-se ainda que o caso encontrado refere-se a ato praticado por funcionário de entidade autônoma dotada de parafiscalidade. Em relação aos entes tributários por excelência (fisco municipal, estadual e federal), absolutamente nada foi encontrado.

Como podemos interpretar isto? Será possível que os agentes do Fisco tenham alcançado um grau de virtuosismo na cobrança de tributos que tornou o excesso de exação uma figura penal estritamente teórica, sem qualquer fato jurídico correlato com a realidade?

Gostaríamos de pensar que isto fosse verdade, todavia raciocinar desta maneira seria ingenuidade pura e simples. O Brasil bate recordes arrecadatários, mesmo em épocas de recessão. Durante o ano de 2012, o nosso país atingiu o patamar arrecadatário de 36,27% do PIB, tendo havido um aumento de 100 bilhões de reais em relação ao ano anterior (2011)<sup>17</sup>. Trata-se de algo sem paralelo entre os países emergentes.<sup>18</sup>

O aumento de arrecadação em tempos de crescimento econômico é algo normal. Contudo trata-se de anomalia perigosa

---

<sup>17</sup> <http://www.ibpt.com.br/noticia/559/Carga-tributaria-recorde-em-2012-36-27-do-PIB>.

<sup>18</sup> Cabe aqui uma ressalva importante: uma desonestidade retórica muito comum neste tipo de debate é alegar que a carga tributária brasileira não é tão elevada assim quando comparada a de países como França ou Suécia. Ora, a comparação é estapafúrdia, pois são países com realidades absolutamente distintas da nossa (além de detentores de rendas per capita muito mais altas). A comparação correta deve ser feita entre semelhantes (não se compara um lutador peso pena com um peso pesado) e sob este aspecto, o Brasil tem a maior carga tributária entre países emergentes. Vide <http://veja.abril.com.br/tema/desafios-brasileiros-carga-tributaria>.

a ocorrência de tal fenômeno em tempos de crise econômica, havendo claro risco de recessão para o ano de 2014<sup>19</sup>. O fato é que desde o advento da crise de 2008, o Brasil incrementou uma estratégia de estímulo ao consumo, a qual foi impulsionada por farto crédito oficial, todavia sem o acompanhamento do correspondente aumento de produção. Tal política apenas retarda as conseqüências de se descuidar dos ajustes estruturais necessários, sendo que seus efeitos benéficos são de curto prazo, o que já está sendo percebido no momento presente.

Uma arrecadação crescente em meio a um período de crise é seriíssimo indício de que o Fisco está extrapolando seus limites legais e empregando expedientes verdadeiramente extorsivos na atividade arrecadatória. Conforme os dados da Heritage Foundation, desde 2003, o Brasil vem tendo queda no índice de liberdade fiscal (embora com uma discreta recuperação a partir de 2009), estando o país abaixo da média mundial desde 2006<sup>20</sup>.

Se ao menos o resultado de tal volume fosse revertido de maneira justa em prol da sociedade, talvez até fosse possível aplicar a apócrifa regra maquiavélica de que “os fins justificam os meios”. Entretanto nem mesmo este raciocínio pode ser alegado, visto que a exação fiscal não resulta em retornos minimamente compatíveis com o que dela se esperaria<sup>21</sup>.

Como explicar isto? Qual explicação minimamente racional pode existir para que a voracidade estatal ganhe tais

<sup>19</sup> <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,para-especialista-brasil-corre-risco-de-recessao-em-2014-,1045884,0.htm>

<sup>20</sup> <http://www.heritage.org/index/visualize?countries=brazil&type=3>

<sup>21</sup> <http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/787/ESTUDOFINALSO-BRECARTRIBUTARIAPIBXIDHIRBESMARCO2013.pdf>

proporções ao mesmo tempo em que é a hipótese de incidência penal apta a punir tal conduta é tão eivada de ineficácia?

A resposta está numa falha de percepção que grassa no meio político e jurídico, inclusive desvirtuando mesmo o raciocínio de alguns dos fiscalistas mais brilhantes do país. Vejamos por exemplo um trecho da entrevista do Professor Paulo de Barros Carvalho, considerado por muitos o maior tributarista brasileiro vivo:

ConJur — Um estudo do Banco Mundial constatou que o Brasil tem o maior índice de tempo gasto para se calcular e pagar o imposto. Isso também não faz parte da comodidade que o fisco quer ter?

Paulo de Barros Carvalho — A sociedade pós-moderna, em que vivemos, se caracteriza pela hipercomplexidade das relações. Que as relações vão ficar cada vez mais complicadas, não há a menor dúvida. Vão surgir cada vez mais obrigações acessórias para os contribuintes. O que nós precisamos é racionalizar o crescimento<sup>22</sup>.

O raciocínio do eminente professor faz um paralelo entre as complexidades da modernidade e o tempo gasto para se lidar com a burocracia fiscal. Ora, tendo em vista que o Brasil é o campeão mundial neste quesito, argumentando-se *ad hominem*, seríamos então a nação mais moderna do planeta<sup>23</sup>? É evidente que estamos diante de um *nonsense*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup><http://www.conjur.com.br/2010-jan-17/entrevista-paulo-barros-carvalho-professor-direito-tributario>.

<sup>23</sup> E o segundo lugar pertenceria à moderníssima nação de Camarões. (<http://tributario.net/taniagurgel/brasil-gasta-2-400-homens-por-hora-para-pagar-imposto/>).

<sup>24</sup> E é reconfortante para os mortais comuns que até os gênios possam incorrer nisto ocasionalmente.

A falha perceptiva da qual estamos falando chama-se **estatolatria**, ou seja, a visão de que o Estado é um ente que não deve ou não merece ser julgado pelos padrões de decência moral e jurídica minimamente aplicáveis numa sociedade que ouse intitular-se como um Estado de Direito. Ao Estado tudo se desculpa, tudo se perdooa, tudo se posterga, tudo se justifica.

Que outra explicação podemos encontrar para tamanha omissão dos órgãos públicos em punir o excesso de exação, levando seus responsáveis às barras dos tribunais e punindo-lhes de maneira exemplar? A estatolatria inverte de maneira absolutamente pérfida os padrões morais do indivíduo, de tal maneira que a sociedade enxerga a sonegação fiscal quase como um crime de lesa majestade, todavia, as instituições responsáveis pela promoção da justiça fazem vista grossa ao excesso de exação, que é um comportamento equivalente, porém apenas com os sinais invertidos.

Abre-se aqui uma crítica ao próprio Ministério Público, fiscal da lei e uma das instituições responsáveis pela defesa do Estado de Direito Democrático. A despeito de sua competência em questões tributárias ter sido indevidamente podada (principalmente em matéria de ação civil pública), por que não se utiliza da esfera penal para tentar coibir a atual situação extorsiva do sistema tributário brasileiro?

Repita-se: temos a visão equivocada de que o excesso de exação é um delito “menor”, visto que – mesmo mediante meios vis – proporciona recursos para o Estado executar sua função social, enquanto que a sonegação tem efeito exatamente inverso (daí a imensa quantidade de processos judiciais e condenações existentes por este crime).

Contudo tal visão corresponde à realidade histórica? A sonegação fiscal realmente teria o poder destrutivo a ponto de justificar a mão pesada e implacável do Estado, enquanto que a exação seria o “delito menor”, sem dúvida incômodo, mas desprovido da mesma capacidade deletéria do excesso de exação?

A resposta é absolutamente negativa! Somente uma pessoa com parcos conhecimentos de história poderia raciocinar assim. Os exemplos de revoluções, destronamentos e erosão do tecido social causados pelo excesso de exação e de gastos do Estado são vários. Vejamos alguns exemplos:

- a) Sec. III e IV – Crise no Império Romano causada pelos excessos estatais, cujos gastos e exações passaram a sair completamente do controle a partir do final do século II. Desde as pesquisas pioneiras de Mikhail Rostovtzeff<sup>25</sup> que o atual consenso historiográfico atribui a queda de Roma, não às invasões bárbaras, mas à própria desestabilização interna do Império, transferindo a ótica do problema das questões políticas e militares para os aspectos econômicos;
- b) 1215 - Revolta dos barões que limitou o poder do rei João Sem Terra, na Inglaterra, obrigando-o a assinar a Magna Carta que restringia seu poder de exação fiscal;
- c) 1358 – Revolta na França conhecida como *Jacquerie*, conjugando o ressentimento social dos camponeses, a insatisfação pela derrota contra a Inglaterra e os altos impostos lançados pelo rei João II;
- d) 1399 – Deposição de Ricardo II, rei da Inglaterra, o

---

<sup>25</sup> The Social and Economic History of the Roman Empire, volumes I e II.

qual recusou-se a limitar suas despesas e os impostos incidentes sobre o país. Tal fato resultou na estruturação do Parlamento inglês (embora seus primórdios remontassem à Magna Carta) para controle da fiscalidade real;

- e) 1648 – Revolta francesa conhecida como *Fronde*, a qual durou até 1653, também motivada pelos altos impostos (o lema dos revoltosos era *pas d'impôts* – “chega de impostos”) e também pelo desejo da nobreza em reassumir os poderes que lhes haviam sido subtraídos durante a gestão de Richelieu;
- f) 1642 a 1649 – Guerra civil na Inglaterra que culmina com a decapitação do rei Carlos I, o qual insistiu em lançar impostos à revelia do Parlamento;
- g) 1789 – Revolução Francesa, a qual destruiu o Antigo Regime, tendo durado uma década até a ascensão de Napoleão Bonaparte ao governo francês, tendo sido um movimento cuja motivação inicial também foi a crise fiscal francesa, causada por um sistema tributário altamente regressivo e opressor.

Pede-se àqueles, portanto, que defendem ser a sonegação fiscal um crime de natureza mais nefasta do que o excesso de exação, que tenham a gentileza de demonstrar sua tese e elencar idêntico número de fatos históricos que mostrem onde a sonegação fiscal gerou acontecimentos tão impactantes ou cataclísmicos quanto os mencionados acima. Caso não o façam (e não são capazes de fazê-lo por absoluta impossibilidade

factual), seus argumentos devem ser tratados apenas como retórica vazia e nada mais.

Ademais, aqueles que defendem tal ponto de vista, vão na contramão do espírito da lei. O legislador deixou bem claro seu raciocínio ao estipular as penalidades dos delitos de excesso de exação e sonegação fiscal ou previdenciária. Enquanto o primeiro gera pena de reclusão de três a oito anos (art. 316, § 1º do Código Penal), podendo ser ampliada até doze anos (art. 316, § 2º do Código Penal), a sonegação previdenciária é apenada com dois a cinco anos de reclusão (art. 337-A do Código Penal) e a sonegação fiscal é apenada também com dois anos a cinco anos de reclusão (art. 1º da Lei 8.137/90), ou seja, penas menores. O texto da lei não poderia ser mais eloqüente sobre qual é o crime mais grave para a sociedade na visão do legislador.

Em vista do exposto, urge que as autoridades despertem para as consequências absolutamente nefastas que resultam da virtual impunidade envolvendo o crime de excesso de exação, sob pena de cada vez mais a sociedade se ver oprimida pela esmagadora pata estatal, fazendo cumprir-se a profecia de Bertrand de Jouvenel: *com o tempo, uma sociedade de cordeiros acabará gerando um governo de lobos.*

### **A research about the effectiveness in the punishments of unfair tax demand in the Amazon Judiciary**

**Keywords:** Tax demand unfair. Judiciary. Ineffectiveness.

**Abstract:** This study addresses the issue of effective punishment in the crime of unfair tax demand in the sphere of the Amazonian

judiciary. Such an offense is a crime against the tax system, restraining the collection of taxes due or payable, but in this case, required by vexatious means. Being an offense not too much denounced, rare are the actions filed in the Judiciary for its repression, but it doesn't mean that it is not kind of crime doesn't happen. However abound lawsuits against tax evasion while its opposite, unfair tax demand, is hardly punished. Since we live in a democratic state of law, why the discrepancy? What leads to this more gentle treatment of transgressions from the state? It is precisely in verifying the effectiveness punitive offense that we can begin to solve the problem. The main objective of this study is to demonstrate that the criminal provision that criminalizes excessive exaction is not effective, ie, it is not applied. The secondary objective is to verify the reason for the discrepancy in treatment by the state punitive mechanisms. The methodology consisted of theoretical analysis of the offense, collecting judged by the Amazonian judiciary (state and federal judicial district of the capital) for the case study and research with the prosecutory, since the crime is public criminal action, fitting to prosecutor provide the complaint.

## Referências

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, **Crimes Federais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 923 pp.

BRASIL. **Código Penal** (1940). Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de Direito Penal - Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 992 pp.

GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1280 pp.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 9ª ed. Niterói: Impetus 2007. 832 pp.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Parte Especial, Vol IV**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007. 832 pp.

MARINELA, Fernanda, **Direito Administrativo**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012. 1216 pp.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1264 pp.

Mikhail Rostovtzeff. **The Social and Economic History of the Roman Empire**, volumes I e II. Oxford University Press. Versão online disponível em <http://bookos.org/book/1194592/57a9f8> e <http://bookos.org/book/1204033/221858>

SABBAG, Eduardo, **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1090 pp.



# Um estudo sobre o sequestro internacional de crianças no Brasil com base na Convenção de Direito Internacional Privado da Haia

Débora Katarinne de Souza Rodrigues\*

*Não importa o que você faça em sua vida, será insignificante. O importante é que você faça.*

Gandhi

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Considerações sobre o sequestro internacional de crianças. 2.2. Aspectos civis do sequestro internacional de crianças. 2.3. Questões Procedimentais. 2.4. Análise dos artigos da Convenção de Haia. 2.5. Cumprimento da decisão de regresso e suas exceções. 2.6. Quadro atual e perspectivas. 3. Conclusão. Referências.

**Resumo:** Este estudo teve como objetivo delinear um campo de visão sobre o sequestro internacional de crianças no Brasil, segundo a Convenção de Direito Internacional Privado de Haia, uma organização intergovernamental de caráter global. Os objetivos específicos, por sua vez, buscaram: a) identificar, através da Convenção de Haia, o que, na verdade, caracteriza e acarreta o sequestro internacional de crianças no Brasil; b) apresentar decisões judiciais que, em meio a situações de sequestro internacional de crianças, buscaram a restituição voluntária da criança ou uma solução amigável para as questões de guarda; e c) demonstrar a importância da Convenção de Haia como centro de cooperação jurídica internacional, principalmente, no que diz respeito a áreas de proteção à criança e à família.

---

\* Estudante do 9º período do curso de Direito na Universidade Federal do Amazonas, estagiária na 2ª Promotoria de Justiça do Ministério de Público do Estado do Amazonas.

A metodologia utilizada foi bibliográfica conduzida para o método de abordagem expositiva. Também foram apreciadas, através das decisões judiciais apresentadas, o que as autoridades fazem para prevenir maiores prejuízos à criança nesta situação, iniciando ou ajudando a iniciar o procedimento para a restituição, e fazendo todos os arranjos administrativos necessários para garantir a restituição da criança com o menor risco possível, sobretudo quando há a morte de um dos pais. Sabendo-se que um dos pontos mais importantes para a Convenção é o respeito ao direito das crianças, o estudo revelou os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, as questões procedimentais, o cumprimento da decisão de regresso e suas exceções, além da própria análise dos artigos referentes a este assunto presentes na Convenção de Direito Internacional Privado de Haia. Percebeu-se, então, que esta Convenção dispensa a utilização de rogatórias ou instrumentos congêneres e, portanto, o bem-estar da criança deve ser sempre levado em consideração quando da decisão de mantê-la no país ou repatriá-la.

**Palavras-chave:** Sequestro internacional de crianças, Convenção de Direito Internacional Privado de Haia.

## 1 Introdução

O conflito de leis, situações pessoais, familiares ou comerciais que estão relacionadas a mais de um país são habituais no mundo moderno. Estas podem ser afetadas pelas diferenças que existem entre os sistemas jurídicos vigentes nesses países. Para resolver essas questões, os Estados adotam regras especiais, conhecidas como “Direito Internacional Privado”.

O Direito Internacional moderno busca a “unificação progressiva” das regras que implicam enfoques internacionalmente reconhecidos para questões como a competência internacional dos tribunais, o direito aplicável, o reconhecimento e a execução

de sentenças em numerosas matérias, desde o direito comercial ao processo civil internacional, além da proteção de crianças e jovens, questões de direito matrimonial e estatuto pessoal.

No entanto, o ponto que foi abordado neste estudo está presente na Convenção de Direito Internacional Privado de Haia, em que um dos pontos mais importantes é o respeito aos direitos das crianças. É, nesse sentido, que várias convenções da Haia tratam especificamente desta questão. O Brasil é signatário de duas convenções que dizem respeito às crianças que são as convenções sobre adoção internacional (1993), de cuja elaboração o Brasil participou ativamente, e a convenção de 1980 que diz respeito ao seqüestro internacional de crianças, a que o Brasil ratificou. A Convenção da Haia, de 25 de outubro de 1980, sobre os aspectos civis da subtração internacional de menores trata de combater o seqüestro parental de crianças através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais e um procedimento rápido para restituição do menor ao país de residência habitual.

A presente Convenção tem por objetivo, a partir de seu artigo primeiro, “assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente”, além de “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”, procurando o que, segundo ela, é melhor para a criança, o lado mais afetado nestas situações. Isto ocorre por conta da clareza de sua mensagem de que o seqüestro interparental é prejudicial à criança, que tem direito a manter contato com ambos os pais, e à simplicidade de seu instrumento fundamental, que é a ordem de restituição ao

país de residência habitual da criança, que deve ser efetuada da forma mais rápida possível.

Na prática, o pai ou a mãe, sabendo que o seu ex-cônjuge foi para outro Estado, comunica o fato à autoridade central de seu país que, ao ser provocada, realiza um juízo prévio de admissibilidade de aplicação da Convenção, encampa a pretensão daquele que fez o pedido de proteção e transforma em pretensão do Estado. Após isso, encaminha o pedido de restituição para o país onde se encontra a criança. Não é o pai, a mãe ou outra pessoa que faz o pedido, mas o Estado provocado. É Estado pedindo para Estado – cooperação interestatal.

Em virtude dos fatos mencionados, percebe-se, portanto, que a Convenção de Haia de 1980, encontrando-se vigente em 78 países, contribui para a resolução de milhares de casos de subtração ou retenção indevida de crianças. Tem, ademais, caráter preventivo, ao servir como desestímulo à conduta da subtração de crianças do seu seio familiar, baseando-se na cooperação internacional entre os Estados.

## **2 Desenvolvimento**

### **2.1 Considerações sobre o sequestro internacional de crianças**

O sequestro de um menor por pessoa próxima (pais, parentes, tutores etc.) é uma manifestação do exercício do poder familiar. Dado o estado de desacordo entre os pais, um deles arrebatou o filho e desloca-se para outra jurisdição, onde acredita que obterá situação, de fato ou de direito, que melhor atenda seus interesses.

Em situações de normalidade, as escolhas que definem o trato e a criação de quaisquer crianças são atributos inerentes aos pais, a quem cabe, em paridade, o exercício do poder familiar em relação aos filhos. Ocorrendo divergências quanto aos rumos que devem ser dados à vida destas crianças e adolescentes, o Poder Judiciário deve ser acionado.

Com efeito, em tais situações os conflitos paternos configuram lides que, em Estados de Direito, devem ser levadas à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que vedados a autotutela e o exercício arbitrário das próprias razões. Alerta Marcos Duarte que a retenção de menor, de até 16 anos, em território nacional, sem a devida autorização do outro responsável pela guarda, é ilegal e injustificada, caracterizando ofensa ao dever de boa-fé que deve estar presente nas relações entre as pessoas. Comprovada a transferência ilícita e a retenção indevida, o caso passa a ser de sequestro internacional parental.

Nesse contexto, há muito tempo, os atores da comunidade internacional conviviam com conflitos causados por pais que, visando a exercer com exclusividade o direito de guarda e tentando suprimir a influência do outro genitor sobre a prole comum, transferiam os filhos para outros países, onde, distorcendo os fatos, logravam decisões judiciais que conferiam aparência legal às situações ilícitas criadas, sepultando permanentemente os direitos do genitor ludibriado.

A matéria vem, portanto, regulada na Convenção de Haia, de 1980, sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, da qual o Brasil é signatário, tendo força de lei no ordenamento brasileiro. No intuito de proteger os interesses

da criança que se encontra nesse tipo de situação, vítima de uma desavença entre seus pais ou familiares, essa Convenção foi concluída. A Conferência de Direito Internacional Privado da Haia celebrou sua primeira reunião em 1893. Trata-se de uma organização intergovernamental de caráter global, para cooperação transfronteiriça em matéria civil e comercial, com mais de 60 Estados-membros, representando todos os continentes.

Mesmo não sendo perfeita, a Convenção é uma das melhores alternativas à autodefesa que costumava imperar nos casos da espécie, trazendo conseqüências perigosas e prejudiciais à criança, muitas vezes mantida longe de atividades sociais, impossibilitada de criar vínculos de amizade e culturais, matriculada em escolas variadas e com utilização de nomes fictícios. Um tratado multilateral como a Convenção de Haia de 1980 insere os Estados em um regime internacional de localização e avaliação da real situação da criança, que deverá ser restituída ao Estado de residência habitual.

Há cerca de 200 ações envolvendo o sequestro de crianças tramitando na Justiça Federal brasileira, e são processos demorados, gerando incertezas e angústias no outro genitor da criança, que está em outro país, de onde o menor foi trazido ilegalmente.

O mais grave é que, pelo artigo 16 da citada Convenção de Haia, a lei competente para decidir a matéria, bem como o foro competente, salvo algumas exceções, é do país onde vivia o menor que foi subtraído da guarda do outro genitor e trazido ilícitamente para o Brasil. Em conseqüência, não pode

ser analisada aqui a questão da guarda dos menores subtraídos ilegalmente de seu país de domicílio, não sendo o Poder Judiciário brasileiro competente para tal.

Desse modo, estabeleceu, em linhas gerais, que o foro competente para apreciação de questões sobre a guarda de menores é o correspondente ao local onde eles possuem residência habitual; que a retirada das crianças dos países de residência habitual sem autorização do co-detentor do direito de guarda é considerada ilícita e exige a reparação pelos Estados envolvidos; e, que as decisões obtidas em ações de guarda manejadas para dar aparência ilícita à subtração do menor não podem influir nos processos de restituição da criança ao país de origem.

Seu objetivo é desenvolver instrumentos jurídicos para a solução de conflitos entre pessoas (físicas ou jurídicas) que envolvam mais de um país, mesclando diversas tradições jurídicas. Atualmente, mais de 120 países participam dos vários trabalhos da conferência, sejam reuniões, simpósios, convênios e convenções. Assim, a efetividade da justiça, aliada ao princípio do interesse superior da criança, serviu de mote para que se firmasse, em 1980, na cidade de Haia, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, cuja natureza é de norma-quadro de cooperação jurídica internacional, justamente por estabelecer obrigações recíprocas entre os Estados-Partes.

A cooperação jurídica internacional visa, a partir do trabalho conjunto dos Estados, a impedir, por exemplo, que um simples transpor de fronteiras ou a permanência irregular em território estrangeiro torne determinado indivíduo inacessível ao

Poder Judiciário. Para fazer frente aos desafios próprios de um mundo globalizado, é crescente o esforço dos sujeitos de Direito Internacional no sentido de celebrarem tratados que sirvam de base jurídica para a prestação de auxílio jurídico recíproco. Com a cooperação interjurisdicional, um Estado (o Estado requerido) pode funcionar como *longa manus* de outro (o Estado requerente), adotando providências em proveito e no interesse deste último, garantindo que se dê efetividade à justiça.

Vale ressaltar, ainda, que um dos aspectos principais da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é o mecanismo criado para evitar que as dificuldades impostas pelas fronteiras estatais consolidassem a situação de retenção ilícita da criança. Percebe-se que, ao objetivar que as relações parentais sejam exercidas dentro da legalidade e que os vínculos familiares não sejam quebrados por atitudes unilaterais de qualquer dos pais, a Convenção de Haia nada mais fez do que proteger os melhores interesses de crianças e preservar a dignidade que a condição humana lhes garante.

Por tudo isso, a Convenção de Haia estabeleceu que os Estados-Partes devem cooperar entre si com o objetivo de restituir ao país de residência habitual toda e qualquer criança que tenha sido objeto de retenção ou transferência internacional ilícitas, isto é, quando há violação do direito de guarda de um dos genitores ou de qualquer outra pessoa ou instituição responsável pelo menor (artigo 3º).

## 2.2 Aspectos civis do sequestro internacional de crianças

Apesar de concluída em 1980, a Convenção só foi internalizada no Direito Brasileiro por meio de Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000. A primeira observação a ser feita é que não se trata de sequestro criminal, na acepção clássica do termo no Direito brasileiro. Consoante se observa nos comentários do Grupo de Haia ao texto da Convenção, embora o Brasil tenha adotado o termo “sequestro internacional de crianças”, não se trata, precisamente, do sequestro tal como se conhece no Direito Penal.

Trata-se, isto sim, de deslocamento ilegal da criança de seu país de residência habitual e/ou retenção indevida da criança em outro país que não a residência habitual. Nos países de língua inglesa, o termo empregado é “abdução”, e não “sequestro”. Já nos países francófonos, a expressão utilizada é “retirada” ou “remoção”.

Diz Geraldine Van Bueren, citada por Dolinger:

“A Convenção de Haia, assim como a Convenção Europeia, não visam tirar as crianças permanentemente dos pais sequestradores e muito menos puni-los. A penalização do ato de deslocamento de uma criança de seu habitat normal para outro país levaria o sequestrador e, conseqüentemente, a criança sequestrada a se refugiar, dificultando mais ainda sua localização. A ideia é tudo fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo se estiverem vivendo em países diferentes. Daí a procura de uma solução para o sequestro estritamente no plano civil.”

Exatamente nesse sentido é que por ocasião da Quinta

Reunião da Comissão Especial para revisar o funcionamento deste Convênio, realizada em Haia entre outubro e novembro de 2006, por sugestão da delegação brasileira, no sentido de que, tratando-se de restituição voluntária do menor, as autoridades dos países envolvidos teriam de suspender ou arquivar eventual ação penal decorrente do sequestro interparental.

É exatamente para evitar os malefícios da retirada de crianças de sua residência habitual – pois isso implica em afastar a criança do seu local de convivência, de sua escola, de seus amigos e parentes, e levá-la para uma terra estrangeira, onde muitas vezes não possui praticamente vínculos afetivos que não seja com o sequestrador familiar – que a ideia central resume-se da seguinte forma: uma vez caracterizada a remoção ilícita da criança de seu país de residência oficial ou mesmo que se trate de deslocamento ilícito, a criança vindo a ser retida após a chegada no país de destino, em ambos os casos está caracterizada a retenção ilícita, urgindo a imediata devolução da criança ao país de residência habitual.

Essa remoção ou retenção ilícita está caracterizada quando se fizer de forma contrária a uma decisão judicial ou administrativa ou com infringência à lei. Isso significa que não há sequer necessidade de desrespeito à ordem judicial, mostrando-se prescindível. Basta a infringência à lei. Aliás, é muito comum que um dos pais faça o deslocamento lícito da criança para outro país, como, por exemplo, para passar as férias, recusando-se, posteriormente, a devolver a criança. Nesse caso, não haverá qualquer decisão judicial ou administrativa determinando o retorno, até porque a surpresa da situação não poderia prever com antecedência a retenção ilícita.

O prazo (seis semanas) definido no artigo 11 da Convenção da Haia tem por finalidade reduzir ao máximo as nefastas conseqüências do deslocamento ilegal, com a devolução da criança ao seu centro de convivência o mais rápido possível. Seis semanas na vida de uma pessoa adulta pode ser ou não um prazo curto ou longo, mas na de uma criança – em pleno desenvolvimento de suas potencialidades físicas e mentais – privada da convivência com seus amigos, parentes, muitas vezes com dificuldades de comunicação devido a idiomas diferentes, é, de fato, um prazo considerável. Mesmo assim, raramente se consegue concluir, no Brasil, um processo que envolva restituição de crianças nesse tempo.

Conforme definição do artigo 5º da citada Convenção, o “direito de guarda compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”. Note-se que o pedido de restituição é cabível não só nos casos em que a guarda esteja sendo exercida de forma exclusiva por um dos genitores, mas também quando tal direito esteja sendo exercido de forma compartilhada – quer seja na vigência de uma relação conjugal, quer seja em situação de separação do casal – em razão de normas do ordenamento jurídico do país de residência habitual, por decisão judicial ou, ainda, por acordo celebrado entre os genitores. Importante ressaltar, porém, que o direito de guarda, exclusivo ou compartilhado, deve estar sendo efetivamente exercido no período imediatamente anterior à subtração ou retenção ilícita.

Além disso, cabível é a restituição da criança ao local de residência habitual sempre que aquele que estiver requerendo

tal medida seja titular de “direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança” e/ou detenha o “direito de decidir sobre o lugar da sua [da criança/adolescente] residência”.

Ademais, embora a Convenção presuma que o retorno da criança/adolescente ilicitamente transferido ou retido em local diferente daquele de sua residência habitual seja a medida que melhor atende aos interesses das crianças (art. 227, CF/88), o próprio texto convencional estabelece expressamente algumas exceções à sua aplicação, como a comprovação de riscos físicos ou psíquicos graves à criança caso seja determinado seu retorno ou a verificação de que a criança atingiu idade e grau de maturidade que possibilitem a consideração de suas opiniões e ela manifeste a vontade de não retornar. A aplicação dessas exceções é, todavia, restrita e deve ser analisada à luz das circunstâncias apresentadas pelo caso concreto.

Como já dito, a ideia principal da Convenção é a restituição segura da criança ao país de sua residência habitual. Para isso, o juiz que apreciar o pedido pode determinar medidas de proteção à criança e até mesmo ao seu progenitor ou progenitora, como, por exemplo, a garantia de que a mãe tem o direito de acompanhar o retorno do filho ao país da residência habitual, inclusive tendo as passagens e estadia pagas pelo pai.

### **2.3 Questões procedimentais**

Tendo o Brasil aderido à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e incorporado-a ao ordenamento jurídico interno por meio do

Decreto 3.413/2000, fica evidente a obrigação jurídica do Estado brasileiro de adotar todas as medidas necessárias para promover a restituição ao país de residência habitual dos menores ilicitamente trasladados para ou retidos no território nacional. O procedimento revela-se típico ato de cooperação jurídica internacional, que é todo e qualquer procedimento estabelecido com o intuito de permitir a colaboração entre Estados, visando um objetivo comum, assegurar à criança o retorno ao país de sua residência habitual.

Internamente, os procedimentos para restituição de crianças têm início com a chegada de solicitação formulada pelo Estado de residência habitual da criança, a fim de permitir tanto a continuação de sua convivência, como o derradeiro julgamento, pelo juiz natural da causa de questões relacionadas a pátrio poder, direito de guarda ou regulação de pensão. Após o recebimento do pedido pelo Estado brasileiro, estando presentes os requisitos administrativos para admissão do requerimento, a Autoridade Central brasileira - a Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH – busca solucionar a questão de forma amigável. Havendo resistência na restituição amistosa da criança, a Autoridade Central brasileira encaminha o caso à Advocacia-Geral da União para análise jurídica e eventual promoção da ação judicial cabível. Depois de proposta a demanda judicial, sobrevindo uma decisão favorável à restituição da criança ao país de origem, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos envidam esforços, junto à Justiça, para que uma série de precauções sejam adotadas, de modo a garantir a higidez física e psicológica do menor e um traslado seguro durante o retorno ao país de residência habitual.

Aliás, nesse sentido é expressa a Lei de Introdução ao Código Civil, que, em seu art. 7º, estabelece que o juízo competente é o do local da “residência habitual”, devendo-se compreender tal expressão como “domicílio”.

Portanto, qualquer decisão que afaste a jurisdição do país da residência habitual, pendente a restituição da criança com base na Convenção, é considerada como proferida por juiz incompetente e, por isso mesmo, nula. Por outro lado, tratando-se de instrumento de cooperação jurídica internacional – que se faz de forma de assistência direta, sem necessidade de rogatórias ou outros instrumentos tradicionais –, basta haver postulação do pedido de restituição, sem a necessidade de homologação de sentença estrangeira, podendo ser veiculado tanto pela Autoridade Central brasileira (representada judicialmente pela Advocacia-Geral da União), como pelo próprio particular, com advogado próprio.

Dessa forma, há duas possibilidades de iniciar o procedimento. A primeira se dá via autoridades centrais, situação em que a Autoridade Central do país requerente emite um pedido para a do país requerido, solicitando a restituição de determinada criança. No Brasil, formulado o pedido perante a Autoridade Central Federal, ela inicialmente verificará se é caso efetivo de sequestro internacional e, após entender que se trata dessa hipótese, somado à inexitosa conciliação administrativa, encaminha os autos à Advocacia Geral da União para fins de ajuizamento da ação competente, em nome do Estado, legitimidade esta já reconhecida em recente acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao e. Ministro Teori Albino Zavascki.

A segunda possibilidade seria o caso de a parte ingressar diretamente no Poder Judiciário com ação de busca e apreensão da criança, por meio de advogado particular. No tocante à competência para o julgamento do processo cautelar, esta é da Justiça Federal, pouco importando a propositura da ação, se pela União ou por advogado particular. Entretanto, embora a competência para apreciação dos casos relativos à aplicação da Convenção seja da Justiça Federal, o exame de questões relativas à guarda da criança, nos termos do direito interno brasileiro, compete ao Juiz da Vara da Infância e Juventude. Importante notar que, havendo conexão entre uma ação (cautelar) de restituição e outra versando sobre a guarda da criança, o juízo competente será a Justiça Federal, que deverá apreciar o pedido de restituição.

Internamente, os procedimentos para restituição de crianças têm início com a chegada de solicitação formulada pelo Estado de residência habitual da criança. Após o recebimento do pedido pelo Estado brasileiro, estando presentes os requisitos administrativos para admissão do requerimento, a Autoridade Central brasileira - a Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH – busca solucionar a questão de forma amigável.

Portanto, sendo a União autora, não restam dúvidas que a competência é da Justiça Federal. No caso de a parte autora ser o próprio particular, ainda assim a competência será da Justiça Federal, porquanto há interesse de a União em dar efetividade ao cumprimento da Convenção no Brasil, honrando seus compromissos no plano internacional.

## 2.4 Análise dos artigos da Convenção de Haia

Destaca-se, ainda, além do longo prazo entre a conclusão da Convenção e sua promulgação no Brasil, uma questão de hermenêutica a ser enfrentada no objeto material da convenção, qual seja, a guarda e o direito de visita a menores. Dessa forma, há que se compreender que a Convenção pretende regular a transferência ou retenção irregular de crianças, tratando da questão da guarda de menores, conforme especificado no seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º. A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Dessa forma, a Convenção faz valer além das fronteiras nacionais o regramento jurídico sobre a guarda e direito de visitas a respeito do menor. O transpor de fronteira não pode servir para tornar inalcançável uma pessoa à justiça (justiça aqui entendida como universal). É como se o Poder Judiciário de um Estado desenvolvesse tentáculos para, com a cooperação de outro Estado, alcançar aquilo que se evadiu da justiça.

O art. 2º da citada Convenção prevê que:

Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

Destaca-se, daí, que deverão ser tomadas pelos Estados todas as medidas apropriadas, recorrendo, inclusive, a procedimentos de urgência, para assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Fique claro que não é o pai ou a mãe da criança, mas o Estado contratante o responsável pelo cumprimento da Convenção. Dessa forma, a partir do momento em que o Brasil ratificou o tratado passou a ter a obrigação de retornar menores que tenham sido ilícitamente conduzidos ao território brasileiro.

O art. 3º trata da tipificação do que vem a ser a transferência ou retenção ilícita de um menor ao afirmar que:

“Art. 3º. A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
- b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.”

A alínea “b” acima transcrito demonstra que ocorre a ilicitude mesmo quando a pessoa que está no exterior não possui a guarda do menor, mas exercia o direito de forma afetiva no momento da transferência, privando a criança desse convívio.

É importante destacar, ainda, ao tratar-se de questões de Direito Internacional Privado, o art. 8º, que trata dos requisitos para pedido de cooperação internacional, conforme abaixo transcrito:

Art. 8º. Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

- a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;
- b) caso possível, a data de nascimento da criança;
- c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança;
- d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

- e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- g) qualquer outro documento considerado relevante.

Na prática, o pai ou a mãe, sabendo que o seu ex-cônjuge foi para outro Estado, comunica o fato à autoridade central de seu país que, ao ser provocada, realiza um juízo prévio de admissibilidade de aplicação da Convenção, encampa a pretensão daquele que fez o pedido de proteção e transforma em pretensão do Estado. Após isso, encaminha o pedido de restituição para o país onde se encontra a criança. Não é o pai, a mãe ou outra pessoa que faz o pedido, mas o Estado provocado. É Estado pedindo para Estado – cooperação interestatal.

As hipóteses previstas na Convenção são casos de cooperação judiciária internacional, visto que a autoridade central do país requerido precisará, para cumprir a medida solicitada, de um mandado judicial para busca, apreensão e restituição do menor. No caso do Brasil, a Autoridade Central Brasileira - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - não pode provocar diretamente o Estado, fazendo-o por meio da Advocacia Geral da União. Nesses casos, a União está a encampar as pretensões do Estado estrangeiro – Estado requerente – e o faz por conta do seu dever constitucional de

cumprir e fazer cumprir as obrigações internacionais impostas ao Estado brasileiro. Ao Estado brasileiro interessa prestar a cooperação a que está obrigado no direito internacional, fazer valer a competência e a autoridade do Estado estrangeiro em cuja jurisdição deve ser discutida toda e qualquer questão relativa à guarda e ao direito de visita de menor.

Destaque-se que a questão não é de direito de família, mas de cooperação internacional entre Estados. Para a União, pouco importa com quem o menor vai ficar. O direito da criança é de ter a sua guarda regulada no país de residência habitual. A ação proposta não é cautelar, mas de conhecimento (juízo de cognição plena, incompatível com a tutela jurisdicional em sede cautelar) sob a forma de assistência direta. Importante observar que independe da nacionalidade das pessoas envolvidas – o elemento de conexão para definir o foro competente para julgamento de questões relacionadas à guarda e pedido de visitas é o local de residência habitual da criança, conforme pode se inferir do art.16, *verbis*:

“Art. 16. Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 3º, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.”

Nesse artigo, fica claro o elemento de conexão, é nele que está inserida a norma de direito internacional privado. Não é competente o juiz brasileiro para decidir guarda, o juiz competente é o juiz do país de residência habitual da criança – a regra de conexão é essa e o elemento de conexão está implícito. É disposição de direito internacional privado solucionadora de conflito de jurisdição. Pergunta-se: qual o foro competente para processar e julgar uma demanda sobre guarda de menores que foram transferidos ilicitamente? Foro do país de residência habitual do menor.

A partir desta breve análise, algumas considerações devem ser feitas sobre as ações de busca, apreensão e restituição de menor, atualmente propostas pela Advocacia-Geral da União no intuito de prestar a cooperação a que está obrigado o Estado brasileiro por ser contratante da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças:

- a) não se trata de pedido de antecipação de tutela ou medida acautelatória, mas, como já exposto, de pedido de cooperação judiciária internacional entre Estados sob a forma de assistência direta, com juízo de cognição plena e cujo resultado esperado é a restituição do menor a Autoridade Central do país onde tem sua residência habitual; e
- b) não pode ser analisada no Brasil a questão da guarda dos menores envolvidos, pois o Poder Judiciário Brasileiro não é competente para tal, conforme previsão no art. 16 da citada Convenção. O fato de poder ter sido

ajuizada uma ação em uma Vara de Família no Brasil é uma tentativa desesperada de dar uma roupagem de aparente licitude a uma manobra que desrespeitou a norma conflitual que trata das questões de guarda e de direito de visita, não sendo de forma alguma impeditivo para restituição do menor, tendo em vista ser essa ação de guarda totalmente descabida.

Pelo exposto, ficou demonstrado que o instituto da Assistência Direta (ou Cooperação Judiciária Internacional), no Brasil, é uma nova forma de a União demonstrar que o país está inserido em um contexto de justiça mundial, buscando uma justiça além das fronteiras, ampla, onde quer que se encontrem as partes envolvidas. E, percebeu-se, também, que para tal missão ser desempenhada a contento, faz-se necessário que o Poder Judiciário Federal assumira também de forma plena o seu papel, vislumbrando que a questão não se cinge ao Direito de Família, mas extrapola os ramos do Direito Civil Interno para alcançar *status* de Cooperação Interestatal, verdadeira face globalizada do Direito.

Embora o tema seja rotulado como “sequestro internacional de crianças”, na realidade se trata de um deslocamento ilegal da criança de seu país de residência habitual e/ou uma retenção indevida da criança em outro país que não seja residência habitual. É uma norma de natureza civil (não penal, portanto), tanto que a maioria dos países não adota o termo “sequestro”, mas sim “abdução” (de abduction) ou “deslocamento” (enlèvement).

A retirada de crianças de sua residência habitual de forma contrária ao ordenamento jurídico é um grande mal, visto que implica num afastamento da criança do seu local de convivência, de sua escola, de seus amigos e parentes, levando-a para uma terra estrangeira onde, muitas vezes, não possui praticamente vínculos afetivos que não com o “sequestrador familiar”, implicando, assim, sérios problemas no desenvolvimento sadio de personalidades ainda em formação. A psicologia diagnosticou que essa situação pode ocasionar uma doença chamada “Síndrome da Alienação Parental”.

Buscando evitar esse mal, a referida Convenção determina que, uma vez caracterizada a remoção ilícita da criança do país de sua residência, ou a retenção indevida em outro país, é necessária a imediata devolução da criança ao país de residência habitual, retornando, desse modo, ao seu centro de convivência. As questões decorrentes dos litígios entre os cônjuges (como guarda ou pensão) deverão ser decididas pelo juiz do país daquele país onde a criança residia antes do deslocamento ilícito (também previsto na legislação brasileira).

É necessário ressaltar que essa Convenção, já assinada por mais de 80 países, não surgiu “do nada”. Primeiro, é preciso lembrar que a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança estabelece que os países devam desenvolver esforços para evitar o deslocamento ilícito de crianças para o exterior ou a retenção ilícita. Depois, que a facilidade de deslocamentos da atualidade permite com rapidez que se cruze fronteiras e mesmo oceanos. Por fim, que não se devem transformar crianças e adolescentes em “vítimas da guerra” entre os pais, privando-as do necessário

convívio com ambos. Quando se trata desse tema, é preciso sempre estar atento ao interesse superior da criança, que é, em primeiro lugar, ser devolvida ao seu centro de convivência, que é o país de sua residência habitual.

No entanto, se a criança estava sujeita a conduta abusiva no lar (maus tratos físicos e/ou psicológicos) ou exposta a situação de grave risco (país em guerra ou sofrendo alguma epidemia capaz de causar riscos à saúde), é evidente que não precisa ser restituída, pois o interesse da ordem jurídica internacional é sempre de preservação da criança. A Convenção prevê a possibilidade de permanência da criança no país para onde foi deslocada ou retida ilegalmente em caso de já ter ocorrido adaptação novo país, como já mencionado. Mas essa regra somente pode ser aplicada se (a) o deslocamento ocorreu há mais de doze meses do pedido de retorno e (b) comprovada acima de qualquer dúvida essa adaptação.

O retorno de crianças aos seus países, nesses casos, está dentro do mais legítimo e sincero sentimento de cooperação entre os povos, baseado na confiança e reciprocidade. Pensar o contrário é criar um fosso intransponível na cooperação internacional judicial, além de colocar o Brasil à margem das boas-relações entre as nações. Atualmente, a União tem participado, na condição de assistente do autor, de demandas de busca, apreensão e restituição movida por particulares, desde que cumpridos certos requisitos. Por outro lado, a Autoridade Central brasileira informa que de 2003 a 2009 o Brasil recebeu, de outros países, 210 (duzentos e dez) pedidos com base na Convenção e enviou, a outros países, 82 (oitenta e dois) pedidos sobre o tema.

Considerando-se, em virtude dos fatos mencionados, as facilidades oferecidas pelo mundo globalizado, seja no que diz respeito à comunicação, seja quanto ao trânsito internacional de pessoas, além da difusão do conhecimento sobre a Convenção, pode-se dizer que é certo o crescimento do número de casos do gênero nos próximos anos. As estatísticas confirmam essa tendência.

## **2.5 Cumprimento da decisão de regresso e suas exceções**

Por fim, resta a questão do deferimento ou não do regresso. O que se deve observar é que a questão relativa ao regresso seguro da criança é o objetivo primeiro da Convenção.

É bom que se frise que a Convenção de Haia de 1980 não pode ser dissociada de todo o longo ordenamento jurídico mundial sobre proteção da criança.

Assim é que a Convenção para os Direitos da Criança estabelece, expressamente, que os países deverão desenvolver esforços para evitar o deslocamento ilícito de crianças para o exterior ou a retenção ilícita. Isso significa que o combate ao sequestro internacional de crianças decorre, também, da Convenção da ONU, em relação à qual deve ser reconhecida a máxima eficácia normativa possível. Se assim o é, as exceções para obstar a devolução da criança ao seu país de residência habitual devem ser interpretadas de maneira muito restrita. Isso significa que, para os fins da Convenção, o interesse superior da criança é sempre ser devolvida ao país de sua residência habitual, tanto que assim estabelece o art. 1º da Convenção.

Portanto, para os fins da Convenção, sempre o melhor interesse da criança é a sua devolução ao país de origem, ressalvados os casos em que esteja exposta a grave risco. No entanto, a moderna doutrina tem admitido que essa situação de grave risco (a justificar o não-retorno da criança) também é aplicável, por extensão, à mãe. Explica-se: na hipótese de a criança não estar submetida à situação de grave risco (como maus-tratos ou perturbações psíquicas), ocorrendo maus-tratos à própria mãe sequestradora, tal situação também pode ser invocada, a fim de justificar a permanência do menor, uma vez que, à toda evidência, está-se diante de uma situação abusiva, dentro do lar conjugal, e que trará, seguramente, transtornos à criança. Outra possibilidade de negativa de retorno (e, portanto, de permanência da criança) ocorre quando o requerente sem o direito de guarda concorda com o deslocamento (ou retenção) ou não tem razão legítima para se opor a este.

Mais tormentoso é o artigo 12, que trata da adaptação da criança ao país para onde foi ilicitamente deslocada ou retida. Tal exceção tem sido utilizada no Brasil, muitas vezes, para obstar o retorno da criança, hipótese em que o sequestrador conta, a seu favor, com a morosidade do Poder Judiciário. No entanto, isso não pode ser reconhecido por dois aspectos. O primeiro é que não se pode premiar o praticante de conduta ilícita, em prejuízo da ordem jurídica, convalidando uma situação que desde o início se revelou contrária à lei. Há vários exemplos práticos no direito pátrio e internacional. No direito internacional, tal ocorreu com a responsabilização, na Argentina, daqueles que adotaram, sem autorização legal ou consentimento dos pais, os

filhos dos desaparecidos políticos. No direito pátrio, deu-se com a responsabilização daqueles que raptam menores, para fins de adoção. O segundo aspecto é que não se pode privar o pai ou a mãe do convívio dos filhos, mediante ilegalidade em seu início. Ademais, o retorno da criança ao local de sua residência habitual não significa que esteja condenada a viver no país ao qual retorna.

O retorno da criança significa apenas que as questões que envolvem a guarda, pensão, posicionamentos dos progenitores (e tudo o mais que diga respeito à criança) serão apreciadas pelo juiz natural, que é o da residência habitual, o qual poderá, inclusive visando o interesse superior da criança, decidir que o melhor a ser feito é determinar que ela retorne ao país para onde foi inicialmente (e ilegalmente) deslocada. Esse ponto de vista é reforçado pela ressalva esclarecedora no voto proferido pelo e. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em que, apesar de ficar vencido, houve por bem colocar a questão de fundo.

Deve ser dito que a devolução da criança está dentro do mais legítimo e sincero sentimento de cooperação entre os povos, baseado na confiança e reciprocidade. É preciso, acima de tudo, superar qualquer tipo de nacionalismo, no sentido que o Poder Judiciário é que interpretará o que seja o melhor interesse da criança, porquanto, do contrário, criar-se-á um fosso intransponível na cooperação internacional e colocar-se-á o País à margem das boas relações entre as nações. Outrossim, o juiz, ao apreciar e deferir o pedido de retorno, pode aplicar salvaguardas ou medidas de proteção, a fim de garantir o retorno seguro da criança, por exemplo, condicionando que aquele que postula o retorno pague as passagens de volta, não somente para

a criança, como também para o progenitor (ou parente) que a sequestrou, de modo que todos os envolvidos retornem ao *locus quo* e consigam uma solução para seus problemas perante o juiz natural da causa. Tal medida tem se revelado de extrema eficácia e logrado a resolução de inúmeros conflitos.

Por fim, é recomendável que se tente a conciliação dos envolvidos, para que o retorno se faça de forma consensual, objetivando sempre evitar qualquer tipo de transtorno para a criança. Nesse sentido, há registros de exitosas conciliações envolvendo não apenas os pais, mas os Estados estrangeiros requerentes, que se comprometerem não só com as passagens de retorno, como também com auxílios para a subsistência do pai ou mãe sequestradora.

## 2.6 Quadro atual e perspectivas

Atualmente, tramitam perante a Justiça nacional inúmeros processos judiciais, nos quais a União, representada por sua Advocacia-Geral, busca a restituição de menores ilicitamente trazidos para ou retidos no território brasileiro. Além disso, a União tem participado, na condição de assistente do autor, de demandas de busca, apreensão e restituição movida por particulares, desde que cumpridos certos requisitos. Por outro lado, a Autoridade Central brasileira informa que de 2003 a 2009 o Brasil recebeu, de outros países, 210 (duzentos e dez) pedidos com base na Convenção e enviou, a outros países, 82 (oitenta e dois) pedidos sobre o tema.

Considerando-se as facilidades oferecidas pelo mundo

globalizado, seja no que diz respeito à comunicação, seja quanto ao trânsito internacional de pessoas, além da difusão do conhecimento sobre a Convenção, pode-se dizer que é certo o crescimento do número de casos do gênero nos próximos anos. As estatísticas confirmam essa tendência.

Sobre o tema, a revista jurídica “Leis & Letras”, editada em Fortaleza, sob a liderança de Marcos Duarte, em março de 2009, trouxe uma reportagem de capa sob o título: “Sequestro internacional de menores – a imagem do Brasil em xeque”, apresentando duas excelentes abordagens sobre o controvertido tema: um artigo do próprio Marcos Duarte, que há muitos anos estuda a matéria, e uma entrevista com o juiz federal Jorge Maurique, da Vara de Execuções Fiscais de Florianópolis.

Alerta Marcos Duarte que “a retenção de menor, de até 16 anos, em território nacional, sem a devida autorização do outro responsável pela guarda, é ilegal e injustificada, caracterizando ofensa ao dever de boa-fé que deve estar presente nas relações entre as pessoas”.

A existência de mais de uma centena de crianças, no Brasil, que foram ilegalmente trazidas dos países em que viviam, e sem que seja dada uma solução célere para as questões, tem comprometido a imagem de nosso país, que vem sendo denunciado no espaço internacional porque não está dando cumprimento às previsões da aludida Convenção de Haia. Recentemente, num encontro com nosso ministro Celso Amorim, das Relações Exteriores, a secretária de Estado dos EUA, Hillary Clinton, afirmou que o Brasil devia tomar providências para devolver um garoto, que está aqui, ao seu pai, com quem ele vivia. O incidente diplomático está latente.

Este caso ganhou enorme repercussão no país de Obama e Hillary, já tendo sido mostrado até no famoso programa de Larry King, da CNN. O “Fantástico” fez uma abordagem do assunto. O caso foi emblemático, dramático e trata de David Goldman (norteamericano) e Bruna Bianchi, brasileira, que viviam juntos em Nova Jersey, e em 2000 nasceu um filho deles, Sean. Em 2004, Bruna tirou férias, e veio passá-las com o filho, no Brasil.

Aqui chegando, requereu o divórcio e a guarda do filho, que, desde então, está em nosso país. Em seguida, Bruna passou a viver com um brasileiro, de tradicional família de juristas, e veio a morrer no parto da filha que teve com este, em 2008. A real e efetiva guarda do menino norte-americano está com o padrasto brasileiro que, pode-se dizer, é o pai sócio-afetivo. E o pai biológico lutou por anos, até que conseguiu que o filho retorne para sua companhia, nos EUA. A questão, como se vê, foi dolorosa, de difícil solução, e ganhou repercussão mundial.

Para colaborar com a questão, dispara a advogada Daniella de Almeida e Silva, do Mesquita Pereira, Marcelino, Almeida, Esteves Advogados ao analisar a Convenção de Haia perante casos de sequestro internacional de crianças que:

Mesmo quando envolve países não signatários da Convenção de Haia, a retirada de uma criança de seu domicílio habitual sem autorização de ambos os pais é considerada sequestro internacional, o que obriga a devolução imediata, para que o processo seja julgado no país de origem.

Ainda segundo ela, o entendimento foi firmado recentemente pelo TJ/SP, que determinou que duas crianças voltassem para Angola. O caso foi julgado pela Justiça Estadual justamente porque Angola não é signatária da Convenção. Para a Justiça, o caso se trata de uma ação de guarda, na qual pai e mãe disputam o direito à companhia permanente dos filhos.

De acordo com o advogado da mãe das crianças angolanas, Ricardo Zamariola Júnior, do escritório Tranchesi Ortiz, Andrade e Zamariola Advocacia, a decisão é um avanço do Judiciário. Segundo ele, quando a Justiça define a aplicação da Convenção, o juiz não determina que a guarda será do pai estrangeiro, e sim que o estado anterior seja restaurado. Diz: “Essa restauração pode ser feita mesmo que um país não seja signatário da Convenção”.

O casamento dos pais aconteceu em setembro de 2003, em Angola. As filhas nasceram no Brasil — a mais velha em janeiro de 2005, e a mais nova em março de 2007. A família foi morar em Luanda, na Angola. Em fevereiro de 2010, o casal se separou de fato e os órgãos competentes daquele país decidiram que a guarda das crianças seria da mãe.

No dia 28 de junho de 2009, o pai tirou as menores de Angola e as trouxe para Campinas (SP) sem o consentimento da mãe ou da Justiça angolana. No Brasil, ele deu entrada em processo que pedia a guarda das filhas. A 4ª Vara de Família de Campinas concedeu a guarda provisória.

Em julho de 2010, o mesmo juízo revogou a decisão e, por sentença, concedeu a guarda definitiva à mãe. Por meio de Mandado de Segurança, o pai obteve, no Tribunal de Justiça

de São Paulo, liminar que garantiu a permanência das filhas no Brasil até que sua apelação fosse julgada pelo próprio tribunal.

No último dia 10 de novembro, o recurso foi julgado e rejeitado por unanimidade pelos desembargadores da 7ª câmara de Direito Privado. Assim, foi determinando que as crianças voltassem com a mãe para Angola. O caso está sendo julgado lá.

Vale registrar também outras histórias: Em 2001, o menino Iruan Ergui Wu viveu a mesma situação. O pai de Iruan é taiwanês, e a mãe, brasileira. Depois da morte da mãe, o menino ficou sob a guarda da avó materna, brasileira. Mas o pai de Iruan o levou para Taiwan para conhecer a família paterna. Nesse meio tempo, o pai de Iruan morreu, e sua família recusou-se a devolver o menino para a avó brasileira. O conflito judicial durou até 2004, até que Iruan foi devolvido para a avó brasileira. Taiwan não é signatária da Convenção.

Em outro caso, julgado definitivamente no dia 12 de novembro de 2010, a Advocacia-Geral da União conseguiu, na Justiça, a devolução de dois irmãos, menores, ao Canadá. As crianças estavam retidas indevidamente no Brasil pela mãe desde setembro de 2009.

A mãe tentou suspender, no TRF da 3ª região, os efeitos de uma ordem judicial de 1ª instância que determinou o retorno das crianças ao Canadá, sem sucesso. Recorreu então ao STJ, onde a decisão foi novamente mantida, no início de 2011.

A carioca Maristela dos Santos teve dois filhos com o austríaco Sasha Zanger. Trouxe, da Áustria, ambos ao Brasil. Uma filha, porém, foi morta, vítima de maus tratos. A suspeita é que a tia e a prima da menina sejam culpadas. A mãe da criança

disse sofrer problemas mentais e, por isso, deixava as crianças com a irmã.

Zanger culpa a Justiça brasileira pela morte da filha. Ele diz que a menina e o irmão dela, de 12 anos, foram trazidos pela ex-mulher sem sua permissão.

Outra disputa envolveu um menino nascido no Rio Grande do Sul, filho de mãe brasileira e pai coreano. Quando a mãe morreu, o pai levou o menino para visitar parentes na Coreia, onde também morreu. O tio coreano da criança queria que ela ficasse no país. Já a Justiça coreana decidiu que o menor fosse devolvido para a avó materna, em Porto Alegre. Foi levado em consideração o laço biológico mais direto.

Assim, de acordo com a advogada Daniella de Almeida e Silva, do escritório Mesquita Pereira, Marcelino, Almeida, Esteves Advogados, a Convenção de Haia tem recebido respaldo da Justiça nos casos de sequestro. Explica: A Convenção trata dos aspectos civis da subtração internacional de menores, por meio de um sistema de cooperação de autoridades centrais e um procedimento célere.

Segundo ela, o número atual de 87 países signatários deve aumentar, devido à globalização. Uma PEC pode facilitar o julgamento de situações desse tipo. A PEC 512/2010 tem como objetivo transferir da Justiça Federal para a Justiça Estadual a competência de julgamentos de causas de interesses de crianças, mesmo que as razões estejam fundadas em tratados internacionais. O autor da proposta é o deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA). Segundo Daniella Silva, as varas da Família estão melhor aparelhadas para julgar esses casos. Afirma ela: “É importante

que o juiz ouça o corpo técnico de psicólogos, assistentes sociais, faça a análise na casa do pai, na casa da mãe, para descobrir o que é melhor para o interesse dessa criança”.

Segundo números da Advocacia Geral da União, desde 2002, o Departamento Internacional do órgão ajudou a repatriar mais de 20 crianças da Argentina, Itália, Portugal, Estados Unidos, Canadá, Suécia, Uruguai, Suíça, Alemanha, Inglaterra, Peru, Noruega, Holanda, Israel, Austrália e Paraguai. Mais de 40 crianças ainda esperam decisão da Justiça para saber se ficam no Brasil ou se voltam para seu país de origem. Entre 2003 e 2009, houve 210 pedidos de repatriação vindos do exterior.

Enfim, faz-se necessária a apresentação destes casos concretos para demonstrar a importância do estudo aprofundado sobre o seqüestro internacional de crianças no Brasil com base na Convenção de Direito Internacional de Direito Privado de Haia

### 3 Conclusão

Em virtude dos fatos mencionados, o sequestro configura-se quando um genitor ou responsável legal retira uma criança do seu meio original, transportando-a de um país para outro sem o consentimento do outro genitor ou responsável, ou quando, tendo sido dado o consentimento para a viagem a país diverso daquele em que residia, a criança passa a ser retida por tempo indefinido.

Embora o princípio *pacta sunt servanda* seja de fundamental importância para garantir a segurança jurídica nas

relações de caráter internacional privado, a Convenção não tem sido respeitada por alguns dos seus contratantes, ora invocando a superioridade de lei interna sobre tratado internacional, ora justificando a inaplicabilidade do instrumento pela demora das autoridades administrativas e judiciais do Estado onde tramita o processo. Nesse contexto, o Brasil é um dos países que mais recebe reclamações da comunidade internacional por ter se disposto a cumprir o tratado, mas, na prática, não fazê-lo. Diversos são os casos no Judiciário de primeira instância, mas em apenas duas ocasiões as cortes do país analisaram o sequestro internacional de crianças sob o prisma da Convenção.

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser possível a homologação de sentença estrangeira sobre o mesmo pedido com trâmite em órgão do Poder Judiciário nacional, por ofensa ao art. 90 do Código de Processo Civil e à soberania nacional. Na ocasião, o STF invocou incorreções processuais na sentença estrangeira e afastou a aplicabilidade da Convenção de Haia, sob o entendimento de que a homologação de sentença proferida no exterior não seria meio hábil para tratar do sequestro de menores. Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu não haver possibilidade de retorno da criança ao seu país de origem, uma vez que ela já havia se adaptado ao seu novo meio. Sobre o segundo caso, é importante tecer algumas considerações.

A Convenção contempla as hipóteses em que o retorno da criança não deve ocorrer para o país de onde foi retirada ilícitamente. São elas:

- a) prova de que o menor encontra-se integrado ao seu novo meio;

- b) quando o solicitante do retorno não exercia, de fato, o poder de guarda da criança na época da transferência ou da retenção;
- c) quando o solicitante, que não exercia o poder de guarda, posteriormente consentiu ou concordou com a transferência ou a retenção;
- d) prova de que existe risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, permanecer numa situação intolerável;
- e) se a autoridade administrativa ou judicial verificar que a criança já atingiu grau de maturidade suficiente para que as suas opiniões sejam levadas em consideração sobre a permanência no Estado em que se encontra;
- f) quando o retorno da criança for incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido, com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Deve-se ainda ressaltar que a própria Convenção indica a necessidade de que cada Estado contratante aponte uma autoridade central para, administrativamente, realizar atos de cooperação internacional com vistas a garantir o retorno da criança ao país de sua residência habitual e também para que, se for o caso, decida, com base na legislação local, quem terá a guarda definitiva do menor. O grande óbice presente em muitos

casos brasileiros que invocam a aplicação da Convenção da Haia reside, justamente, no fato de que não há indicação clara de uma única autoridade central para tratar do assunto ou, quando ela é especificada, na impossibilidade de se efetivar a comunicação relativa ao retorno da criança no prazo inferior a um ano. A consequência dessa morosidade é que dificilmente um magistrado brasileiro autorizará o retorno de uma criança ao seu país de origem, visto que ela já se encontra adaptada ao seu novo ambiente. O bem-estar da criança deve, sem dúvida, ser levado em consideração quando da decisão de mantê-la no país ou repatriá-la. No entanto, a primeira alternativa não pode predominar somente pela incapacidade administrativa do governo de implementar condições mínimas para a aplicabilidade da Convenção, pois é justamente essa omissão, disfarçada por boas intenções, que ofende a ordem jurídica, existente para garantir a convivência pacífica.

O Estado brasileiro não pode deixar de aplicar uma lei ou acordo a que tenha se submetido; caso se pretenda afastar a aplicação do tratado internacional (seja por ofensa à soberania nacional ou por reconhecer-se que o prazo estipulado pela Convenção é demasiadamente curto para se cumprir com todas as formalidades que ela indica), melhor seria não assumir compromisso externo para não desgastar a imagem de segurança jurídica do país frente às suas obrigações na ordem interna e internacional e evitar, assim, que o país continue a ser conhecido como um porto seguro para a permanência de todos aqueles que transferiram e/ou retêm ilicitamente uma criança.

**Abstract:** This study had as objective delineates a vision field on the abduction in Brazil, according to the Haia's Convention of Private International Law, an organization intergovernmental of global character. The specific objectives were: a) to identify, through the Haia's Convention, which, actually, it characterizes and it carts the abduction in Brazil; b) to present judicial decisions that, amid situations of abduction, look for the child's voluntary restitution or a friendly solution for guard's subjects; and c) to demonstrate the importance of the Haia's Convention as center international juridical cooperation, mainly, in what concerns protection areas to the child and to the family. The used methodology was bibliographical driven for the method of approach exhibitor. There were also appreciated, through the presented judicial decisions, which the authorities do to prevent larger damages to the child in this situation, beginning or helping to begin the procedure for the restitution, and making all of the necessary administrative arrangements to guarantee the child's restitution with the smallest possible risk, above all when there is the death of one of the parents. Being known that one of the most important points for the Convention is the respect to children's right, study revealed the civil aspects of the abduction, procedure subjects, execution of the return decision and their exceptions, besides the own analysis of the goods regarding this subject presents in the Haia's Convention of Private International Law. Then, this Convention spares the use of the rogatorias or congenerous instruments and, therefore, the child's well-being should always be taken into account when of the decision was maintain it in the country or to repatriate.

**Keywords:** Abduction, Haia's Convention of Private International Law.

## Referências

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id\\_site=4922](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id_site=4922). Acesso em 09/05/2011.

BRASIL. **Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000**. Planalto, Brasília, DF, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm). Acesso em 21/12/2010.

MESSERE, F.L.L. **Direitos da Criança: O Brasil e Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**. Brasília: UniCeub, 2005, p.81. Disponível em: <http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/Fernando%20Messere.pdf>. Acesso em 21/04/2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – A Criança no Direito Internacional Privado**. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

**REVISTA JURÍDICA CONSULEX** – Ano XII nº 284, 15 de novembro de 2008.



## Parecer em Ação Rescisória

AUTOR: Públio Caio Bessa Cyrino

---

Senhor Desembargador Relator.

Trata-se de Ação Rescisória movida por Maria Luíza da Silva Dantas, em face de decisão monocrática proferida em recurso de Apelação nos autos do Processo nº 2011.001816-6, oriunda da 1ª Câmara Cível, a qual declarou *Ex Officio* a prescrição do direito de propor ação Popular, decidindo com base no artigo 557, § 1º, A, do CPC.

Consta dos autos que em junho de 2003 a senhora Maria Luíza da Silva Dantas propôs ação Popular (fls. 42 a 58 dos presentes autos), que recebeu o nº 001.03.030134-4, contra a Superintendência de Habitação e Assuntos Fundiários do Estado do Amazonas – autarquia do Estado do Amazonas – em face dos beneficiários do ato, dentre eles, David Gomes David Barbosa e outros.

Naquela ação popular, a autora discutia a respeito de ato notarial, possivelmente realizado ao arrepio da lei, feito por iniciativa da então SUHAB, a qual 16 anos após ter efetivado um registro de loteamento de imóvel, solicitou e obteve diretamente no Cartório do 3º Ofício de Registro de Imóveis, a averbação no registro do referido loteamento, para incluir no memorial descritivo, feito há 16 anos pretéritos, diversos lotes, devidamente descritos na averbação nº 89/18.877, conforme anotações no

Livro 2 – Registro Geral, em 11 de abril de 2002.

O tema discutido na ação Popular, portanto, circunscrevia -se ao ato ilegal de averbação do registro, pois, segundo a autora daquela ação constitucional, a averbação não poderia ter sido feita, nos moldes como o fora, pois:

(a) na data em que se efetivara o registro do loteamento – 14 de outubro de 1986 – *os espaços livres* – figura tipificada no direito urbanístico – automaticamente passaram para o domínio do município, na inteira inteligência do artigo 22, da Lei nº 6.766/79. Logo, 16 anos depois de registrado o loteamento, não poderia a SUHAB, sob o bisonho argumento de “lapso” (vide fls.35 dos presentes autos), averbar (nos moldes como o fez) alteração do memorial descritivo e, sobretudo, vender bem que não mais lhe pertencia (desde 1986 já era do município, na inteligência do artigo 22, da citada lei urbanística).

(b) Alegou a autora da Ação Cidadã, que, não obstante constar da averbação citada a referência ao artigo 28 da mesma Lei de regência, isto não ocorreu, pois não provou a Ré que tenha acontecido – 16 anos depois do registro – qualquer acordo entre o loteador e os adquirentes dos lotes atingidos pela alteração, bem como não houve aprovação da Prefeitura de Manaus, nova titular do bem em questão, tudo como exige o artigo 28, da citada lei.

(c) Diz a autora, ainda em petição popular (fls. 50), que, ao final da averbação ilegal, o bem, então *espaço livre* de domínio do município, não lhe fora dada destinação social, pois fora vendido para fins especulativos. O certo é que 16 anos depois de registrado o loteamento, fora feita a referida averbação para

incluir lotes de propriedade duvidosa da SUHAB, fato ocorrido em 11 de abril de 2002 e, no mês seguinte, 24 de maio de 2002, os lotes foram vendidos a David Gomes David e outros.

Por tais razões, a autora manuseou Ação Popular, pretendendo ver desconstituída a referida averbação e seus jurídicos efeitos.

Consta dos autos que, à época da propositura da ação popular, ou seja, no ano de 2003, o Município de Manaus aderiu ao polo ativo daquela ação, assumindo e demonstrando ser a titular do bem vendido em razão da referida averbação.

O pleito foi reconhecido judicialmente por sentença de fls. 1017 a 1034 nos autos de origem e fls. 60 a 77 dos presentes autos.

Subiram os autos, por força da remessa necessária e por recurso voluntário de apelação, proposto por David Gomes David e outros., distribuídos para a 1ª Câmara Cível, com relatoria ao Desembargador Flávio Humberto Pascarelli Lopes.

Firmando-se no disposto no artigo 557, §1º, A, do CPC, o Desembargador Relator proferiu decisão monocrática, declarando *Ex Officio* a prescrição do direito de proposição da Ação Popular, para manter a validade e efeitos legais de todos os atos notariais e civis praticados pelas partes.

Desta decisão monocrática, foram intimadas as partes, transcorrendo os prazos *in albis*. Certificado o trânsito em julgado da decisão, os autos baixaram à 1ª Vara da Fazenda Pública, e, em seguida, fora proposta a presente Ação Rescisória contrária à decisão monocrática.

Ressalte-se que o Ministério Público não foi intimado

da decisão monocrática, somente tomando ciência desses fatos, agora, por ocasião da presente Ação Rescisória.

Processada a ação rescisória, foram as partes devidamente chamadas a Juízo e ofereceram contestação.

Processo com vista ao Ministério Público.

É o Relatório.

## QUESTÃO DE ORDEM: NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS

A competência monocrática delegada em sede regimental e legal aos membros de Órgãos Colegiados do Poder Judiciário não isenta o magistrado do dever de intimar nem subtrai o direito de ser o Ministério Público intimado, quanto à decisão proferida, se a pretensão deduzida pelas partes, é alcançada pelo interesse público ou a lei exige, expressamente, a intervenção do Órgão Ministerial.

Manuseando os presentes autos, a partir da leitura da decisão monocrática de fls19/24, da lavra do ilustre Desembargador Flávio Pascarelli, constato que sua Excelência omitiu a necessária determinação para intimação do “*Parquet*”.

Na decisão proferida, consta a seguinte ordem;

“Oficie-se ao Instituto de Planejamento Urbano – IMPLURB, à Superintendência d Habitação e Assuntos Fundiários, à Procuradoria Geral do Município de Manaus e ao Cartório do 3º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Manaus, notificando-lhes do inteiro teor desta decisão”.  
(s.g).

Como se denota, não houve determinação expressa de sua Excelência para que o Ministério Público fosse intimado da decisão. E, por isso, a Secretaria da 1ª Câmara deixou de adotar essa providência legal, limitando-se a cumprir as ordens expressas na decisão, inclusive, com publicação no Diário eletrônico.

É cediço que o Relator tem, por delegação regimental e por força do disposto no artigo 5457, § 1º, A, do CPC, poderes para decidir monocraticamente, podendo, inclusive, dar provimento a recursos, quando, e se, a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Nesse caso, por consequência, sendo decisão monocrática ajustada aos *restritos* parâmetros do citado dispositivo legal, é possível dispensar a intervenção *prévia* do Ministério Público.

Contudo, os poderes do Relator estão circunscritos ao *poder de decidir* de forma monocrática, como exceção à regra do colegiado. Em nenhum momento, está o Relator desobrigado de cumprir a determinação legal de *intimação do Órgão Ministerial* para ciência inequívoca de sua decisão.

A uma, porque o mesmo artigo do CPC que autoriza o Relator a decidir monocraticamente, afirma que essa decisão fica sujeita ao recurso, conforme *verbis*:

“§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”.

A duas, porque o Ministério Público sendo um legitimado a recorrer<sup>1</sup> *ex vi* da legislação processual, é obrigatória sua intimação, pois, daquela decisão monocrática para o qual não interveio, poderá manusear recurso pertinente, conforme dicção legal citada.

Assim, como poderia o Ministério Público manusear recurso em face daquela decisão, querendo, se dela não fora intimado na forma da lei?

Nesse sentido já se pronunciou o STF, no magistério do Ministro Celso de Melo, no julgamento da Medida Cautelar do Habeas Corpus 114.950 - Mato Grosso:

ALEGADO CONSTRANGIMENTO AO “STATUS LIBERTATIS” DO PACIENTE, MOTIVADO POR DEMORA NO JULGAMENTO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE “HABEAS CORPUS” INTERPOSTO PERANTE AQUELA ALTA CORTE JUDICIÁRIA. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, EM ATO SINGULAR, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA, EM SEDE REGIMENTAL, PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 192, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009). DIREITO SUBJETIVO AO JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS. PRERROGATIVA

---

<sup>1</sup> Art.499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.  
PRECEDENTES. “HABEAS CORPUS”  
DEFERIDO EM PARTE.

Mostra-se regimentalmente viável, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento imediato, monocrático ou colegiado, da ação de “habeas corpus”, independentemente de parecer do Ministério Público, sempre que a controvérsia versar matéria objeto de jurisprudência prevalecente no âmbito desta Suprema Corte. Emenda Regimental nº 30/2009. Aplicabilidade, ao caso, dessa orientação.

Ao assim proceder, fazendo-o mediante interna delegação de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, atenta às exigências de celeridade e de racionalização do processo decisório, limitou-se a reafirmar princípio consagrado em nosso ordenamento positivo (RISTF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557) que autoriza o Relator da causa a decidir, monocraticamente, o litígio, sempre que este referir-se a tema já definido em “jurisprudência dominante” no Supremo Tribunal Federal.

Inferese que a Suprema Corte entende possível, em certos casos, seja por via Regimental, seja por força da lei, *decisão monocrática* de membro do Colegiado, *mesmo sem intervenção do Ministério Público*.

Pois bem. Mas o acórdão continua:

Nem se alegue que essa orientação implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem

reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Ao entendimento da Suprema Corte, o poder de decidir monocraticamente, não afasta o direito subjetivo à decisão colegiada, o qual se mantém preservado em face da possibilidade de recurso contra a decisão monocrática (agravo). Assim, ao tempo em que resguarda o direito ao julgamento, em tempo razoável, na busca da celeridade da prestação jurisdicional (hipótese do artigo 557, §1º-A, CPC), não descuidou de *salvaguardar o direito de recurso*, como relatado no Acórdão transcrito, bem como no disposto no § 1º, do artigo 557, CPC (*Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento*).

É de domínio público o disposto no artigo 127, da CF: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (s.g)

No exercício do mister constitucional de “defesa da ordem jurídica”, o Ministério Público pode ser autor de ações judiciais, bem como atuar na qualidade de “custos legis” – típica atividade fiscalizatória que pode ocorrer na modalidade de intervenção anterior à sentença, falando depois das partes, ou na modalidade de intervenção recursal, pois a *defesa da ordem jurídica alcança qualquer instância ou fase do processo*. Daí a exegese do Art .499, CPC, o qual assegura que o recurso pode ser interposto

pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

Por essa razão, além das demais outras, o Ministério Público deve ser intimado de todas as decisões nas quais poderia ou deveria ter atuado, ou seja, naquelas hipóteses do artigo 82, do CPC e demais legislações específicas.

Para se ter certeza de que era obrigatória a intimação do “Parquet”, além das razões já referidas acima, basta que se responda a seguinte indagação: Se a decisão houvesse de ser colegiada, teria o Ministério Público, necessariamente, vista dos autos para intervir como fiscal da lei?

A resposta é certamente SIM, visto tratar-se de recurso em ação popular, na defesa da moralidade pública, bem como o próprio direito de fundo da ação originária, que versava sobre registros públicos, parcelamento do solo urbano, alienação de bens públicos, tudo de interesse público a reclamar a intervenção ministerial.

Apenas para ilustrar um pouco mais o tema, leia-se decisão do STJ<sup>2</sup>:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO  
– DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE  
REFORMA AGRÁRIA – INTERVENÇÃO  
OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO FEDERAL – INTIMAÇÃO  
PESSOAL MEDIANTE ENTREGA DOS  
AUTOS DESRESPEITADA.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a intimação do Ministério Público deve ser pessoal, mediante carga dos autos (art. 18,

---

<sup>2</sup> REsp 642846 PR 2004/0021376-9. Ministra ELIANA CALMON. DJ 19.12.2005 p. 332

II, h, da LC75/93 e art.238 § 2º, do CPC), começando a correr os prazos processuais a partir da sua entrega no protocolo administrativo do órgão.

2. Acórdão recorrido que desatendeu às disposições legais.

3. Recurso especial do MPF provido. Prejudicado o recurso especial do INCRA.

No caso acima, em razão do direito de fundo – desapropriação para fins de reforma agrária – patente a necessidade de intervenção do Ministério Público, o qual deveria ser intimado pessoalmente para se manifestar, sob pena de nulidade.

Também<sup>3</sup>:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. EMENDA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL COMO CUSTOS LEGIS. NULIDADE DO ACÓRDÃO.

Na ação popular, é obrigatória a intimação do Ministério Público Federal, para intervir no feito, como custos legis, nos termos dos arts. 6º, 4º, e 7º, inciso I, a, da Lei n. 4.717/1965. Hipótese em que se verifica a falta de intimação do Ministério Público Federal, na segunda instância, o que acarreta a nulidade do acórdão. Embargos de declaração parcialmente providos, para anular o acórdão e determinar a abertura de vista dos autos ao Ministério Público Federal.

---

<sup>3</sup> EDAC 133683 DF 2000.01.00.133683-0. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO. DJF1 p. de 23/05/2011

Portanto, resta evidenciado que competência monocrática delegada em sede regimental e legal, aos membros de Órgãos Colegiados do Poder Judiciário, não isenta o dever de intimar, nem subtrai o direito do Ministério Público ser intimado, quanto à decisão proferida, se a pretensão deduzida pelas partes é alcançada pelo interesse público ou a lei exige, expressamente, a intervenção do Órgão Ministerial, como sói ser o presente caso: ação popular, discutindo direito relacionado ao parcelamento do solo urbano, loteamento e registro público, tudo evidencia o interesse público e necessária intervenção do Ministério Público na lide.

Destarte, por não ser a primeira vez que esse fato se dá, suscito a presente QUESTÃO DE ORDEM, no sentido de que seja deliberado por estas Câmaras Reunidas o entendimento de que, na *hipótese de decisões monocráticas* tomadas por membros dos órgãos colegiados, seja salvaguardado o dever do magistrado e o direito do Ministério Público à intimação da decisão proferida, na forma da lei.

Embora ciente de que esse vício decorrente da falta de intimação do Órgão Ministerial, com assento na Câmara de origem, resulta na ausência de trânsito em julgado daquela decisão para o Ministério Público, creio que a presente ação rescisória, por sua abrangência, supre, por ora, com a presente intervenção *custos legis*, o interesse Ministerial então renegado, razão pela qual, apenas, suscito o tema como QUESTÃO DE ORDEM para prevenir futuras situações similares.

Passo à análise da Ação.

## DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

## (A) DA DECISÃO DE MÉRITO

Nos termos do disposto no artigo 485, “caput”, do CPC, para admitir-se o julgamento da ação rescisória, é necessário que a decisão que se pretende rescindir seja uma decisão com *resolução de mérito*.

No caso em exame, o Relator do recurso de apelação voluntária e necessário – arrimado no art. 557, § 1º -A, do CPC, portanto, monocraticamente, entendeu que ocorrera a *prescrição* do direito de ação discutido na origem em face do transcurso do quinquênio.

Consoante regra insculpida no artigo 269, IV, do CPC, haverá *resolução de mérito* quando o juiz pronunciar a *prescrição*.

Isto é pacífico. Mas, para ilustrar:

AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA EXTINTIVA DO PROCESSO POR HAVER PRONUNCIADO A PRESCRIÇÃO DE AÇÃO POPULAR. SENTENÇA DE MÉRITO EQUIVALENTE À DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SUJEIÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

A sentença extintiva do processo de ação popular, *por haver pronunciado a prescrição, é de mérito* (art. 269, IV, CPC) equivalente à de improcedência da ação e só transita em julgado após sua obrigatória apreciação pelo Tribunal por força do duplo grau de jurisdição consagrado no art. 19, da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em julgar o autor carecedor de ação rescisória e decretar a extinção do respectivo processo. Dj 17.01.11.

E mais:

“Na hipótese em exame, verifica-se que a União não foi afastada do polo passivo da demanda, mas sim acolhida a *arguição de prescrição* em seu favor, o que acarretou o julgamento do mérito da causa, extinguindo-se o processo, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, formando-se coisa julgada material. Assim, não há falar em deslocamento da competência para a Justiça Estadual, sendo, inaplicável o verbete sumular 42/STJ”<sup>5</sup>.

Com efeito, afasta-se qualquer eventual dúvida a respeito da natureza da sentença ora atacada, configurada que restou se tratar de *resolução de mérito*, o que assegura o primeiro requisito para admissibilidade da presente ação.

#### (B) DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO

Segunda condição para conhecimento da ação rescisória é o seu *trânsito em julgado*. No caso, consta, às fls. 29, certidão dando conta que a decisão ora atacada transitou em julgado para a autora, no dia 11.05.2011, sendo a presente ação proposta em 29.06.11, portanto, tudo de acordo com os prazos de lei exigidos na espécie.

#### (C) DA PRELIMINAR DAS REQUERIDAS.

Em sede de preliminar, foi alegado por todos os

---

<sup>5</sup> AgRg nos EDcl no REsp 1009602 / PA. STJ 1ª T. D; 16/12/10.

requeridos que falaram nos autos, a *inépcia da inicial*, merecendo, por isso, segundo eles, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, I, c/c art. 295, I, todos do CPC.

A razão da preliminar alegada se fundara na inexistência de cumulação de *judicium rescindens* com *judicium rescissorium*.

Consoante os réus, ao teor do artigo 488, I, CPC, seria *obrigatória a cumulação* de tais pedidos, sob pena de indeferimento da inicial.

Sem razão os requeridos.

O disposto no artigo 488, I, CPC, é de clareza cristalina: “cumular o pedido de rescisão, se for o caso, com o de novo julgamento da causa” (s.g).

Existe partícula condicional “*se for o caso*”, donde somente obriga a cumulação de pedidos nas hipóteses que o caso requeira.

No caso em exame, não é necessário, ou, melhor, nem mesmo se afigura possível cumular tais pedidos, como querem os réus nesta preliminar.

É que a decisão monocrática ora atacada pela ação desconstitutiva, fixou-se, exclusivamente, na questão da declaração *ex officio* de prescrição do direito de ação.

Na hipótese, o Colegiado das Reunidas Câmaras não poderia, ainda que pedido houvesse, proferir julgado além do *judicium rescindens*, pois estaria hipertrofiando sua competência de julgar, praticando nítida subtração de instância – em termos de competência funcional e hierárquica.

Portanto, cabe a este Colegiado única e exclusivamente, *desconstituir* ou *manter* a decisão monocrática, sendo certo que, se

procedente a presente ação, caberá a 1ª Câmara Cível, de onde se originou a decisão guerreada, admitida a apelação, julgá-la em sua devolutividade.

Afasto, pois, a preliminar arguida.

## (D) DO FUNDAMENTO DO PEDIDO DE RESCISÃO

Estriba-se a presente ação no artigo 485, IX, do CPC, o qual assim se apresenta redigido: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: IX fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;”.

Comentando esse dispositivo, preleciona Barbosa Moreira, do alto de seu magistério<sup>6</sup>:

“Quatro pressupostos hão de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que ‘não tenha havido controvérsia’ sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido ‘pronunciamento judicial’

O conceito de erro de fato, delineado pelo § 1º do art. 485 do CPC, deve ser compreendido como um erro de apreciação ou de percepção da prova trazidos aos autos do processo.

---

<sup>6</sup> José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao CPC, Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Ed. Forense, págs. 148/149

Os requeridos alertam para o que é pacífico na doutrina e jurisprudência: não há como admitir a rescisória pela valoração ou interpretação do acervo probatório, pois tal gesto significaria reapreciação das provas, inadmitido na rescisória.

É verdade. O erro de fato, não consiste em erro de valoração ou de interpretação sobre a subsistência ou relevância de um fato, mas, na verdade, consubstancia-se em *falsa percepção* dos sentidos, de tal sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente.

Citam os réus, jurisprudência do STJ onde se afirma que “Em consequência, o erro que justifica a rescisória é aquele decorrente da desatenção do julgador quanto à prova, não o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela, porquanto a má valoração da prova encerra injustiça, irreparável pela via rescisória”.

Segundo os próprios réus, registra-se, ainda, o mesmo precedente, que “a interpretação autêntica inserta nos §§ 1º e 2º dissipa qualquer dúvida, ao preceituar que há erro quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

E, finalmente, colacionam trecho do mesmo aresto do STJ, afirmando:

“Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento ou, inversamente, quando se

leva em consideração elemento bastante para o julgamento que não consta dos autos do processo.”

Examinemos o tema.

Primeiramente, o que diz abalizada doutrina – com a qual os réus concordam, pois eles próprios colacionam o mesmo material.

Segundo a doutrina, quatro pressupostos hão de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade.

(a) Que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente.

Feliz a doutrina ao enunciar tal interpretação. Isso significa dizer que o “fato” sobre o qual se imputa o *erro do juiz* é a premissa de seu julgado. Sendo a premissa errada” (falsa), a conclusão seria, por imperativo lógico, também errada.

Isso porque toda sentença, a despeito de sua racionalidade decorrente do exercício de inteligência do magistrado, é um verdadeiro silogismo, composto de motivos (premissas) e decisão (conclusão). Como ato de inteligência, a sentença contém um *silogismo*, daí a necessidade de esta resumir todo o processo, a partir da pretensão do autor, a defesa do réu, os fatos alegados e provados, o direito aplicável e a solução final da controvérsia.

É verdade que autores existem os quais questionam a assertiva de que seja a sentença *mero* silogismo lógico. Também entendo que não se trata de “mero silogismo”, na medida em que em certos e muitos casos, o juiz se vê diante de um problema em que a *premissa maior* (a Lei) não é suficiente para alcançar os fatos

deduzidos em juízo, valendo-se, pois, de valores, de costumes, de analogias, construindo uma decisão à luz da racionalidade, justificada posteriormente, sem que se tenha procedido apenas a um juízo dedutivo.

Nesse passo, importar destacar que a *teoria silogística* não é método que se resume em achar que a “justeza” das decisões possa ser derivada apenas de um procedimento *inferencial*, dedutível, e que seja essa dedução única resposta possível ao direito.

É óbvio que a sentença não se resume a um “mero” silogismo, sob pena de ser negada a dialeticidade dos fatos e reduzir o juiz a um autômato, um computador.

Sobre isso no diz Jessé de Andrade Alexandria<sup>7</sup>:

Longe de ter, tão-somente, uma estrutura lógica, que se apresenta do ponto de vista formal, a sentença deve buscar o diálogo com outras formas de pensar, o que faz supor que a decisão máxima de um julgador tenha natureza dialética, reflexo dos paradoxos, contradições e antagonismos sociais. Não fosse assim, por que, por exemplo, no âmbito do Direito Constitucional, o julgador tem de fugir da lógica tradicional e buscar o alcance dos princípios constitucionais, quando do aparente conflito existente entre alguns deles, dialogando com outras ciências humanas e sociais, tirando o Direito do isolamento e da neutralidade kelsenianas?

---

<sup>7</sup> AS MOTIVAÇÕES DA SENTENÇA E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA NOVA CONSTRUÇÃO IDEOLÓGICA. [www.esmarn.tjrn.jus.br](http://www.esmarn.tjrn.jus.br).

Porém, todos os autores<sup>8</sup> são obrigados a concordar que, no mínimo, a *“justificação silogística seria um modo de apresentação de uma decisão, ainda que obtida por um procedimento não silogístico”*, quando a sentença for constituída sem mera inferência ou dedução.

Para fundamentar a importância do uso dos silogismos, Mac Cormick<sup>9</sup> põe como pressuposto a necessidade de o juiz declarar e expor, publicamente, as razões justificadoras para a sua decisão. Não basta apenas deduzir logicamente uma conclusão; seria preciso explicitar *passo a passo*, como se chegou a tal decisão. Mac Cormick é explícito ao afirmar que em certas circunstâncias uma decisão é *“justificada legalmente por meio de um argumento puramente dedutivo”* (s.g).

Portanto, ainda que considerada como *“modo de apresentação”*, a sentença obedece uma lógica silogística.

Sem aprofundar o estudo da lógica, mas apenas para ilustrar, recorde-se que silogismo pensado por Aristóteles é constituído por três proposições. A primeira, chamada de premissa maior, e este seria um antecedente de maior generalidade; a segunda, chamada de premissa menor ou termo médio, que também seria um antecedente, mas de menor extensão; a articulação das duas formaria a terceira, chamada de conclusão ou síntese.

---

<sup>8</sup> PARINI, Pedro. Mestrando em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. *“O RACIOCÍNIO DEDUTIVO COMO POSSÍVEL ESTRUTURA LÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL: silogismo versus entimema a partir da contraposição entre as teorias de Neil MacCormick e Katharina Sobota”*. [www.compedi.org.br](http://www.compedi.org.br):

<sup>9</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 35. *“acts are not determined by logic, they are determined by the choices of agents”*.

Nas lições de Lucas Vieira<sup>10</sup>, Aristóteles distingue dois grandes tipos de silogismos: o dialético e o científico. O primeiro é aquele cujas premissas se referem ao que é apenas possível ou provável, ao que pode ser de uma maneira ou de uma maneira contrária e oposta, ao que pode acontecer ou deixar de acontecer. Suas premissas são hipotéticas e por isso sua conclusão também é hipotética. Já o segundo se refere ao universal e necessário, ao que é de uma maneira e não pode deixar de ser, o que é absoluto. Suas premissas são apodíticas e sua conclusão também é apodítica.

Pois bem.

Voltando ao silogismo dialético, podemos observar, também, que este comporta argumentações contrárias, porque suas premissas são *meras opiniões* sobre coisas ou fatos possíveis ou prováveis. As opiniões não são objetos de ciência, mas de persuasão. A dialética é uma discussão entre opiniões contrárias que oferecem argumentos contrários, vencendo aquele argumento cuja conclusão for mais persuasiva do que a do adversário. “O silogismo dialético é próprio da retórica ou arte da persuasão, na qual aquele que fala procura tocar o emocional dos ouvintes e não no raciocínio ou na inteligência deles”, diz Lucas<sup>11</sup>.

O silogismo científico, por outro lado, não admite premissas contraditórias. Suas premissas são universais e sua conclusão não admite discussão ou refutação, mas exige *demonstração*, que é o processo de provar empiricamente que o fato a qual se relaciona é verdadeiro.

---

<sup>10</sup> A Distorção do Silogismo Aristotélico na Escola da Exegese. [www.webartigos.com](http://www.webartigos.com)

<sup>11</sup> Op cit.

A “*teoria silogística da sentença*” é recepcionada na *jurisprudência brasileira*, a qual vê na sentença judicial, elementos necessários do sistema de silogismos.

Veja -se<sup>12</sup>:

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA. NULIDADE. Tratando-se a sentença de um processo de silogismos vários de que se valerá o juiz para chegar à decisão, sendo produto de um trabalho lógico, ausente a lógica, já que, dos raciocínios postos, não se extrai a conclusão esposada, outro não poderá ser o caminho senão a desconstituição do decum. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ACOLHIDA. APELO PROVIDO.

Ainda:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BUSCA E APREENSÃO (DL 911/69) – PURGAÇÃO DA MORA – DECISÃO JUDICIAL COM FUNDAMENTAÇÃO ESTRANHA AO OBJETO DA CONTROVÉRSIA – DISPOSITIVO QUE NÃO SE APRESENTA COMO CONCLUSÃO LÓGICA - AUSÊNCIA DE SILOGISMO JURÍDICO QUE EQUIVALE

A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 93, IX, DA CF – SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO PARA QUE OUTRA SEJA PROFERIDA – RECURSO PREJUDICADO.

A esquematização lógica da sentença se

---

<sup>12</sup>. Apelação Cível Nº 70010859965, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 28/09/2005

consubstancia num silogismo, em que a premissa maior é a norma a ser aplicada, enquanto que a situação particular, focalizada na ação, constitui a premissa menor. Figura a parte dispositiva da sentença, como conclusão do silogismo (Frederico Marques). Há um defeito de fundamentação da sentença que se pode reputar equivalente ao de sua inexistência: é o de falta de coerência lógico-jurídica entre a motivação e o dispositivo (STF). (TAPR - AC 121089300 - LONDRINA - 6ª C.Cív. - Rel. Juiz Mendes Silva - DJPR 14 .05.1999).

Assim, recepcionada a lógica jurídica, como estruturante da sentença, se o magistrado se debruça sobre um *fato existente* nos autos, *o qual não deveria ser o fato a merecer sua avaliação*; ou se constrói uma argumentação sobre um *fato que não existe* nos autos, está configurado o “erro de fato”.

No caso em exame, esse pressuposto doutrinário se faz presente.

Durante a ação popular (doravante AP) no juízo de piso, *foi requerido pela autora*, a declaração da nulidade da averbação nº 89/18.877, feita no Livro 2, Registro Geral (vide cópia da petição inicial da ACP às fls.58, parte final).

Consoante documento de fls., 35, essa averbação fora feita em 11 de abril de 2002.

Essa averbação fora questionada judicialmente na AP em face da alegada ilegalidade do ato. Como consequência, tudo que dela decorreu deveria ser nulificado.

Esse era o fato sobre o qual se formularam os pedidos na AP.

Em sede de apelação e de remessa necessária, o ilustre Desembargador Relator, com arrimo no artigo 557, §1º, A, do CPC, houve por bem julgar monocraticamente ambos os recursos, declarando *ex officio* a *prescrição do direito promover a ação popular*, entendendo que haveria incidência do artigo 21, da LAP, o qual admite que a prescrição ocorre em cinco anos, incidindo, pois, na hipótese do artigo citado.

Embora corretíssimo quanto a afirmar que prazo prescricional para proposição de ação popular é de cinco (05) anos, se houve em “*erro de fato*” o ilustre Desembargador Relator, porque tomou como data para contagem do início do prazo prescricional, um fato contido nos autos, mas o qual não era acertado utilizar como parâmetro. Em vez de contar o prazo a partir da averbação nº 89/18.877, feita no Livro 2, Registro Geral – que fora o fato gerador da ação popular –, ignorou esse fato e debruçou-se sobre outro não pertinente à ação de piso, a saber, contou a prescrição a partir da data do registro do loteamento, ou seja, o ano de 1986.

Ora, o próprio Desembargador Relator da decisão monocrática atacada, às fls. 22 destes autos, afirma que:

“Está claro que o prazo prescricional para a propositura da Ação Popular encetou seu curso a partir do momento em que o autor teve seu suposto direito violado. (sg).

“No caso em voga, o início do decurso do prazo foi da data em que foi efetivado o loteamento, ou seja, no ano de 1986”.

“Ora, a presente demanda somente foi proposta no ano de 2003” (digo eu, portanto, prescrita, sob sua ótica)

Façamos uma análise do silogismo contido em sua decisão monocrática.

Quando estudamos a disciplina Lógica Formal na universidade, nos deparamos com o clássico exemplo de silogismo:

*Todo homem é mortal, (1ª premissa, ou Maior e antecedente)*  
*Ora, Sócrates é homem, ( premissa média, de ligação)*  
*logo, Sócrates é mortal. ( premissa concludente).*

Observe-se que a premissa maior (1ª premissa) e a premissa menor (termo médio) são proposições verdadeiras, apodíticas, o que levaria a uma conclusão necessariamente verdadeira.

Por outro lado, observe outro silogismos:

*O que é raro é caro*  
*Ora, carro barato é raro,*  
*Logo, carro barato é caro.*

Como seria possível algo ser ao mesmo tempo *barato e caro?*

Ocorre que, neste silogismo, introduziu-se, no termo médio, uma proposição com *sentido distinto* da premissa maior. *Raro*, na premissa maior, tinha sentido semântico de algo *precioso, admirável, extraordinário*. Contudo, na premissa menor (termo médio ou de ligação) introduziu a mesma palavra “*raro*”, porém, com sentido semântico distinto, a saber, significando “*que não é comum, que poucas vezes se encontra*”.

De sorte que, havendo sentidos semânticos distintos, a força da argumentação confundirá o interlocutor, passando uma conclusão falsa, com aparente verdade.

Lembre-se que as premissas, isoladamente, não são *raciocínios*, mas apenas juízos no sentido de afirmações ou proposições.

Na verdade, o *raciocínio* acontece quando passamos de juízo em juízo, ou seja, de proposição a proposição, estabelecendo os nexos existentes nelas, de forma que uma passa a ser *causa* da outra, ou seja, uma passa a ser *antecedente* e a outra *consequente*. Isto é o *silogismo*: *o raciocínio no qual a conclusão brota qual consequência necessária das suas antecedentes*.

Concebendo a sentença à luz da teoria silogística, analisemos o contido na decisão atacada nesta rescisória.

Diz sua Excelência, o Desembargador Relator, às fls.22 dos autos:

(1ª premissa)

“Está claro que o prazo prescricional para a propositura da Ação Popular encetou seu curso a partir do momento em que o autor teve seu suposto direito violado. (sg).

(Termo Médio)

“No caso em voga, o início do decurso do prazo foi da data em que foi efetivado o loteamento, ou seja, no ano de 1986”.

Conclusão

“Ora, a presente demanda somente foi proposta no ano de 2003” (logo, conclui-se, já ocorreu a prescrição!!!)

Analisemos a presente decisão à luz da teoria silogística.

1ª premissa: “A Ação Popular encetou seu curso a partir do momento em que o autor teve seu suposto direito violado” (fls. 22, *fine*). Ou

seja, a prescrição começa a contar do momento em que o autor teve seu suposto direito violado.

Tal premissa ou proposição é verdadeira. O termo inicial para apurar o quinquênio prescricional, deve ser contado do momento em que o autor teve seu suposto direito violado. Por isso, com acerto, sua afirmativa e os bem colacionados arestos que trouxe para dentro de sua decisão monocrática.

Porém, quando fez a *segunda proposição*, que é o termo médio ou de ligação, instituiu uma *falsa premissa*, o que a torna *inválida*, afirmando:

2ª premissa ou premissa média: “No caso em voga, o início do decurso do prazo foi da data em que foi efetivado o loteamento, ou seja, no ano de 1986” (fls.22, fine)

Conforme relatamos anteriormente, o momento em que se deu a suposta violação de direito ou prática de ilegalidade não ocorreu quando da efetivação do registro do loteamento, mas, exatamente, no momento da averbação ao registro, ou seja, em outro momento. A prova maior disso é que essa possível ilegalidade (a forma como se deu a averbação) é a *causa de pedir*, sendo a *anulação da averbação o pedido*, contidos na ação popular, conforme expressa às fls. 49 e 58 dos presentes autos. É manifestação expressa, extreme de dúvidas. O ato atacado naquela AP fora a averbação ilegal, do que decorreu a consequente venda de parte do loteamento e outras consequências.

Em *nenhum momento do processo*, a autora da AP ataca o registro do loteamento. Ao contrário. Afirma a autora da AP (ora autora da rescisória) que tão logo fora efetivado o registro do

loteamento (1986), passaram a integrar ao domínio do município os espaços livres, constantes do projeto e do memorial descritivo, e que, por isso, não poderia mais, naquele momento (ano de 2002), ser averbado (e da forma como fora) e, conseqüentemente, alienado pelo poder público. É a regra do artigo 22 da Lei 6.766/79.

Assim, ficou claro que a autora não se opôs ao registro do loteamento feito em 1986, (como entendeu o Relator) mas, ainda, o tomou como válido (*embora duvidosa essa validade, penso eu*) para poder reclamar a incidência do artigo 22, da referida e citada Lei.

Seria ilógico, para a autora da ação popular e da presente rescisória, ter, como marco da violação de seu direito, o *registro do loteamento feito em 1986* (como afirma o Desembargador Relator), se fora exatamente esse registro que dera causa à incidência da hipótese do artigo 22, da Lei em regência, ou seja, tornou-se o fato gerador desse direito, conforme contido na petição da autora da ação popular, às fls.48 dos presentes autos. Pensar ao contrário seria como concluir que “carro barato é caro”, ou seja, um grande paroxismo.

Na verdade, a lógica é outra. Podemos, perfeitamente, construir um silogismo válido, a partir dos fatos e do pedido da autora na AP. Assim ficaria:

Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do município as áreas livres, constantes do projeto e do memorial descritivo (art.22, da LU),

Ora,

o registro do loteamento se consolidou em

1986, logo

Em 1986, as áreas livres constantes do projeto e do memorial descritivo passaram a ser do município (e por isso a SUHAB não poderia ter feito a averbação em 2002).

Foi com esse embasamento que a ora Autora entendeu que a averbação (e não o registro) feita *a posteriori* era ilegal, pois, consolidado o registro em 1986, a então SUHAB, não poderia mais dispor do que não era seu, pois o bem discutido já passara ao município de Manaus desde aquela data. Por isso, a averbação – causa de pedir da AP – se apresentava ilegal.

Logo, é evidente que a autora não considerou o *registro do loteamento ocorrido em 1986* como fato violador de direitos, mas, tão somente, como *premissa válida* para questionar a legalidade da *averbação ao registro, este sim, como contido na AP, violador de direitos e da moralidade pública.*

Portanto, tomando como referência para o prazo prescricional para propositura da ação popular, momento errado, pois a violação do suposto direito se deu em decorrência da averbação e não do registro, configura-se a inserção de *um termo ou premissa ou proposição de ligação falsa*. Sendo o termo de ligação falso, a premissa concludente, necessariamente, será também falsa. Vejamos, novamente a premissa concludente estabelecida pelo Relator:

“Ora, a presente demanda somente foi proposta no ano de 2003”,  
(logo, prescrita”, digo eu).

A conclusão da decisão monocrática, necessariamente é falsa (em terminologia da Lógica) porque *embasada em proposição de ligação falsa.*

Façamos a *reconstrução* do silogismo da mesma decisão monocrática, a partir de premissa válida. Então teríamos:

*“A prescrição começa a contar do momento em que o autor teve seu suposto direito violado”,*

Ora,

*“No caso em voga, o suposto direito violado ocorreu com a averbação ao registro no ano de 2002”*

Logo,

*“a ação popular fora proposta dentro do prazo legal de cinco anos”.*

Portanto, estamos diante de típico “erro de fato”, pois, conforme assinalamos no início desta peça processual, o “erro de fato” consubstancia-se em *falsa percepção* dos sentidos, de tal sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente.

No caso, o Desembargador supôs como existente um fato (fato jurígeno) inexistente, em relação ao pedido da AP, ou seja, supôs que o direito supostamente violado fora o *registro do loteamento*, quando, na verdade, por ter sido, inclusive, a causa de pedir e pedido da ação popular, o direito violado se deu em razão da *averbação feita a posteriori*.

Assim, houvesse o Desembargador atentado para o fato certo contido nos autos, o resultado do julgamento seria outro.

Lembre-se o que os próprios réus colacionaram:

“Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento ou, inversamente, quando leva-

se em consideração elemento bastante para o julgamento que não consta dos autos do processo”.

Tudo isso aplica-se como luva ao caso em exame, portanto, evidenciando o primeiro pressuposto para a ocorrência do “erro de fato”: Que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente.

Passemos, então, ao exame do segundo pressuposto do “erro de fato”.

(b) *Que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente.*

É exatamente do simples exame dos documentos que chegaremos à conclusão do “erro de fato”.

E qual ou quais documentos?

A *petição inicial da ação popular* (cópia de fls.42 a 58), a qual resultou na sentença apelada e julgada monocraticamente, ora sob o crivo da rescisória, e a cópia do registro e averbação, contida às fls.35 dos presentes autos.

O pedido da autora na Ação Popular fora o *cancelamento da averbação nº 89/18.877, feita no Livro 2, Registro Geral do Cartório do 3º Ofício*, conforme consta expressamente às. fls.58, *fine*.

Vendo cópia do livro onde foram feitos respectivamente, o registro do loteamento e sua posterior Averbação (fls. 35), constato que a data da referida Averbação se deu em abril de

2002. E foi relacionado a essa averbação que se originou o pedido contido na ação popular – fls. 58 dos presentes autos –, eis que em decorrência de tal averbação, foram vendidas pela SUHAB áreas então consideradas de domínio do município, evidenciando ilegalidade.

Portanto, conforme exposto e manifesto naqueles autos, a autora da ação popular não se conformou com aquela averbação e seus efeitos. Daí que o prazo inicial para a contagem da prescrição do direito se deu no ano de 2002, ou seja, momento em que nasceu o possível ato violador de direitos, conforme pacífico entendimento jurisprudencial e sumulado, pelos tribunais superiores.

Conclui-se que não há necessidade de se produzir nenhum documento ou meio de prova para se chegar à conclusão de houve “erro de fato” por parte do prolator da decisão rescindenda.

Assim, passamos ao terceiro requisito doutrinário para admissão do “erro de fato”:

(c) Que não tenha havido controvérsia sobre o fato.

O terceiro requisito para admissão do “erro de fato”, diz respeito à inexistência de controvérsia sobre o fato.

A controvérsia é fenômeno processual evidenciado pela posição dialética do tema deduzido em juízo. Significa que um “ponto” deduzido no processo é contraditado por outra parte, transmudando o “ponto” para “questão controvertida”.

Logo, *“se a afirmação de determinado fato não é contrastada por uma afirmação oposta, colidente com ela, não há controvérsia e em princípio o reconhecimento do fato não depende de prova alguma (art. 334, inc.II)”*.

*“A controvérsia gera a questão, definida como dúvida sobre um ponto ou como ponto controvertido. Se não há controvérsia, o ponto (fundamento da demanda ou da defesa) permanece sempre como ponto, sem se erigir em questão. E mero ponto, na técnica do processo civil, em princípio independe de prova”<sup>13</sup>.*

Por duas razões óbvias, *não houve controvérsia* no julgamento da apelação que resultou nesta rescisória. Primeiro, pela própria *natureza da decisão monocrática*, proferida por membro de órgão colegiado, *ex vi* do art. 557, § 1º A, do CPC, não há sequer possibilidade de controvérsia, pois, é exatamente isso que a lei pretende evitar, em nome da economia processual e efetividade da jurisdição, sempre que a decisão recorrida estiver *“em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”*.

Ora, tão logo o Relator analisou a decisão recorrida – sentença de 1º grau – decidiu tema que considerou unicamente de direito – prescrição – e proclamou seu decisório, sem ter feito qualquer valoração dos argumentos de partes ou de Ministério Público, pois, na esteira do art. 557, § 1º A, do CPC, estava, em tese, desde logo, autorizado a decidir o feito.

Em verdade, se controvérsia houvesse ocorrido, o Relator a teria julgado, fato que não se deu, pois, a prescrição fora declarada *ex officio* e, sendo ato *sponte sua*, evidencia, por necessidade lógica, a ausência de controvérsia, visto que esta implica manifestação de outros sujeitos do processo. Portanto, a declaração *ex officio* da ocorrência de prescrição implica na inexistência de controvérsia, dado que esta somente existe pela

---

<sup>13</sup> Cândido Rangel Dinamarco - Instituto OCWBr@sil. internet

“provocação externa” em oposição ao ato de ofício.

Reconhecido o terceiro requisito de admissão do “erro de fato”, passemos para o último requisito da pacífica doutrina:

(d) Que sobre ele tampouco tenha havido pronunciamento judicial

Esse requisito, no caso em exame, é a pedra de toque da rescisória, na medida em que, se houvesse o Relator se pronunciado sobre *o fato do processo* que deixou de se pronunciar, o resultado seria outro, sem necessidade da presente rescisória.

Inobstante existir nos autos (fls. 35) documento que comprova a existência de dois fatos distintos (a) *registro* do loteamento feito em 1986 e (b) *averbação* ao registro feito em 2002, o Relator tomou como existente apenas um fato e, lógico, como inexistente, o outro fato do processo.

Lendo com percuciente olhar a decisão ora atacada, afirmo seguramente que, em nenhum momento de toda sua argumentação e decisão, o Relator fez qualquer menção possível à existência do outro fato do processo, ou seja, a averbação ocorrida em 2002.

Esperava-se que o magistrado colocasse, sob o mesmo patamar, os dois *fatos jurígenos* – *registro do loteamento de 1986 e averbação feita em 2002* – e sobre ele fizesse valoração, emitindo um juízo de valor sobre o fato que efetivamente seria o marco da contagem do prazo prescricional.

Se isso houvesse ocorrido, teria havido pronunciamento sobre o fato e não seria hipótese de “erro de fato”, mas evidenciada uma insatisfação com o juízo emitido sobre os fatos que resultaram na prova. Mas não foi assim.

*Rigorosamente* nenhum comentário fora feito sobre esse fato. Nenhuma vírgula, palavra, frase, comentário, referência. Nada! Absolutamente nada fora feito em relação ao outro fato. Isso, portanto, é suficiente para concluir que (a) o admitiu como inexistente no processo e (b) sobre ele não fez nenhum pronunciamento judicial (nem argumentativo nem decisório).

Portanto, o “erro de fato” se evidencia porque acabou por admitir como inexistente, nos autos, fato efetivamente existente, sem sobre ele dizer uma vírgula ou palavra, sendo certo que esse seria o fato a ser analisado para estabelecer a contagem do prazo prescricional: e não o fez.

Logo, por conclusão, o último requisito para admissão da rescisória, por “erro de fato”, se completou, merecendo a desconstituição do julgado.

### SOBRE FATO SUPERVENIENTE ALEGADO NA DECISÃO RESCINDENDA. DECISÃO *EXTRA PETITA* QUE DEVE SER AFASTADA *EX OFFICIO*.

Afirma o ilustre Desembargador Relator que não fosse apenas o reconhecimento *ex officio* da prescrição, outro fato processual conduziria ao provimento do recurso de apelação: o *fato superveniente*, decorrente da manifestação do Município de Manaus, através do IMPLURB – dando conta que a área litigiosa estaria “regularizada”. É o que diz a decisão de fls. 23, ora atacada.

Diz sua Excelência (fls. 23, parte final, destes autos) que: “o próprio Município colocou uma pá de cal sobre a questão ‘*sub iudice*’, já que a área litigiosa não é, nem nunca foi, área verde” (sg).

DUAS importantes considerações devem ser feitas nesse momento.

A primeira diz respeito ao argumento de mérito considerado pelo ilustre Desembargador, ao acolher informações do Órgão Municipal, como verdadeiro. Afirmou o Município e o acolheu o Desembargador que “*a área litigiosa não é, nem nunca foi, área verde*”.

Verdade, verdadeira, verdadeiríssima afirmativa do município. Porém, completamente desvinculada das pretensões deduzidas em juízo.

Pergunto eu: Quem e onde, naqueles e nos presentes autos, afirmou que o bem em litígio era **ÁREA VERDE**?

Desafio-o, senhor Desembargador Relator desta ação rescisória, a vasculhar a *petição inicial da ação popular*, a *sentença de 1º grau que deu origem à apelação* e a *petição da ação rescisória* e apontar em que linha ou parágrafo e em qual peça processual fora feita assertiva de que o bem envolvido no ato notarial em litígio era uma área verde?

Na verdade, Excelência, o que se afirmara o tempo todo, quando do debate na primeira instância, era que ao efetivar-se o registro do loteamento no ano de 1986, por imperativo legal disposto no artigo 22, da Lei nº 6.766/79, os espaços livres, constantes do memorial descritivo e integrante do registro do loteamento, passam a compor o domínio do município na exata data da efetivação do registro.

Questionou-se que a averbação tardia e possivelmente simulada reintegrou ao domínio da SUHAB áreas consideradas pelo então memorial descritivo como espaços livres.

Espaço livre é outro conceito do direito urbanístico, distinto do conceito de áreas verdes, e integra o tipologia do artigo 22, da citada Lei nº 6.766/79.

Apenas para indicar uns caminhos.

Na petição inicial da ação Popular, constam as seguintes passagens:

1. Página 48, item 17: “MM, Juiz, ocorre que a faixa de terra frontal a Estrada da Ponta Negra é espaço livre, pois na ocasião não estava dividida em lotes para a venda e, segundo a Lei 6.766/79, passam imediatamente ao domínio do município”. (sg).
2. Página 49, item 18: “...como facilmente pode ser constatado pela planta do loteamento, contudo, sem destinação comercial e, em assim sendo, é espaço livre e, como tal, de domínio do município”.(sg)

Por sua vez, na sentença de 1º grau, da qual resultou a apelação voluntária e remessa necessária, constam as seguintes passagens:

1. Página 71 dos presentes autos: “ Conforme se observa, de tudo o que consta dos autos, a SUHAB teria alienado uma área livre, sem destinação, devidamente loteada que, inicialmente, seria da Prefeitura Municipal de Manaus...”.(sg).
2. Página 73: “Além disso, como não poderia mais a ré SUHAB lotear a área que restou como espaço livre, não poderia também ter vendido, por não poder alienar bem que não lhe pertence”.(sg)

3. Página 73: “Ainda que se argumente que se trata de espaço livre, e o é, há que se respeitar as regras de alienação de bens públicos...” (sg).

4. Página 74: “Por outro lado, a área em litígio, apesar de não ser área afetada, por ser dominical ou espaço livre, da qual se está a discutir a validade dos contratos de compra e venda dos lotes...” (sg).

5. Página 74: “...evidentemente, por todos os documentos acostados aos autos, é de propriedade da Prefeitura de Manaus, por se tratar de espaço livre, sem destinação específica...” (sg).

Como se viu, do que pude extrair das peças que compunham o processo de origem e anexadas nos presentes autos, ninguém, em nenhum momento daquele processo, fez qualquer referência ao tema das áreas verdes, ora trazido pelo ilustre Desembargador em sua decisão atacada, como uma das razões de decidir, e, no caso, segundo sua Excelência, uma razão superveniente.

Ademais, é bom que se deixe claro, a pretensão deduzida em juízo, o conflito resistido, não é, diretamente, *o bem imóvel*, contido como *espaço livre* no primeiro memorial descritivo e devidamente registrado. Na verdade, a pretensão deduzida em juízo diz respeito ao ato *notarial ilegal*, consubstanciado na *averbação de nº 89/18.877*. O bem imóvel, apenas por via reflexa, faz parte do processo em discussão. Logo, a discussão (que de fato não existiu nos autos) sobre se é área verde ou não é *indiferente* ao deslinde nesse momento.

Porém, insisto, data máxima vênia, esse tema da área verde é estranho ao processo de piso, inexistindo, na petição da ação popular ou na sentença, sequer com força argumentativa e, menos ainda, em relação à causa de pedir ou pedido. Por isso, é uma decisão extra petita proferida na decisão monocrática e desprovida de qualquer sentido, visto que jamais poderia ser causa superveniente, se não fora integrante da pretensão deduzida.

A Segunda razão pela qual se deve afastar o fundamento da decisão monocrática ora atacada exsurge do fato de que o argumento trazido por sua Excelência – tema da área verde – não tem a força de se introduzir como situação contemplada pelo artigo 557, § 1º, A, do CPC.

É que somente matéria sumulada ou de jurisprudência pacífica dos tribunais superiores autoriza a decisão monocrática de membros de órgãos colegiados. Ao que consta, o próprio tema de venda de áreas verdes é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência e muito menos existe súmula sobre o assunto.

Com efeito, ainda que esse tema houvesse sido discutido no juízo de piso – fato que não ocorreu – qualquer decisão sobre isso estaria sujeita à reserva de competência plena do órgão fracionário do Tribunal, a saber, a 1ª Câmara Cível, por votação de todos seus integrantes e, jamais, por decisão monocrática.

De bom alvitre não esquecer que a delegação para decisão monocrática aos órgãos colegiados é uma exceção, pois, na esteira dos princípios que norteiam o duplo grau de jurisdição, subsiste o direito subjetivo ao julgamento colegiado. Razão maior da competência de derrogação sobre o juízo de grau inferior.

## DO PARECER FINAL

Diante de todo o exposto, ao requerer seja deliberado sobre a QUESTÃO DE ORDEM inserida na abertura deste parecer, opino pela procedência do pedido rescisório, devendo Estas Câmaras Reunidas rescindirem a decisão monocrática proferida nos autos da Apelação nº 2011.001816-6, laborada monocraticamente na 1ª Câmara Cível (decisão contida às fls. 19 a 24 dos presentes autos e às fls. 1128 a 1133 dos autos de origem), afastando-se a PRESCRIÇÃO então decretada, devendo a Egrégia 1ª Câmara Cível avocar os autos da apelação que ora se encontram no juízo de 1º grau e proceda-se ao julgamento da apelação na sua devolutividade plena em julgamento colegiado.

É o Parecer.

Manaus, 18 de outubro de 2012.

*Públio Caio Bessa Cyrino*  
*Procurador de Justiça*

