

Volume 17 - n. 36  
julho/dezembro 2012

ISSN 1415-112X

# Revista da esmape

Publicação da Escola Judicial de Pernambuco

**Da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape  
à Escola Judicial de Pernambuco**

Com o objetivo, inicialmente, de aprimorar o conhecimento dos juizes para o exercicio da funcao judicante e capacitar servidores, o Tribunal de Justica do Estado de Pernambuco (TJPE), em conjunto com a Associao dos Magistrados de Pernambuco (Amepe), inauguraram, no dia 11 de agosto de 1987, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape), momento em que se comemorava o 160º aniversario da instalao dos Cursos Juridicos do Brasil.

A solenidade foi presidida pelo ento presidente do Tribunal de Justica, o desembargador Claudio Amrico de Miranda, e contou com a participao dos juizes Aluiz Tenrio de Brito, presidente da Amepe, e Nildo Nery dos Santos, eleito o primeiro diretor da Escola.

Na ocasio, a aula inaugural foi proferida pelo desembargador Cristovam Daiello Moreira, do Tribunal de Justica do Rio Grande do Sul, fundador da primeira Escola de Magistratura no pas. No entanto, aps essa aula, a Esmape retomaria suas atividades em 10 de setembro do mesmo ano, com a instalao do primeiro curso dirigido aos magistrados aprovados em concurso, sob a superviso do juiz Og Marques Fernandes e reconhecido pela Resoluo nº 24, de 31 de maro de 1987, do Tribunal de Justica de Pernambuco.

Lanada a semente, a Esmape cumpriu o seu papel em preencher uma lacuna existente no Estado na formao de magistrado - e foi mais alm: tornou-se um centro de excelncia acadmica, reunindo todos os operadores do Direito que perseguem uma educao continuada e o aperfeioamento tico e profissional.

Cursos, palestras, simpósios, jornadas e congressos sempre fizeram parte do dia a dia da Escola, que mantm até hoje o inter-

Escola Judicial de Pernambuco

ISSN 1415-112X

# Revista da esmape

Publicao Cientfica e Semestral

Volumes 17 – n. 36  
julho/dezembro 2012

**Da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape à Escola Judicial de Pernambuco**

Com o objetivo, inicialmente, de aprimorar o conhecimento dos juízes para o exercício da função judicante e capacitar servidores, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE), em conjunto com a Associação dos Magistrados de Pernambuco (Amepe), inauguraram, no dia 11 de agosto de 1987, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape), momento em que se comemorava o 160º aniversário da instalação dos Cursos Jurídicos do Brasil.

A solenidade foi presidida pelo então presidente do Tribunal de Justiça, o desembargador Cláudio Américo de Miranda, e contou com a participação dos juízes Aluiz Tenório de Brito, presidente da Amepe, e Nildo Nery dos Santos, eleito o primeiro diretor da Escola.

Na ocasião, a aula inaugural foi proferida pelo desembargador Cristovam Daiello Moreira, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fundador da primeira Escola de Magistratura no país. No entanto, após essa aula, a Esmape retomaria suas atividades em 10 de setembro do mesmo ano, com a instalação do primeiro curso dirigido aos magistrados aprovados em concurso, sob a supervisão do juiz Og Marques Fernandes e reconhecido pela Resolução nº 24, de 31 de março de 1987, do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Lançada a semente, a Esmape cumpriu o seu papel em preencher uma lacuna existente no Estado na formação de magistrado - e foi mais além: tornou-se um centro de excelência acadêmica, reunindo todos os operadores do Direito que perseguem uma educação continuada e o aperfeiçoamento ético e profissional.

Cursos, palestras, simpósios, jornadas e congressos sempre fizeram parte do dia a dia da Escola, que mantém até hoje o inter-

Escola Judicial de Pernambuco

ISSN 1415-112X

# Revista da esmape

Publicação Científica e Semestral

Volumes 17 – n. 36  
julho/dezembro 2012

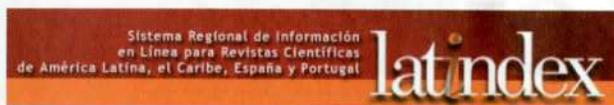
© Copyright by Escola Judicial de Pernambuco

A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMape, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.  
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

*Base de dado indexadora*



Revisão: autores e Profa. Esp. Euliene Staudinger  
Designer gráfico: Joselma Firmino de Souza

Tiragem: 600 exemplares

BIBLIOTECA  
ESMAPE

Correspondências para:  
Escola Judicial de Pernambuco – Esmape  
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240  
revistadaesmape@gmail.com

Revista da ESMape / Escola Judicial de Pernambuco – Esmape – Ano  
I, n.1 (1996 -). – Recife : Esmape, 1996 –  
v. Semestral  
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça do  
Estado de Pernambuco – Esmape. II ESMape

CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2014



## Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

### Mesa diretora

#### Biênio 2014 – 2015

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Presidente

*Desembargador* Leopoldo de Arruda Raposo  
Primeiro Vice-Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Segundo Vice-Presidente

*Desembargador* Eduardo Augusto Paurá Peres  
Corregedor Geral

#### Biênio 2012 – 2013

*Desembargador* Jovaldo Nunes Gomes  
Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Vice-Presidente

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Corregedor-Geral

TUPE



**Biênio 2014.2 - 2016**

**Diretoria Geral**

*Desembargador* Ricardo de Oliveira Paes Barreto  
Diretor Geral

*Desembargador* Stênio José de Souza Neiva Coêlho  
Vice-Diretor

*Juiz* José André Machado Barbosa Pinto  
Supervisor

**Coordenadores**

*Juíza* Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Pós-Graduação Lato-Sensu

*Juiz* Sílvio Romero Beltrão  
Pós-Graduação Stricto-Sensu

*Juiz* Breno Duarte Ribeiro de Oliveira  
Formação Inicial de Magistrados

*Juíza* Karina Albuquerque Aragão de Amorim  
Vitalicamento de Magistrados

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Formação Inicial de Servidores

Mary Anne Briano de Britto  
Aperfeiçoamento de Servidores

*Juiz* Alexandre Freire Pimentel  
Programas Internacionais

*Juiz* Demócrito Ramos Reinaldo Filho  
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

*Juiz* André Vicente Pires Rosa  
Ensino à Distância

*Juiz* Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho  
Relações Institucionais

*Juiz* Rafael José de Menezes  
Informatização Jurídica

*Juiz* Rafael Cavalcanti Lemos  
Preparação à Magistratura e Cursos Externos

*Juiz* Carlos Damiano Pessoa Costa Lessa  
*Tabelião* Ivanildo Figueirêdo  
Extrajudicial

**Biênio 2012.2 – 2014.1**

**Diretoria Geral**

*Desembargador* Fernando Cerqueira Norberto dos Santos  
Diretor Geral

*Desembargador* Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes  
Vice-Diretor

*Juiz* José André Machado Barbosa Pinto  
Supervisor

**Coordenadores**

*Juíza* Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Pós-graduação lato sensu

*Juiz* Sílvio Romero Beltrão  
Pós-graduação stricto-sensu

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Formação Inicial de Magistrados

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Vitalicamento de Magistrados

*Juiz* Sérgio Paulo Ribeiro da Silva  
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Formação Inicial de Servidores

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Breno Duarte Ribeiro de Oliveira  
Programas Internacionais

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho  
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

## **Biênio 2012.2 - 2014.1**

Presidente  
*Des. Dr. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos*

**Filosofia do Direito**  
*Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo*

**Direito Civil**  
*Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto*  
*Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior*  
*Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão*

**Direito Ambiental**  
*Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva*

**Direito Processual Civil**  
*Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia*  
*Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira*

**Direito Constitucional**  
*Prof. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer*  
*Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel*

**Direito Penal**  
*Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima*  
*Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo*

**Direito Processual Penal**  
*Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo*

**Direito do Trabalho**  
*Prof. Dr. Pedro Romano Martinez*

## Direito Tributário

*Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourem Campos*

## Direito Administrativo

*Prof. Msc. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha*

## Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento Gráfico

*Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares*

Editorial..... 13

*Editor's note*

Combate à violência doméstica no Brasil: contribuição a partir da experiência norte-americana

*Combat against domestic violence in brazil: a contribution from u.S. Experience*

**Ana Carolina C. Fulco**..... 17

A ilegitimidade passiva dos prefeitos nos mandados de injunção referentes à aposentadoria especial para servidores municipais

*The illegitimacy of mayors in the writ of injuntion about special retirement for municipal servers*

**Carolina Corrêa de Oliveira Tapety Reis**..... 43

Da impossibilidade de ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis

*Of The Impossibility Of The Rescissory Action In Special Civil Courts*

**Daniella Garcia Monteiro** ..... 69

A denúncia espontânea e a aplicabilidade da multa moratória nas situações albergadas pelo artigo 138 do Código Tributário Nacional

*Spontaneous accusation and the applicability of the arrears fine in the situations protected by article 138 of the Brazilian's National Tax Code*

**Edivan Lourenço da Silva Júnior** ..... 89

Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida

*The right to use the techniques of assisted human reproduction*

**Ednara Pontes de Avelar Didier Uchôa** ..... 113

A exigência de certificado de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço versus limitação ao princípio da ampla concorrência

*The viability of the demand for technical qualification certifications in bidding of the lowest price kind versus limiting the principle of ample competition*

**Hebe Pires Ramos** ..... 143

A construção do discurso da objetividade pela experiência jurídica <i>The construction of the discourse of objectivity by legal experience</i> <b>Jefferson Luiz de França</b> .....	173
Por uma etnografia do discurso da toga: um olhar antropológico sobre a corte especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco <i>Ethnography speech toga: an anthropological about the special court of the Court of Justice of the State of Pernambuco</i> <b>José Soares de Moraes</b> .....	203
O direito do transexual operado à adequação de sua identidade jurídica a sua identidade psicossocial <i>The right transexual operated the adequacy of their legal identity to their psychosocial identity</i> <b>Káren Savanna Brilhante Alves</b> .....	223
Breves considerações sobre <i>Habeas Corpus</i> : admissibilidade e cabimento nas transgressões disciplinares da Polícia Militar do Estado de Pernambuco <i>Brief observations on habeas corpus: eligibility and disciplinary proceedings fit well military police State Pernambuco</i> <b>Marcondes Bezerra de Souza</b> .....	249
O dano moral reflexo ou em ricochete: doutrina e jurisprudência no Brasil <i>Reflexive Moral Damage or Ricochet: Jurisprudence and judicial practice in Brazil</i> <b>Otávio Luis Leal de Vasconcelos</b> .....	275
Responsabilização do adolescente que comete delito capitulado no Código Penal Militar <i>Accountability teenager who commits an offense capitulated in Military Penal Code</i> <b>Rebeka Cristiny Barbosa de Santana</b> .....	307
Os dispositivos de normalização da sociedade disciplinar e a margem de fora "A fabricação do antinarciso nos aparelhos jurídico-sociais" <i>The Devices Society disciplinary standards and margin off "The fabrication of the antinarciso devices legal-social"</i> <b>Renata Celeste</b> .....	337

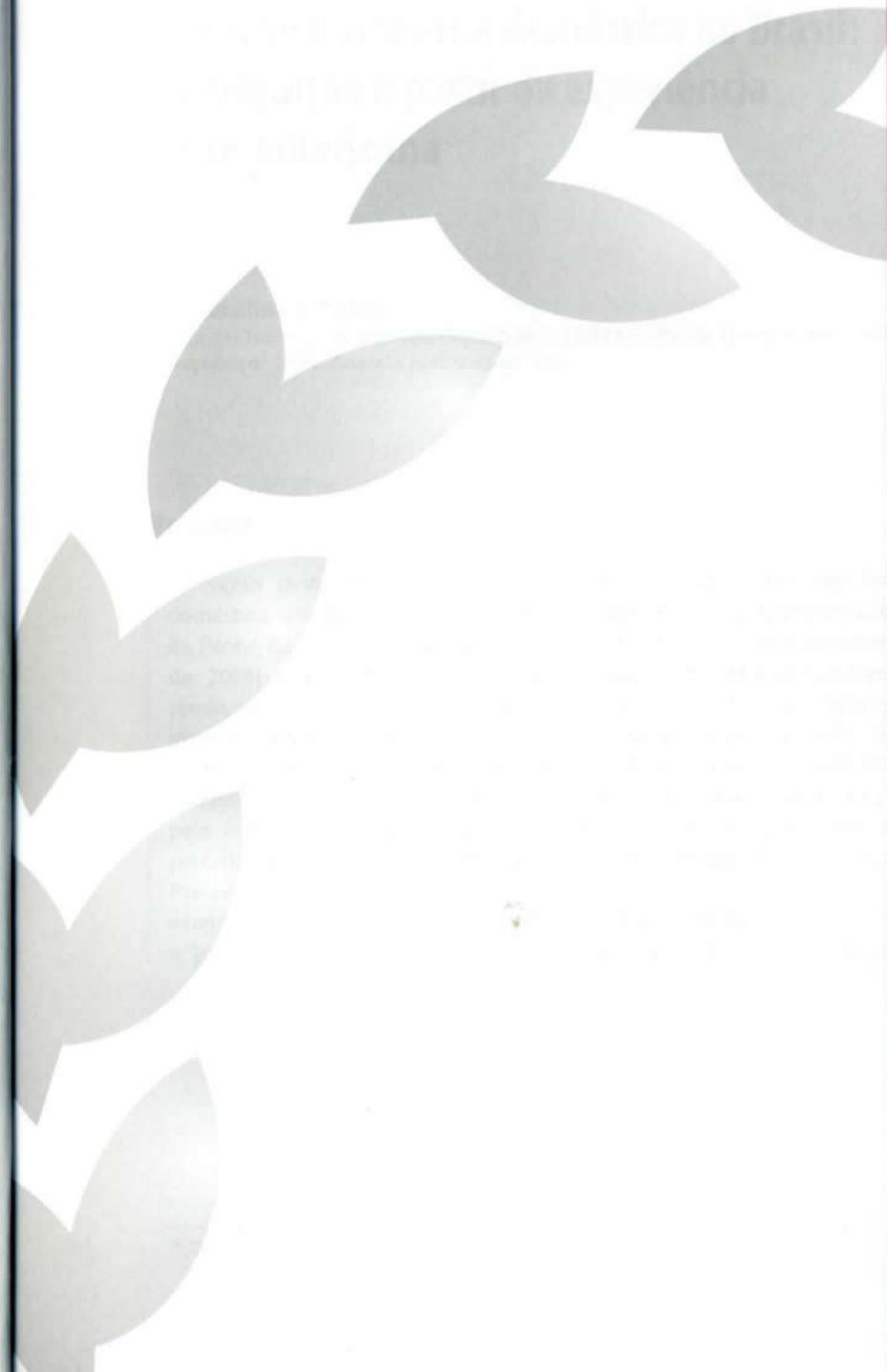
Aspectos gerais sobre a implantação de falsas memórias <i>General aspects about fake-memory implantation</i> <b>Rodrigo Rougllas Eloi Gomes</b> .....	353
Normas para publicação de trabalhos .....	383

**M**ais duas edições da *Revista da ESMAPE*, desta vez de números 35 e 36 referentes ao ano de 2012 e que celebram o compromisso da nossa gestão em dar continuidade a uma publicação já consolidada no meio jurídico nacional e internacional.

Trazendo em cada edição, uma média de quinze artigos, a Revista vem ao encontro da finalidade da Esmape, atual Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE, em fomentar a pesquisa, o debate e a divulgação de trabalhos que agreguem valores técnicos e científicos aos magistrados, servidores do Poder Judiciário e outros operadores do Direito. São estudos que, por hora, divulgados no formato impresso, transmitem o pensamento de cada autor para construção de uma Justiça mais eficiente e que responda aos anseios de uma sociedade sempre em mudanças.

A Escola Judicial, sintonizada com a comunidade acadêmica, não poderia deixar também de publicar trabalhos da lavra daqueles que estão em início de carreira, profissionais recém-formados, estudantes dos cursos pós-graduação oferecidos pela Escola e instituições afins porque, além de oferecer-lhes a oportunidade de terem seus trabalhos divulgados no periódico indubitável reconhecido, temos o entendimento de que precisamos de novas ideias e análises críticas dos conceitos e métodos vigentes. Porque entendemos ser através das inquietações, questionamentos e reflexões que construiremos um pensamento humanístico capaz de alterar a realidade e minimizar as injustiças sociais que tanto pautam o nosso país.

**Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos**  
*Diretor Geral - Biênio 2012.2 - 2014.1*



# Combate à violência doméstica no Brasil: contribuição a partir da experiência norte-americana

**Ana Carolina C. Fulco**

Mestra em Teoria do Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Analista Judiciária do TJPE.

## Resumo

O objeto deste artigo é a violência doméstica, analisado à luz da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) e sua efetivação no Brasil, sendo, em certa forma, comparado à experiência norte-americana, apreendida a partir do curso *Internacional Judicial Research & Training Program*, ministrado pela *Fordham Law School*<sup>1</sup> em parceria com o Tribunal de Justiça de Pernambuco. Afastada a pretensão de examinar todos aspectos doutrinários e jurisprudenciais da matéria, far-se-á

breve estudo sobre sua finalidade e materialização, juntamente à colocação dos aspectos judiciais nova-iorquinos concretos, expostos por integrantes do *Bronx Domestic Violence Court*, cujo aperfeiçoamento levou ao desenvolvimento de núcleos assistenciais integrados, além da ampliação da competência do magistrado. O objetivo é contribuir com novas ideias e adaptações para o judiciário local, quicá, nacional.

**Palavras-chave:** Violência doméstica. Judiciário brasileiro. Assistência às vítimas.

<sup>1</sup> Curso realizado pela autora, promovido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, em convênio com a *Fordham University*, ministrado na cidade de Nova Iorque, no período de 18/06/2012 a 25/06/2012.

## 1 Lei Maria da Penha: previsões e inovações no sistema jurídico nacional

A defesa contra a violência doméstica, no Brasil, teve como marco inicial a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW*), em 1º de fevereiro de 1984. O documento declara que “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, para o bem-estar do mundo e para a causa da paz”.<sup>1</sup>

Com a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), em 06 de junho de 1994, o Brasil complementou a CEDAW. E, em 28 de junho de 2002, com o Protocolo Facultativo, admitindo recebimento de denúncias individuais, foi dado conhecimento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) do paradigmático caso de violência doméstica brasileiro (caso Maria da Penha nº 12.051), o que culminou, após recomendações internacionais, alterações na nossa legislação penal, na promulgação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha – LMP)<sup>2</sup>.

Esta lei reconhece a situação peculiar da violência doméstica ou familiar (art. 4º), qualificando-a como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade domésti-

1 PERNAMBUCO, Ministério Público. **Lei Maria da Penha**: O Ministério Público e o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher / coordenação, CAOP Cidadania ; organização, Marco Aurélio Farias da Silva ; colaboração, Yélena de Fátima Monteiro Araújo. Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 2007. p. 15.

2 Importa mencionar que, antes da Lei nº 11.340, a Lei nº 10.886/04, que incluiu o parágrafo 9º no art. 129, do CP, com a seguinte redação: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena (...)”. Com o que qualificou a lesão corporal para os casos provenientes de relação doméstica.

ca, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; e em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (art. 5º)<sup>3</sup>.

A violência decorrente de relação afetiva e íntima, portanto, independe de coabitação e pode ser presente ou passada, abrangendo a violência física – ofensa à integridade ou à saúde corporal da mulher –, a psicológica – que cause modificação no estado de ânimo –, a sexual – qualquer forma de determinação para que presencie, mantenha ou participe de relação sexual não consentida, ou impedimento de utilização de métodos contraceptivos, que force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou prostituição, mediante coação, chantagem ou manipulação, ou que anule seus direitos sexuais e reprodutivos –, a patrimonial e a moral.

É sujeito ativo tanto o homem como a mulher, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência contra a mulher, sem importar o gênero do agressor.

Abrange, também, a violência contra a empregada doméstica, tendo seus patrões como agentes, e a de filhos ou netos contra mães ou avós<sup>4</sup>. Bem como a hipótese de ser a vítima portadora de deficiência, pois a Lei prevê uma majorante quando para seu cometimento, seja de que sexo for.

Fixa mecanismos para coibir este tipo infracional, determinando a criação de juizados especializados, os Juizados de Violência Doméstica e Fa-

3 “Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

4 DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

miliar contra a Mulher (JVDFM)<sup>5</sup>, e, embora não disponha sobre seu procedimento, fez alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, prevendo a aplicação subsidiária tanto de suas normas processuais como do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso (art. 13) e seguindo os mesmos princípios dos juizados: oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Enquanto não estruturados, ficam competentes as Varas Criminais, às quais deverão ser distribuídos os feitos cíveis, incumbindo-lhes conhecer e julgar as ações decorrentes da violência doméstica (art. 33), embora não o seu processo executório – ao contrário do que se deve proceder nos JVDFMs –.<sup>6</sup>

Havendo, porém, o envolvimento de crianças e adolescentes, seja como autores, seja como vítimas, persiste a competência dos Juizados da Infância e da Juventude (art. 98 do ECA), salvo existindo vítimas mulheres e maiores de idade envolvidas, quando compete aos JVDFMs.<sup>7</sup>

Já com relação aos crimes dolosos contra a vida, cuja competência é constitucionalmente definida para o Tribunal do Júri, sendo reconhecida a condição de vínculo doméstico, a instrução do processo deve ocorrer nas varas especializadas, sob pena da vítima ficar privada dos benefícios da Lei Maria da Penha. Somente no fim da primeira fase, antes de pronunciado o réu, é que o processo deve ser encaminhado à Vara do Júri.<sup>8</sup>

5 A constitucionalidade da Lei fora assentada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 19/DF, na qual o Supremo decidiu que o seu artigo 33 não ofenderia os artigos 96, I, a, e 125, § 1º, ambos da CF, porquanto a Lei Maria da Penha não implicaria obrigação, mas faculdade de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme disposto nos artigos 14, caput, e 29, do mesmo diploma. (Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?nu\\_mero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?nu_mero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M). Acesso em 23 jul 2012.)

6 Em sede de violência doméstica, a fixação da competência do JVDFM se dá *ratione personae*. E com relação à matéria cível, não importa o local do fato, podendo a vítima escolher dentre as opções dispostas no art. 15 da Lei 11.340/06. Assim, pode inexistir coincidência de comarcas entre o procedimento de medida protetiva e a ação penal. Isso porque a matéria criminal segue a regra do local do fato, sem acarretar prevenção ou prorrogação de competência.

7 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 73.

8 \_\_\_\_\_. *Op. Cit.*, p. 68.

A inovação legal consiste, principalmente, nas modificações do rito de seus crimes, e no estabelecimento de uma política pública de prevenção e assistência à mulher, vítima da violência doméstica ou familiar, exercida mediante a articulação dos órgãos do Poder Judiciário, da Polícia Civil, do Ministério Público e da Defensoria Pública, dentre outras instituições, abrangendo, inclusive, a promoção de campanhas educativas, voltadas para o público, especialmente nas escolas<sup>9</sup>, além da capacitação do pessoal envolvido<sup>10</sup>.

O título V do instrumento normativo dispõe sobre a criação de equipe multidisciplinar<sup>11</sup>, formada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29), que integrarão a estrutura das varas especializadas, com a função de auxiliar o juízo, o Ministério Público e a Defensoria Pública, além da orientação e amparo às famílias das vítimas, com especial atenção às crianças e adolescentes (art. 30).

O papel do Ministério Público, por sua vez, não se restringe à fiscalização da lei, ao contrário, exerce atividade imprescindível à sua eficácia, na medida em que fica responsável por requisitar força

9 É determinada "a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres" (art. 8º, V). A preocupação é de tal ordem que é obrigatória a inclusão do tema nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica.

10 PERNAMBUCO, Ministério Público. *Op. Cit.*, p. 18.

11 "Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção de equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I – centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II – casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III – delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV – programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V – centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 36. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei.

Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil."

policial e serviços públicos de saúde, educação e assistência social, fiscalizar as unidades de atendimento à mulher, além de cadastrar os casos de violência<sup>12</sup>. Em Pernambuco, a instituição já informa os fatos mensalmente à Corregedoria Geral, através de Relatório de Atividades Funcionais<sup>13</sup>.

## 1.1 Representação e reconhecimento da natureza pública incondicionada

A Constituição Federal (CF) assegurou alguns privilégios aos delitos de menor potencial ofensivo e delegou à legislação infraconstitucional definir os crimes (art. 98, I, da CF). Foi o que fez a lei dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95), considerando como de pequeno potencial ofensivo as contravenções penais, os crimes com pena máxima não superior a dois anos<sup>14</sup> e os delitos de lesão corporal leve e culposa. A Lei Maria da Penha, de mesma hierarquia, por sua vez, afastou a violência doméstica da sua égide.<sup>15</sup>

A alteração de competência levada a efeito justifica-se: em sede de violência doméstica, afastada a lei dos juizados, não seria possível a composição de danos ou aplicação imediata de pena alternativa, de o Ministério Público sugerir transação, pena pecuniária ou *sursis* (arts. 72,

12 "Art. 38. As estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres.

Parágrafo único. As Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal poderão remeter suas informações criminais para a base de dados do Ministério da Justiça."

13 PERNAMBUCO, Ministério Público. *Op. Cit.*. p. 23.

14 Na verdade, o texto original da Lei nº 9.099/95, previa como de menor potencial ofensivo os crimes, cujas penas máximas fossem inferior a um ano, senão, vejamos: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial". A modificação no texto realizada pela Lei nº 11.313/06, decorreu da previsão contida na Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os juizados especiais federais, que dispunha o prazo de dois anos.

15 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 62.

76 e 89 da Lei nº 9.099/95). Já a representação seria feita pela vítima perante a autoridade policial, no momento do registro da ocorrência<sup>16</sup>.

Inovou neste aspecto, na medida em que, antes, na lei dos juizados, a representação era colhida em juízo, muito tempo após o fato, em audiência onde estaria presente o ofensor, sem que a vítima contasse com a assistência jurídica.

Passou, também, a admitir a possibilidade de a vítima retratar-se da representação até o recebimento da denúncia, devendo tal manifestação ser ratificada perante o magistrado e o *parquet*, em audiência especialmente designada para tal fim (art. 16), estando acompanhada de defensor (art. 27)<sup>17</sup>, medida que serviria para garantir que a ofendida não cedesse às pressões do agressor.

No entanto, a doutrina insurgiu-se contra a natureza condicionada da ação, afirmando que ainda que tenha havido uma consciente tentativa de acabar com a impunidade, deixou o legislador de priorizar a pessoa humana, preservar sua vida e sua integridade física<sup>18</sup>, pois condicionar a ação penal à iniciativa da vítima seria negar a existência de um desequilíbrio entre agressor e agredido, exigindo-se que o hipossuficiente, o subalterno, formalizasse queixa contra seu violentador.

Com efeito, a vítima, ao veicular a queixa, nem sempre quer separar-se ou que o companheiro seja preso, mas, tão somente, que a violência cesse. A mulher, quando procura o socorro, já está cansada de sofrer agressões e se vê impotente. A submissão que lhe é imposta, o senti-

16 A representação, quanto à formalidade, é figura processual simplificada, dispensando formalidades, haja vista ser instituída no interesse da vítima e não do acusado, sendo este o entendimento firmado no STF, para o qual não se deveria exigir a observância rígida das regras procedimentais, especialmente quando se trata de crimes desta natureza (RT 731/522; JSTF 233/390). (MOREIRA, Rômulo de Andrade. Superior Tribunal de Justiça – art. 16 da Lei Maria da Penha. **Advocacia Dinâmica** – Informativo. Recife, 39, p. 646 – 644, set. 2011. p. 644-646.)

17 Contudo, diante do julgamento, pelo Supremo, das ações diretas, temos como esvaziada tal prerrogativa, relativamente aos crimes de lesão corporal.

18 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 22.

policial e serviços públicos de saúde, educação e assistência social, fiscalizar as unidades de atendimento à mulher, além de cadastrar os casos de violência<sup>12</sup>. Em Pernambuco, a instituição já informa os fatos mensalmente à Corregedoria Geral, através de Relatório de Atividades Funcionais<sup>13</sup>.

### 1.1 Representação e reconhecimento da natureza pública incondicionada

A Constituição Federal (CF) assegurou alguns privilégios aos delitos de menor potencial ofensivo e delegou à legislação infraconstitucional definir os crimes (art. 98, I, da CF). Foi o que fez a lei dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95), considerando como de pequeno potencial ofensivo as contravenções penais, os crimes com pena máxima não superior a dois anos<sup>14</sup> e os delitos de lesão corporal leve e culposa. A Lei Maria da Penha, de mesma hierarquia, por sua vez, afastou a violência doméstica da sua égide.<sup>15</sup>

A alteração de competência levada a efeito justifica-se: em sede de violência doméstica, afastada a lei dos juizados, não seria possível a composição de danos ou aplicação imediata de pena alternativa, de o Ministério Público sugerir transação, pena pecuniária ou *sursis* (arts. 72,

12 "Art. 38. As estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres.

Parágrafo único. As Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal poderão remeter suas informações criminais para a base de dados do Ministério da Justiça."

13 PERNAMBUCO, Ministério Público. *Op. Cit.*, p. 23.

14 Na verdade, o texto original da Lei nº 9.099/95, previa como de menor potencial ofensivo os crimes, cujas penas máximas fossem inferior a um ano, senão, vejamos: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial". A modificação no texto realizada pela Lei nº 11.313/06, decorreu da previsão contida na Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os juizados especiais federais, que dispunha o prazo de dois anos.

15 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 62.

76 e 89 da Lei nº 9.099/95). Já a representação seria feita pela vítima perante a autoridade policial, no momento do registro da ocorrência<sup>16</sup>.

Inovou neste aspecto, na medida em que, antes, na lei dos juizados, a representação era colhida em juízo, muito tempo após o fato, em audiência onde estaria presente o ofensor, sem que a vítima contasse com a assistência jurídica.

Passou, também, a admitir a possibilidade de a vítima retratar-se da representação até o recebimento da denúncia, devendo tal manifestação ser ratificada perante o magistrado e o *parquet*, em audiência especialmente designada para tal fim (art. 16), estando acompanhada de defensor (art. 27)<sup>17</sup>, medida que serviria para garantir que a ofendida não cedesse às pressões do agressor.

No entanto, a doutrina insurgiu-se contra a natureza condicionada da ação, afirmando que ainda que tenha havido uma consciente tentativa de acabar com a impunidade, deixou o legislador de priorizar a pessoa humana, preservar sua vida e sua integridade física<sup>18</sup>, pois condicionar a ação penal à iniciativa da vítima seria negar a existência de um desequilíbrio entre agressor e agredido, exigindo-se que o hipossuficiente, o subalterno, formalizasse queixa contra seu violentador.

Com efeito, a vítima, ao veicular a queixa, nem sempre quer separar-se ou que o companheiro seja preso, mas, tão somente, que a violência cesse. A mulher, quando procura o socorro, já está cansada de sofrer agressões e se vê impotente. A submissão que lhe é imposta, o senti-

16 A representação, quanto à formalidade, é figura processual simplificada, dispensando formalidades, haja vista ser instituída no interesse da vítima e não do acusado, sendo este o entendimento firmado no STF, para o qual não se deveria exigir a observância rígida das regras procedimentais, especialmente quando se trata de crimes desta natureza (RT 731/522; JSTF 233/390). (MOREIRA, Rômulo de Andrade. Superior Tribunal de Justiça – art. 16 da Lei Maria da Penha. **Advocacia Dinâmica** – Informativo. Recife, 39, p. 646 – 644, set. 2011. p. 644-646.)

17 Contudo, diante do julgamento, pelo Supremo, das ações diretas, temos como esvaziada tal prerrogativa, relativamente aos crimes de lesão corporal.

18 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 22.

mento de menos valia, a deixam cheia de medo e vergonha, motivo pelo qual não denuncia na primeira ocasião.

Com a instalação dos juizados especiais com competência para as contravenções penais e lesões corporais leves e culposas, as mulheres se viam limitadas a lavrar termos circunstanciados, nas delegacias, e, na audiência preliminar, a conciliação era mais que proposta, quase imposta, se se considerar, principalmente, a presença opressora do agressor, ou, quando não aceita, a manifestar-se diante do mesmo. Na sequência, ainda havia a possibilidade de transação com o Ministério Público ou mesmo aplicação de *sursis*.<sup>19</sup>

As absolvições, sistematicamente levadas a efeito para garantir a harmonia familiar, acabaram tendo efeito contrário: consagraram a impunidade. Não se tratava este tipo de crime, seja preventivamente, seja repressivamente. Em dez anos de atuação dos juizados especiais, a impunidade deu margem à reincidência e ao agravamento do ato violento. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas (90% dos casos eram arquivados ou levados à transação).<sup>20</sup>

No entanto, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF<sup>21</sup>, o Plenário do Supremo Tribunal Federal atribuiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, assentando a natureza incondicionada da ação penal, em caso de crime de lesão corporal, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico<sup>22</sup>.

19 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 23.

20 *Idem*, p. 24.

21 Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4424&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 23 jul 2012.

22 Acentuou-se, entretanto, a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da dos juizados, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual.

O Colegiado explicitou que a Constituição seria dotada de princípios implícitos e explícitos, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), bem como o art. 226, § 8º, da CF, e que caberia à Suprema Corte definir se a previsão normativa a submeter crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, ensejaria tratamento igualitário, consideradas as lesões provocadas em geral, bem como a necessidade de representação.

Considerou-se que os dados estatísticos seriam alarmantes, apontando que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada e que o agente passaria a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva.

O Plenário destacou o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência e que a proteção à mulher esvaziar-se-ia ao se admitir que, verificada a agressão com lesão corporal, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência, pelo que concluiu não ser razoável deixar a atuação estatal a critério da vítima.

Dados mais atuais, no entanto, ainda apontam o crescimento desta espécie criminal, ocupando o Brasil o sétimo lugar no ranking mundial dos países com mais crimes praticados contra as mulheres. O decréscimo nas taxas de homicídio no ano de aplicação da Lei Maria da Penha e o subsequente aumento dessas mesmas taxas nos anos seguintes indicariam que as políticas atuais necessitam de constante monitoramento para a efetiva mudança no quadro de violação dos direitos das mulheres.<sup>23</sup>

23 Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf). Acesso em: 21 mar 2013.

## 1.2 Das medidas assecuratórias à integridade da vítima e das penas com caráter ressocializador

A partir da manifestação da vítima, a autoridade policial deverá instalar o inquérito e formar expediente a ser encaminhado ao juiz (art. 12, III), independentemente de acompanhamento de advogado (art. 19), pois, mesmo garantindo a Lei à mulher acesso aos serviços de Defensoria Pública ou Assistência Judiciária Gratuita (arts. 27 e 28), não condicionou o pedido de tutela à representação ou a manifestação formal perante o juiz.

Após o registro da ocorrência, deve encaminhar a vítima, imediatamente, ao posto de saúde e ao Instituto Médico Legal, conforme o caso, com garantia da sua proteção e transporte para abrigo, comunicando-se ao Ministério Público e ao Judiciário (art. 11).

Assim, passou a Lei a admitir que medidas protetivas de urgência, do âmbito do Direito das Famílias, como separação de corpos e alimentos, sejam requeridas pela vítima já perante a autoridade policial<sup>24</sup>, permitindo maior agilização na sua satisfação.

Ao juiz, cabe decidir, em 48 (quarenta e oito horas) do recebimento do expediente<sup>25</sup>, fazendo cessar a violência, encaminhar a ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando preciso, e comunicar o fato ao Ministério Público.

Dentre as medidas protetivas que obrigam o agressor, encontram-se: suspensão ou restrição do porte de arma; afastamento do domicílio ou

24 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 80.

25 As medidas protetivas podem ser concedidas pelo juiz, de imediato, independentemente da audiência das partes ou de manifestação do Ministério Público, a seu requerimento ou a pedido da ofendida. Serão aplicadas isolada ou cumulativamente, podendo ser substituídas a qualquer tempo por outra mais eficaz, quando entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o MP (§ 3º do art. 19).

local de convivência; proibição de condutas, como aproximação e contato com a ofendida e familiares; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; e prestação de alimentos (art. 22).

Já em favor da vítima, o magistrado poderá encaminhá-la e seus dependentes a abrigo ou programa oficial ou comunitário de proteção e atendimento; determinar seu afastamento ou recondução ao lar; determinar a separação de corpos; fixar alimentos; determinar a restituição de bens ou proibir a celebração de contratos que comprometam bens comuns (arts. 23 e 24).<sup>26</sup>

À luz do artigo 13 da LMP, firmado acordo em sede dos JVDfMs, pode ser decretada a separação do casal, definindo-se alimentos, guarda de filhos, partilha de bens etc, detendo a decisão que homologa o acordo natureza de título executivo judicial<sup>27</sup>.

No que tange à aplicação de Pena Restritiva de Direitos (PRD), a doutrina levantou a questão de sua aplicabilidade à Lei Maria da Penha, haja vista somente ser prevista a substituição quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I, CP). Porém, excluir a possibilidade de sua aplicação, seria atribuir letra morta ao legislador<sup>28</sup>.

Ao condenado podem ser aplicadas, em substituição à pena privativa de liberdade, todas aquelas que não tenham conteúdo econômico (art. 45, § 2º, CP e art. 17 da LMP). O legislador quis deixar claro que a integridade da mulher não tem valor econômico.

26 Acaso sejam as medidas concedidas em Vara Criminal comum, somente permanecerão nela aquelas de natureza penal. Quanto às providências cíveis, após cumpridas, o expediente deve ser redistribuído à Vara de Família, que, inclusive, pode decretar a prisão preventiva para assegurar a eficácia de qualquer das medidas. (DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 80.)

27 DIAS, Maria Berenice. \_\_\_\_\_. *Op. Cit.*, p. 144.

28 \_\_\_\_\_. *Op. Cit.*, p. 105.

De grande valia também a alteração na Lei de Execução Penal, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 152, permitindo que o juiz determine a participação obrigatória do acusado a programas de recuperação e reeducação, quando aplicada a pena de limitação de fins de semana (art. 43, VI, do Código Penal), período já se previa serem ministrados cursos e palestras com atribuição de atividades educativas, embora não de forma cogente (parágrafo único do art. 48 do CP).

É importante que as penas restritivas de direito sejam de molde a propiciar uma mudança de comportamento naquele que pratica o crime sem entender o caráter criminoso de seu agir.

## 2 *Bronx domestic violence e integrated domestic violence courts: lições a partir da experiência norte-americana*

Nos Estados Unidos, mesmo após a criminalização da violência doméstica, muitos juízes, policiais e outros profissionais integrantes do judiciário acreditavam que a intervenção neste campo seria desperdício de verba. Alguns simplesmente não levaram a sério este tipo de crime, uma vez que as vítimas desistiam da demanda e voltavam, aparentemente, voluntariamente, para o convívio com o agressor. Magistrados e advogados sentiam-se frustrados em ver os mesmos litigantes e as mesmas causas repetidamente.<sup>29</sup>

O que faltava era uma compreensão da complexidade das situações envolvendo violência doméstica, especialmente o poder sócio-econômico que prendia suas vítimas aos ofensores.

<sup>29</sup> MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. What makes a domestic violence court work? Lessons from New York. **AMERICAN BAR ASSOCIATION**. Judges Journal. n.º 2. Vol. 42. inverno 2003. p. 5.

A juíza Judith S. Kaye<sup>30</sup>, colocou:

(...) If victims remain in abusive situations due to fear for their own and their children's well being, then why not provide links to services and safety planning that may expand the choices available to them? If cases are slipping between the cracks of a fragmented criminal justice system, then why not work together to improve coordination and consistency?<sup>31</sup>

Kaye deixa claro que a violência doméstica não seria como os demais tipos penais. Ela trata de violência entre pessoas íntimas, cujas vítimas são intimidadas por seus agressores, com novas ameaças ou abusos, mesmo depois de presos, e, comumente, desistem da denúncia. Fatos que aumentam a dificuldade na prevenção e processamento criminal.

Através de estudo, ficou constatado que vinte por cento (20%) das ações iniciadas na corte criminal nova-iorquina eram procedentes de casos de violência doméstica, fato que impulsionou os líderes do judiciário a realizarem a pesquisa por novas alternativas, mais eficientes. Somente após o aprofundamento da matéria ficou evidenciado tratar-se de casos especiais, com características próprias, que exigiam a criação de uma Corte especializada<sup>32</sup> e o desenvolvimento de técnicas que ajudariam a garantir a segurança das vítimas, assim como a responsabilização dos acusados.

Foi evidenciado que através da educação populacional e de parcerias, o Estado estimularia uma resposta coordenada à situação, na qual todos

<sup>30</sup> MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. What makes a domestic violence court work? Lessons from New York. **AMERICAN BAR ASSOCIATION**. Judges Journal. n.º 2. Vol. 42. inverno 2003. p. 5.

<sup>31</sup> Tradução livre: "se as vítimas mantêm-se em situação de abuso e violência devido a temerem por sua integridade e de seus filhos, então por que não prover serviços e planos de segurança que possam expandir suas possibilidades? Se os casos estão passando por entre as brechas do sistema normativo penal, então por que não trabalhar em conjunto para melhorar a coordenação e consistência?"

<sup>32</sup> MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*. p. 6. Atualmente, existem nos Estados Unidos, mais de trezentas Cortes especializadas na matéria.

os segmentos da comunidade trabalhariam em conjunto, criando uma consciência de que estes maus-tratos não são toleráveis, mas que, para isto, seria preciso estabelecer um vínculo forte entre a maior quantidade possível de “parceiros”, os quais seriam treinados<sup>3334</sup> para ampliar a troca de informações relevantes para uma correta responsabilização<sup>35</sup>.

Assim, tendo em vista que os registros oficiais raramente anotavam quando as ofensas eram perpetradas contra uma mesma vítima, e, às vezes, sequer mencionavam se a prisão seria decorrente de violência doméstica ou outro tipo penal comum, a justiça especializada de Nova Iorque passou a registrar o número de ocorrências, de representações e de vítimas relacionadas aos serviços, num modelo judicial integrado<sup>36</sup>.

Foi montada e preparada toda uma equipe, que além de realizar a troca e armazenamento das informações, encaminharia os envolvidos ao serviço pertinente, mantendo as unidades assistenciais compromissadas com suas finalidades.

A Corte do Brooklyn criou um “encontro de parceiros da Corte”, incluindo juízes, funcionários do judiciário, advogados das vítimas, promotores de justiça, advogados de defesa e representantes dos serviços assistenciais, que se realizaria a cada seis semanas<sup>37</sup>. Este modelo apre-

33 Segundo os pesquisadores do Departamento de Justiça, os treinamentos devem abranger tanto os aspectos legais da lide, quanto os impactos sobre os envolvidos, especialmente nas crianças, de modo a aprofundar o conhecimento nas diversas áreas tocadas, elevando as decisões a um nível mais consistente, compreensivo, eficiente e mesmo emotivo. (Domestic Violence Staff of the Center for Court Innovation, Integrated Domestic Violence Courts: Key Principles. Disponível em: <http://www.courtinnovation.org/research/integrated-domestic-violence-courts-key-principles?url=research%2F7%2Fall&mode=7&type=all>. Acesso em: 18 de jul. 2012.)

34 “The goals of these trainings are really twofold – to provide ongoing support and reinforcement on domestic violence issues to court personnel and partners as well and to highlight the court’s commitment to handling domestic violence cases in an educated and serious manner”. (MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 9.)

35 “Information is crucial to any effort to promote accountability. Strong relationships with service providers, such as batterers intervention programs and substance abuse treatment providers, ensure that when a defendant is noncompliant, the court is notified right away and can act accordingly”. (MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 9.)

36 MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 11.

37 “The progressive nature of domestic violence crime underscores that courts cannot look only at individual cases. They must look for broader system outcomes, seeking to reduce recidivism, increase safety for victims, and improve inter-agency collaboration. Domestic violence courts alone cannot eliminate family violence,

sentou sinais positivos, como a redução pela metade dos casos de arquivamento, o que incentivou o judiciário de Nova Iorque a desenvolver o mesmo trabalho em diversas outras seccionais.

Considera que as famílias que chegam à Corte integrada estão em crise. Frequentemente, cada membro da família precisa de um cuidado especial. Assim, a *IDV Court* presta assistência à toda a família, vítimas adultas ou crianças, ao mesmo tempo em que o acusado responde a programas para reabilitação.

Outrossim, o acesso do juiz a representantes das entidades cooperativas, faz com que suas informações sejam facilmente transmitidas. Já a presença dos advogados e promotores no Tribunal permite a realização de audiências e adaptações imediatas aos resultados negativos.

Um dos maiores desafios apresentados ao programa, porém, foram a ameaça à imparcialidade judicial, a carência de parceiros para integrar os serviços assistenciais e de fiscalização, bem como o desgaste emocional e psicológico<sup>38</sup>.

Mas, embora houvesse a sensação de comprometimento da objetividade do magistrado, na medida em que inevitavelmente se tornaram muito próximos às causas familiares, na prática, isto não foi constatado, pois a dinâmica desta justiça especializada não demandaria impressões particulares.

Relativamente à dificuldade de financiamento e contribuição com mão-de-obra ao sistema integrado, Terri Roman<sup>39</sup> e Rebecca Arian<sup>40</sup>, revelaram<sup>41</sup> que, em paralelo ao financiamento estatal e particular de pes-

but they can play an important role, increasing accountability for defendants and safety for victims”. (MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 11.)

38 MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 10.

39 Diretora do Projeto no *Bronx Domestic Violence Complex*.

40 Sócia no projeto *Center for Court Innovation*.

41 Esta informações foram prestadas em palestra dada no curso *Internacional Judicial Research & Training Program*, ministrado na *Fordham Law School*, em 25 de junho de 2012, na *Bronx Supreme Criminal Court*.

soas interessadas, o próprio agressor teria que contribuir com o serviço assistencial que lhe fosse prestado. Além do que, uma vez que este tipo de situação abrangeria parte da comunidade, observou-se o interesse de entidades privadas em apoiar no combate.

Ainda que os casos de violência doméstica e familiar sejam dotados de alta carga emocional e, na maioria das vezes, ocorra a reincidência, transmitindo a impressão de fracasso, vive-se um momento evolutivo social, com um enfrentamento mais incisivo, com capacidade de contornar estes “efeitos colaterais”.

## 2.1 Corte integrada de combate à violência doméstica (*Integrated Domestic Violence (IDV) Court*): “one judge, one family”

Uma mesma família pode ter que comparecer perante diferentes juízes ou instâncias que tratam aspectos distintos de seus problemas domésticos e familiares. Cada membro do judiciário tomando conhecimento apenas de parte específica da matéria, com potencialidade de emissão de decisões conflitantes, ou no mínimo ineficientes.

Tendo isso em conta e com base no sucesso do trabalho interativo, desenvolveu-se, em mais de sessenta condados de Nova Iorque, uma espécie de vara integrada, as chamadas “Integrated Domestic Violence (IDV) Courts”, cujo fundamento segue a razão de “uma família – um juiz”, segundo o qual todas as matérias concernentes a uma mesma família deveriam ser dirigidas por um único juiz.

Estas “Cortes” permitem que o mesmo magistrado tenha competência geral e analise questões penais, civis e familiares, como divórcio,

guarda, visita aos menores e garantias de proteção à vítima de violência doméstica e familiar<sup>42</sup>.

Esta medida cria oportunidade para uma abordagem mais holística e compreensiva sobre a complexidade da situação, proporcionando uma integração dos serviços assistenciais e, por consequência, um aumento na eficiência da prestação dos serviços<sup>43</sup>, seja assistenciais, com uma equipe capaz de dirigir um programa direcionado ao problema específico, seja jurisdicionais, através da implementação de medidas cautelares adequadas à situação.

Observou-se que, ao tratar todas as ações relacionadas a uma mesma família, o juiz adquire informações mais aprofundadas do caso, deixando-as mais compreensivas, tornando-se capaz de tomar decisões consistentes e destinadas a solucionar todos os problemas adequadamente<sup>44</sup>.

Ressalva-se que, em respeito às regras processuais vigentes e aos princípios que asseguram o devido processo legal, apesar de um mesmo julgador cuidar tanto das matérias penais, quanto as civis ou familiares, relativas à mesma família, todos os casos são tratados individualmente, aplicando-se-lhes todas as regras processuais pertinentes<sup>45</sup>.

42 MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 07.

43 Domestic Violence Staff of the Center for Court Innovation, *Integrated Domestic Violence Courts: Key Principles*. Disponível em: <http://www.courtinnovation.org/research/integrated-domestic-violence-courts-key-principles?url=research%2F7%2Fall&mode=7&type=all>. Acesso em: 18 de jul. 2012.

44 “By handling all the related cases pertaining to a single family, the judge gains comprehensive information and can impose court mandates that are consistent and designed to address all issues in the case, including orders of protection, bail conditions and sentences, support, visitation and custody orders, divorce, treatment mandates and services for children.”

45 Para garantir que não haja unificação das causas, inclusive, alguns juízes preparam três calendários distintos para as matérias criminal, familiar e matrimonial, nos quais são ouvidos individualmente e os respectivos advogados se apresentam apenas para as causas em que funcionam. (Domestic Violence Staff of the Center for Court Innovation, *Integrated Domestic Violence Courts: Key Principles*. Disponível em: <http://www.courtinnovation.org/research/integrated-domestic-violence-courts-key-principles?url=research%2F7%2Fall&mode=7&type=all>. Acesso em: 18 de jul. 2012)

Sob uma perspectiva prática, estas Cortes simplificam o processo jurídico para as famílias, criando um ambiente no qual as partes não precisam percorrer diversas unidades judiciais ou administrativas, reduzindo o risco de decisões conflitantes, inclusive.

Este projeto se baseia em princípios, quais sejam: serviço às vítimas, monitoramento judicial, responsabilização e resposta coordenada da comunidade.

O que mais se destaca, no entanto, é a prestação de serviços assistenciais, pois as partes, em casos de violência doméstica, têm necessidades únicas e peculiares. Geralmente, as vítimas são dependentes economicamente de seus agressores, têm filhos em comum ou mesmo moram na casa dos parentes deles. Sendo assim, mostra-se essencial garantir a segurança das vítimas, além de prover acesso imediato a advogados<sup>46</sup>, que poderá buscar soluções efetivas e adequadas à situação, explicar os procedimentos legais e mantê-las seguras e informadas<sup>47</sup>, durante todo o trâmite processual.

Outro ponto fundamental para continuação do processo, destacam, é a concessão de medidas protetivas de urgência. Quanto mais as vítimas esperarem pelas mesmas, maior será a vulnerabilidade<sup>48</sup>.

O julgador deverá, portanto, isoladamente ou com apoio de uma equipe, supervisionar as medidas cautelares, o tratamento a que o acusado se submete e o atendimento às condições estipuladas, de modo a tomar medidas

46 No *Brooklyn Felony Domestic Violence Court*, existem duas formas de acesso a advogados, ambas com escritório no próprio tribunal, para fins de melhorar o acesso aos clientes.

47 Ficou constatado que manter a vítima informada impede sua constante exposição, no fórum, diminui as chances de exposição ao perigo, além de passar-lhe a impressão de cuidado por parte do Estado, gerando sensação de segurança e uma maior colaboração para o prosseguimento da ação. (MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 7.)

48 "In Westchester County, for instance, felonies are transferred immediately to the domestic violence court after the initial of an indictment, this allows for the rapid issuance of orders of protection, and sends the message to defendants that the case is being taken seriously. Experience indicates that delays give the batterer more time to convince the victim to become uncooperative". (MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. *Op. Cit.*, p. 8.)

cabíveis imediatamente ou mesmo explorar novos métodos mais adequados. Tal atitude contribui, também, para a conscientização do acusado de seu comprometimento de acordo com as atitudes que toma.

Observou-se, também, que o monitoramento do prosseguimento do feito pelo juiz é uma técnica eficiente para redução da reincidência. Este acompanhamento assegura que a repetição dos atos violentos não serão tolerados e que todo o poder político será direcionado ao impedimento dos mesmos. Isto requer que um mesmo juiz esteja vinculado durante todo o trâmite processual, até a reabilitação do condenado e viabiliza maior acesso a informações sobre o caso.

## 2.2 Modelo de intervenção do *Bronx* em benefício aos menores, participantes de violência doméstica ou familiar<sup>49</sup>

Enquanto que o sistema criminal nova-iorquino apresentou melhorias na assistência aos adultos, vítimas da violência doméstica ou familiar, o mesmo não foi constatado relativamente aos problemas de saúde mental, incluindo depressão, ansiedade, agressão e estresse pós-traumático, apresentados pelas crianças envolvidas.

Partindo do pressuposto de que a participação das mesmas no processo judicial pode ser uma experiência dolorosa e opressora, o *Center Court Innovation*, no *Bronx*, criou o Programa de Suporte às Testemunhas Crianças e Adolescentes, cujos serviços direcionam-se à redução do impacto negativo da exposição à violência e dos traumas dela decorrentes<sup>50</sup>.

49 AMY PUMO, L.C. S. W. **The Bronx Child and Adolescent Witness Support Program: A model intervention for young victims and witnesses of violence and abuse**, 2010. Disponível em: [http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/Bronx\\_Child\\_and\\_Adolescent.pdf](http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/Bronx_Child_and_Adolescent.pdf). Acesso em 18 jul 2012.

50 \_\_\_\_\_, *Op. Cit.*, p. 01.

Nesta Justiça, enfrenta-se cerca de trezentos e cinquenta casos de violência doméstica ao mês, cujas famílias, na maioria, é composta por diversas crianças. Seus estudos indicaram que, a despeito dos esforços paternos para não envolverem os filhos, as crianças normalmente vêm, ouvem e até intervêm, de onde decorre o tratamento de aproximadamente mil crianças, ao ano, com suspeitas de abusos físicos ou sexuais<sup>51</sup>.

Já é cediço que a exposição à violência pode acarretar os mais diversos impactos negativos, seja emocional, comportamental, cognitivo, social ou psicológico. As respostas dos menores podem variar dependendo da gravidade do fato e da intimidade na relação e sua personalidade, idade e desenvolvimento mental, além de outros fatores.

Em outubro 2009, um relatório do escritório de prevenção à delinquência infantil descreveu como comum resultar-se da participação de casos de violência doméstica e familiar quadros de regressão comportamental, dificuldade de concentração, ansiedade, depressão e agressividade. Assentaram que a exposição dos menores poderia criar maior tendência à futura criminalidade e envolvimento com os programas governamentais de assistência, de modo a perpetuar o ciclo de violência para a próxima geração.

A partir deste conhecimento, o *Center Court Innovation* começou a examinar modelos de intervenção já existentes e incorporou-lhes. Identificaram três tipos de programas, dentre os quais o mais benéfico fora a terapia prolongada para cuidar de traumas e consequências de curto e longo prazo. Os infantes também precisavam de suporte emocional durante o processamento do feito, pois, foi percebido que as crianças, sempre que precisavam dirigir-se à Corte, chegavam em crise e precisavam de cuidados psicológicos imediatos.

51 AMY PUMO, L.C. S. W., *Op. Cit.*, p. 02.

## Reflexões finais

Observa-se que o enfrentamento da violência doméstica ou familiar progrediu bastante nos últimos anos, notadamente após a promulgação da Lei Maria da Penha<sup>52</sup>, percebendo-se mudanças na forma de olhar o contexto familiar e as circunstâncias criminais da espécie, bem como no tratamento despendido pelo Estado, reconhecida a necessidade de assistência e intervenção no âmbito da unidade familiar, além da mera incidência normativa combativa.

Mas embora o sistema normativo disponibilize os instrumentos necessários ao enfrentamento da criminalidade e das dificuldades processuais, constata-se uma dificuldade na superação do campo normativo à real implementação, estando os governos desprovidos de bom aparelhamento para efetivação das medidas preventivas e assistenciais.

No âmbito federal, foi criada a Secretaria de Políticas para as Mulheres<sup>53</sup>, a quem compete executar a Lei Maria da Penha, com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, equipes de atendimento multidisciplinar, Núcleos Especializados de Defesa da Mulher na Defensoria Pública e Núcleos e Promotorias Especializadas no combate a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Ministério Público.<sup>54</sup>

52 Vide: Conselho Nacional de Justiça. Denúncias de violência contra a mulher aumentaram depois da Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/100022835/denuncias-de-violencia-contra-a-mulher-aumentaram-depois-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em 20 ago. 2012.

53 É vinculada à Presidência da República, em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário, através da articulação e aporte financeiro. Mais de 60 projetos de estados, municípios e entidades não governamentais conveniados com a SPM receberam o aporte de R\$ 16.058.953,57 nos meses de março, abril e maio de 2012. As informações são da Secretaria-Executiva da SPM, responsável pela gestão dos convênios, e se referem a despesas correntes e de investimento e à alocação de verba do orçamento em seis áreas: enfrentamento à violência contra as mulheres, qualificação profissional, autonomia econômica, políticas públicas, direitos da mulher e igualdade de gênero. O levantamento compreende o período de 21 de março a 31 de maio. (**Boletim Mulheres em Pauta**, edição nº 84. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/boletim-mulheres-em-pauta-ano-viii/boletins/bmp-84>. Acesso em 21 jul. 2012.)

54 Informações prestadas através do site da Secretaria. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/lei-maria-da-penha/pronasci-e-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em 21 jul. 2012.

Contudo, tal medida ainda não apresentou resultados claros evolutivos. A incidência da violência doméstica e familiar permanece alta e faltam programas educacionais.

Na verdade, embora aos olhos da sociedade o problema da violência doméstica mostre-se como de somenos importância, notadamente quando confrontado às demandas sociais básicas, como saúde, educação e transporte, latentes num Estado carente de recursos, deve-se ressaltar que esta espécie criminal está diretamente relacionada ao bem-estar social e diz respeito à formação dos jovens.

Neste artigo, foi demonstrada a preocupação, tanto do judiciário brasileiro, quanto do americano, em dispor de tratamento diferenciado, tendo em vista a complexidade das relações, que envolve diversos interesses sobrepostos aos níveis afetivos, além da fragilidade das crianças e adolescentes envolvidas, os quais, acaso não recebam atenção devida, podem – e via de regra o fazem – retratar os mesmos problemas no futuro.

A criação de uma Vara integrada, seguindo o modelo proposto pela “Integrated Domestic Violence Courts”, cujo fundamento segue a razão de “uma família – um juiz”, parece expandir a interferência do Poder Judiciário sobre os conflitos familiares, simplificando o processo jurídico para os membros das famílias, além de criar um ambiente mais acolhedor e efetivamente mais assistencial.

Tal modelo mostrou-se condizente ao contexto do conflito familiar, merecendo atenção e acolhimento por parte do Governo brasileiro, seja com a instalação de JVDfMs e dos programas a ele conexos, seja com a simples capacitação de juizes, promotores, advogados e defensores, montando-se uma estrutura interdisciplinar e conjunta mais eficaz.

## Combat against domestic violence in Brazil: a contribution from U.S. Experience

### Abstract

The object of this paper is domestic violence, analyzed through Maria da Penha's Law (Law 11.340 of August 7, 2006) and its implementation in Brazil, and in certain way, compared to the U.S. experience, learned at *Judicial International Research & Training Program's* course, taught by *Fordham Law School* in partnership with the *Tribunal de Justiça de Pernambuco*. Far from the pretense of examining the doctrinal and jurisprudential aspects of this paper, it will be a short study on its purpose and implementation,

alongside the New Yorkers concrete judicial's aspects, exposed by members of the *Bronx Domestic Violence Court*, which improvements led to the development of integrated assistance services, in addition to expanding the magistrate's jurisdiction. The goal is to contribute with new ideas and adaptations to the local's judiciary, perhaps, national's.

**Keywords:** Domestic violence. Brazilian judiciary. Domestic Violence Court. Assistance to victims.

### Referências

AMY PUMO, L.C. S. W. **The Bronx child and adolescent witness support program:** A model intervention for young victims and witnesses of violence and abuse, 2010. Disponível em: [http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/Bronx\\_Child\\_and\\_Adolescent.pdf](http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/Bronx_Child_and_Adolescent.pdf). Acesso em: 18 jul 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Denúncias de violência contra a mulher aumentaram depois da Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/100022835/denuncias-de-violencia-contra-a-mulher-aumentaram-depois-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/lei-maria-da-penha/pronasci-e-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 21 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Boletim mulheres em pauta**. n. 84. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/boletim-mulheres-em-pauta-ano-viii/boletins/bmp-84>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4424&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf). Acesso em: 21 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Domestic Violence Staff of the Center for Court Innovation. **Integrated Domestic Violence Courts: Key Principles**. Disponível em: <<http://www.courtinnovation.org/research/integrated-domestic-violence-courts-key-principles?url=research%2F7%2Fall&mode=7&type=all>>. Acesso em: 18 de jul. 2012.

MAZUR, Robyn/ ALDRICH, Liberty. What makes a domestic violence court work? Lessons from New York. **American Bar Association, Judges Journal**. n. 2, v. 42. inverno 2003.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Jurisprudência Comentada – Superior Tribunal de Justiça – art. 16 da Lei Maria da Penha. **Advocacia dinâmica, Informativo**. Recife, 39, p. 646 – 644, set. 2011.

PERNAMBUCO. Ministério Público. **Lei Maria da Penha: O Ministério Público e o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher / coordenação, CAOP Cidadania ; organização, Marco Aurélio Farias da Silva ; colaboração, Yélena de Fátima Monteiro Araújo**. Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 2007.

#### Referência do texto

Fulco, Ana Carolina C. Combate à violência doméstica no Brasil: contribuição a partir da experiência norte-americana. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 17-42, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 14 jun. 2012.

# A ilegitimidade passiva dos prefeitos nos mandados de injunção referentes à aposentadoria especial para servidores municipais

**Carolina Corrêa de Oliveira Tapety Reis**

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco, especialista em Direito Público e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

## Resumo

A aposentadoria especial, prevista no art. 40, §4º da Constituição da República, é direito dos servidores públicos, mas, na prática, não pode ser exercido em decorrência da ausência de norma infraconstitucional regulamentadora. Diante dessa omissão legislativa, o remédio constitucional cabível para viabilizar o exercício desse direito é o mandado de injunção (art. 5º, LXXI da Constituição). Resta saber contra quem deve ser impetrado o *mandamus*. A autoridade coatora legítima para figurar no polo passivo da demanda injuncional é aquela competente para regulamentar a norma constitucional. Ora, o art. 24, XII da Constituição estabeleceu a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre aposentadoria especial. Assim, os Municípios não foram contemplados, na repartição de competência constitu-

cional, entre os entes competentes para legislar sobre o tema. Além disso, o art. 5º da Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, proíbe a concessão de aposentadoria especial antes da edição de lei complementar federal. Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, guardião da interpretação constitucional, entende ser necessário o tratamento uniforme das exceções às regras de aposentadoria especial, o que levaria à legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo. Por tudo isso, o Prefeito é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado de injunção referente à aposentadoria especial de servidor público municipal.

**Palavras-chave:** Mandado de injunção. Aposentadoria especial de servidores municipais. Ilegitimidade do Prefeito.

## 1 Introdução

O mandado de injunção é a ação cabível para, diante de um caso concreto, suprir a omissão legislativa que inviabilize o exercício de direitos constitucionais nas hipóteses previstas no art. 5º, LXXI da Constituição da República (CR).

Sendo uma ação, as condições da ação devem estar presentes no momento da impetração do *mandamus*, a saber, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes.

Ausente qualquer um desses requisitos processuais, o mandado de injunção não poderá sequer ser examinado em seu mérito e o feito será extinto de pronto.

Uma dessas condições é alvo frequente de dúvidas: a legitimidade passiva.

A ação injuncional deve ser dirigida contra a autoridade legítima para figurar no polo passivo, ou seja, aquela com competência para apresentar o projeto de lei regulamentador da norma constitucional.

No caso, o art. 24, XII da CR definiu como entes competentes para legislar sobre aposentadoria especial a União, os Estados e o Distrito Federal. Sem mencionar, portanto, os Municípios.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entende que a competência legislativa concorrente sobre aposentadoria especial não afasta a obrigatoriedade de tratamento uniforme sobre o tema. Assim, conclui pela necessidade de norma regulamentadora de caráter nacional, editada pela União.

Por uma questão de delimitação temática, não analisaremos a polêmica sobre a legitimidade ou não dos Governadores para essas ações.

Apenas mencionaremos a posição do STF (pela ilegitimidade) e focaremos nas razões que excluem o Prefeito do polo passivo.

Dessa forma, serão abordados alguns aspectos envolvendo a aposentadoria especial dos servidores municipais, o mandado de injunção e a necessidade de nexo entre a repartição constitucional de competências e a autoridade coatora para, enfim, afastar a legitimidade do Prefeito nessas ações.

## 2 Aposentadoria especial dos servidores públicos

### 2.1 Previsão constitucional

A Constituição da República, em seu art. 40, trata das regras gerais para a aposentadoria dos servidores efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse mesmo dispositivo, consta a necessidade de tratamento igualitário entre os servidores e se fixa critérios objetivos para a obtenção do referido benefício previdenciário.

No entanto, o §4º do mesmo artigo trata de hipóteses excepcionais em que a lei complementar pode estabelecer requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria do servidor.

Importante, pois, transcrever o inteiro teor do dispositivo constitucional:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(*omissis*)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Nesses termos, foi estabelecida a aposentadoria especial para os servidores públicos, ou seja, o direito dos servidores portadores de deficiência ou que exercem suas atividades nas situações descritas no texto constitucional a receber tratamento diferenciado para a obtenção da aposentadoria.

Sérgio Pinto Martins sintetiza o instituto da aposentadoria especial nos seguintes termos:<sup>1</sup>

A aposentadoria especial é o benefício previdenciário decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão da lei. Trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividade com riscos superiores aos normais.

Aposentadoria especial é espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. Não é espécie de aposentadoria por invalidez, pois não envolve invalidez.

1 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 361.

O constituinte estabeleceu que servidores em situações especiais devam se beneficiar com o estabelecimento de regras diferentes dos demais. Reconhecem-se assim as peculiaridades tanto dos portadores de deficiência física, quanto dos servidores que exercem atividades profissionais em situação de risco ou de insalubridade e se lhes assegura um tratamento diferenciado na medida de sua desigualdade.

Os requisitos e critérios diferenciadores devem ser definidos em lei complementar, conforme expresso no texto constitucional. No entanto, ainda não foi editada lei regulamentando o direito à aposentadoria especial dos servidores.

## 2.2 Eficácia limitada do art. 40, §4º da Constituição da República

Segundo José Afonso da Silva<sup>2</sup>, as normas constitucionais podem ser classificadas, de acordo com o seu grau de eficácia, da seguinte forma:

- a) Normas de eficácia plena – são autoaplicáveis, pois possuem eficácia direta, imediata e integral;
- b) Normas de eficácia contida – possuem aplicabilidade imediata, mas a lei pode restringir seus efeitos;
- c) Normas de eficácia limitada – não são autoaplicáveis, pois dependem da edição de lei para apresentar seus principais efeitos. Assim, não possuem normatividade suficiente para ter aplicabilidade direta.

Oportuno lembrar a lição de Pedro Lenza Sobre as normas constitucionais de eficácia limitada<sup>3</sup>:

2 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 163/164.

3 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2012, p.202.

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, §3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Devemos salientar que, ao contrário da doutrina norte-americana, José Afonso da Silva, no mesmo sentido de Vezio Crisafulli, observa que as *normas constitucionais de eficácia limitada* produzem um mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, em sede conclusiva, observa que referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário (*omissis*)

Ora, a plena aplicabilidade do direito à aposentadoria especial depende de regulamentação legal. Conforme consta no art. 40, §4º da Constituição, lei complementar deverá definir os casos de servidores que se enquadrem na exceção constitucional para aposentadoria especial.

Caberá a uma lei infraconstitucional identificar quem são esses servidores em situação especial (entre os portadores de deficiência, os que exercem atividades de risco e os que exercem seu trabalho em condições insalubres), prever as diferenças a que serão submetidos em relação aos demais servidores e estabelecer todos os demais critérios para aplicação da norma constitucional.

O art. 40, §4º, portanto, enquadra-se no conceito de norma constitucional de eficácia limitada.

Sendo assim, possui normatividade e faz surgir para o legislador ordinário a obrigação de regulamentá-lo.

Essa lei, entretanto, ainda não foi editada, o que inviabiliza o direito à aposentadoria especial pelos servidores. Já há o Projeto de Lei n. 554/2010

encaminhado pelo Presidente da República para o Congresso Nacional para regulamentar uma das hipóteses de aposentadoria especial, a saber, quando os servidores exercem atividade de risco (art. 40, §4º, II da CR). No entanto, a matéria continua em discussão e a norma ainda não foi editada.

Sem a lei regulamentadora, as partes prejudicadas podem se valer de um instrumento constitucional previsto para garantir, no caso concreto, a aplicabilidade do art. 40, §4º da CR, a saber, o mandado de injunção.

É sobre essa hipótese (implantação do direito à aposentadoria especial aos servidores pelo mandado de injunção), especificamente em relação aos servidores municipais, que se discorrerá no presente artigo.

### 3 Do Mandado de Injunção

#### 3.1 Do Mandado de Injunção para o exercício do direito à aposentadoria especial pelos servidores públicos

A Constituição da República instituiu o mandado de injunção nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(*omissis*)

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Trata-se, portanto, de uma ação com o intuito de viabilizar ao impetrante o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pendentes de regulamentação legislativa.

O mandado de injunção é um instrumento contra a omissão na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada. O sujeito prejudicado pode impetrá-lo para, no caso concreto, dar efetividade ao texto constitucional e poder exercer seu direito.

Dessa forma, em síntese, a omissão legislativa pode ser sanada através de decisão judicial em sede de mandado de injunção, desde que: a) ausente a regulamentação de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e b) tal omissão impeça o impetrante do exercício desse direito.

Pedro Lenza e Gilmar Mendes tecem, respectivamente, preciosos e didáticos comentários a respeito do mandado de injunção,

De acordo com Pedro Lenza:<sup>4</sup>

*(omissis)* o mandado de injunção surge para ‘curar’ uma ‘doença’ denominada síndrome da inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional

No mesmo sentido, Gilmar Mendes<sup>5</sup>:

O mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar, que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que

4 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampli.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 950.

5 MENDES, Gilmar. Mandado de injunção **Direito Público**. São Paulo, 19, p. 126 – 148, Jan./fev.2008, p. 130

torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania)

Ora, o direito à aposentadoria especial está previsto em norma constitucional de eficácia limitada e a ausência de regulamentação inviabiliza o exercício desse direito pelo servidor. Cabível, portanto, a impetração de mandado de injunção.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, possui reiteradas decisões sobre o cabimento do mandado de injunção para garantir o direito à aposentadoria especial dos servidores.

A título de exemplo, importante transcrever o acórdão abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

(MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)

No corpo do voto, o relator dispõe:

(*omissis*) Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o §1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania, e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, a cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal admitiu o mandado de injunção em vários outros casos semelhantes, como nos MI 835/

DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.747/DF.

Patente, portanto, o cabimento da impetração do mandado de injunção por servidor para, diante da prolongada omissão legislativa, exercer, no caso concreto, seu direito à aposentadoria especial. Afinal, desde a promulgação da Constituição, em 1988, aguarda-se a regulamentação desse direito.

### 3.2 Da Legitimidade passiva no Mandado de Injunção

Para viabilizar o exercício de seus direitos via mandado de injunção, o impetrante deve apresentar no polo passivo a autoridade a quem caiba suprir a omissão legislativa no caso concreto, ou seja, o órgão ou Poder competente para regulamentar a norma constitucional.

Clemilton da Silva Barros trata do tema da seguinte forma<sup>6</sup>:

A ação de injunção é proposta sempre em face da autoridade, órgão ou Poder omissos, a quem cabe a regulamentação da norma constitucional que resguarda o bem invocado pelo impetrante. Assim, a legitimidade passiva é da pessoa estatal enunciada pela Constituição como titular da competência para deflagrar o procedimento legislativo, ou seja, a autoridade ou órgão público competente para a feita da norma infraconstitucional regulamentadora, jamais as entidades de direito privado nem as pessoas físicas que não sejam autoridades públicas, uma vez que somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.

<sup>6</sup> BARROS, Clemilton da Silva. A ação de injunção e os seus efeitos concreto na hipótese do art. 40, § 4º, da constituição federal, atinente à aposentadoria especial no serviço público. *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. [S.l.], 2, p. 19-48, nov.2009, p.27.

Deve, portanto, constar no polo passivo da lide a autoridade competente para a iniciativa do projeto de lei que regulamente o direito pretendido.

No mesmo sentido, o STF:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva ad causam no mandado de injunção. Precedentes.

II – A jurisprudência desta Corte, após o julgamento dos Mandados de Injunção 721/DF e 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, passou a adotar a tese de que o mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso, do direito constitucional não regulamentado, assentando, ainda, que com ele não se objetiva apenas declarar a omissão legislativa, dada a sua natureza nitidamente mandamental.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(MI 1231 AgR/DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011)

Dessa forma, a autoridade legítima para figurar no polo passivo do mandado de injunção é o titular para apresentar o projeto de lei regulamentando a norma constitucional.

## 4 Da ilegitimidade passiva do prefeito

A Constituição da República define a competência para legislar sobre aposentadoria especial nos seguintes termos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(omissis)

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

(omissis)

§ 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º – Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º – A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A aposentadoria especial é matéria incluída em previdência social e, portanto, submetida à competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal. Compete, portanto, à União editar as normas gerais e aos Estados e Distrito Federal, suplementar essas normas.

Não havendo normas gerais editadas pela União, a lacuna pode ser plenamente preenchida pelos Estados ou pelo Distrito Federal, criando-se, assim, um mecanismo para suprir a omissão legislativa da União.

Observe-se, entretanto, não constar o Município entre os entes federados competentes para legislar concorrentemente sobre aposentadoria especial. Cabe a ele, apenas, suplementar a legislação federal e estadual no que couber, nos termos do art. 30, II, da Constituição da República<sup>7</sup>.

Interpretando-se conjuntamente o art. 24, XII, §3º e o art. 30, II, ambos da Constituição da República, fica evidente não poder o Município legislar sobre aposentadoria especial antes da edição de lei federal ou estadual. A repartição de competência constitucional não prestigiou os Municípios para atuar na ausência dos outros entes federativos sobre aposentadoria especial.

Sendo assim, fuge às atribuições do Município a apresentação de projeto de lei regulamentando o direito à aposentadoria especial dos seus servidores.

Não se confunda a competência da União e dos Estados e Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre a aposentadoria especial (art. 24, XII da Constituição), com a iniciativa legislativa do Chefe do Executivo para as leis que disponham sobre os seus servidores públicos (art. 61, §1º, II, c, da Constituição<sup>8</sup>).

Com efeito, os entes federativos competentes para legislar concorrentemente sobre aposentadoria especial são a União, os Estados e o

7 Art. 30. Compete aos Municípios:  
(omissis)

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

8 Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º – São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(omissis)

II – disponham sobre:

(omissis)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Distrito Federal, cabendo ao Chefe Executivo de cada um deles apresentar o projeto de lei sobre o tema.

O art. 61, §1º, II, c, da Constituição, portanto, não confere competência aos Prefeitos no que tange à aposentadoria especial dos servidores.

Sem a competência dos Municípios para legislar sobre o tema, os Prefeitos não podem figurar no polo passivo de mandado de injunção em que se pleiteie a aposentadoria especial para os servidores, pois não possuem a atribuição de apresentar projeto de lei sobre a matéria.

Reforçando essa tese, o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.717/98, que dispõe sobre regras gerais para os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos, proíbe a concessão de aposentadoria especial aos servidores antes da edição de lei federal, nos seguintes termos:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.

A questão da legitimidade passiva no mandado de injunção já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o STF, a Constituição, ao estabelecer a competência legislativa concorrente para a aposentadoria especial, não afastou a necessidade de tratamento uniforme sobre o tema. Dessa forma, deve haver

atuação legislativa da União para editar norma regulamentadora de caráter nacional.

É interessante transcrever a seguinte decisão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. ART. 40, § 4º, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL. NECESSIDADE DE TRATAMENTO UNIFORME DA MATÉRIA.

1. A competência concorrente para legislar sobre previdência social não afasta a necessidade de tratamento uniforme das exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos. Necessidade de atuação normativa da União para a edição de norma regulamentadora de caráter nacional.

2. O Presidente da República é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de injunção em que se discute a aposentadoria especial de servidor público. Precedente.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(MI 1832 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-093 DIVULG 17-05-2011 PUBLIC 18-05-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00001)

No corpo do voto, a Ministra Cármen Lúcia esclarece:

5. O art. 40 da Constituição da República estabelece regras gerais e especiais atinentes ao regime de aposentadoria dos servidores ocupantes de cargos efetivos. Essas regras aplicam-se uniformemente aos servidores públicos, sejam eles vinculados à União, aos Estados ou aos Municípios, assim como as regras estabelecidas no art. 201, que tratam do regime geral de previdência social, aplicam-se indistintamente aos trabalhadores da iniciativa privada independentemente do local onde exerçam suas atividades.

A natureza geral dos temas que envolvem a previdência social foi reconhecida pelo Constituinte originário quando atribuiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para legislar sobre a matéria e ao Município a competência para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, consoante os arts. 24, inc. XII, e 30, inc. II, da Constituição da República, respectivamente.

A competência legislativa concorrente não afasta, contudo, a necessidade de tratamento uniforme do tema, em especial por se tratar de norma que excepciona as regras gerais de aposentadoria, a exigir a edição de norma regulamentadora de caráter nacional e, portanto, a atuação normativa da União.

Esse entendimento é corroborado pela própria Agravante, que encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n. 554/2010, que propõe a regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos submetidos à atividade de risco, nos seguintes termos:

(*omissis*)

Não se há cogitar que o estabelecimento de regras gerais para aposentadoria especial dos servidores públicos (federais, estaduais ou municipais) representa contrariedade ao princípio federativo, pois a autonomia dos entes federados é, como salientado pelo Procurador-Geral da República, condicionada pelo sistema de repartição de competências legislativas estabelecido pela Constituição da República.

(*omissis*)

7. Assim, a omissão no exercício da competência legislativa concorrente da União para editar a lei complementar nacional disciplinadora do art. 40, §4º, da Constituição da República, que estabelecerá as regras para a aposentadoria especial dos servidores públicos, impede seja o Presidente da República afastado do polo passivo da ação.

Com fundamento na competência legislativa concorrente e na necessidade de tratamento uniforme da matéria, o STF reconhece o direito dos servidores à aposentadoria especial e a legitimidade do Presidente da República para encaminhar o projeto de lei regulamentador.

atuação legislativa da União para editar norma regulamentadora de caráter nacional.

É interessante transcrever a seguinte decisão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. ART. 40, § 4º, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL. NECESSIDADE DE TRATAMENTO UNIFORME DA MATÉRIA.

1. A competência concorrente para legislar sobre previdência social não afasta a necessidade de tratamento uniforme das exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos. Necessidade de atuação normativa da União para a edição de norma regulamentadora de caráter nacional.

2. O Presidente da República é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de injunção em que se discute a aposentadoria especial de servidor público. Precedente.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(MI 1832 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-093 DIVULG 17-05-2011 PUBLIC 18-05-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00001)

No corpo do voto, a Ministra Cármen Lúcia esclarece:

5. O art. 40 da Constituição da República estabelece regras gerais e especiais atinentes ao regime de aposentadoria dos servidores ocupantes de cargos efetivos. Essas regras aplicam-se uniformemente aos servidores públicos, sejam eles vinculados à União, aos Estados ou as Municípios, assim como as regras estabelecidas no art. 201, que tratam do regime geral de previdência social, aplicam-se indistintamente aos trabalhadores da iniciativa privada independentemente do local onde exerçam suas atividades.

A natureza geral dos temas que envolvem a previdência social foi reconhecida pelo Constituinte originário quando atribuiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para legislar sobre a matéria e ao Município a competência para complementar a legislação federal e estadual, no que couber, consoante os arts. 24, inc. XII, e 30, inc. II, da Constituição da República, respectivamente.

A competência legislativa concorrente não afasta, contudo, a necessidade de tratamento uniforme do tema, em especial por se tratar de norma que excepciona as regras gerais de aposentadoria, a exigir a edição de norma regulamentadora de caráter nacional e, portanto, a atuação normativa da União.

Esse entendimento é corroborado pela própria Agravante, que encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n. 554/2010, que propõe a regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos submetidos à atividade de risco, nos seguintes termos:

(*omissis*)

Não se há cogitar que o estabelecimento de regras gerais para aposentadoria especial dos servidores públicos (federais, estaduais ou municipais) representa contrariedade ao princípio federativo, pois a autonomia dos entes federados é, como salientado pelo Procurador-Geral da República, condicionada pelo sistema de repartição de competências legislativas estabelecido pela Constituição da República.

(*omissis*)

7. Assim, a omissão no exercício da competência legislativa concorrente da União para editar a lei complementar nacional disciplinadora do art. 40, §4º, da Constituição da República, que estabelecerá as regras para a aposentadoria especial dos servidores públicos, impede seja o Presidente da República afastado do polo passivo da ação.

Com fundamento na competência legislativa concorrente e na necessidade de tratamento uniforme da matéria, o STF reconhece o direito dos servidores à aposentadoria especial e a legitimidade do Presidente da República para encaminhar o projeto de lei regulamentador.

Pela literalidade do art. 24, §3º da Constituição da República, diante da omissão legislativa da União, os Estados teriam competência legislativa plena. No entanto, para o STF, nem os governadores poderiam figurar no polo passivo da lide.

No inteiro teor do voto do RE 628318 AgR, o Ministro Celso de Mello afasta a legitimidade dos Municípios para regulamentar a aposentadoria especial da seguinte forma (original com grifos):

**Com efeito, tal como ressaltado** na decisão ora agravada, o mandado de injunção **busca neutralizar** as consequências lesivas decorrentes **da ausência** de regulamentação normativa **de preceitos constitucionais** revestidos de eficácia limitada, **cuja incidência – necessária** ao exercício efetivo de determinados direitos neles **diretamente** fundados – **depende, essencialmente, da intervenção concretizadora do legislador.**

**É preciso ter presente, pois, que o direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, **quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal** de emanar normas legais. **Isso significa, portanto, que o direito individual** à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas hipóteses** em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito *de exclusiva* determinação constitucional, **uma obrigação jurídica indeclinável imposta** ao Poder Público, *consoante adverte* o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (MI 633/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

*Desse modo, e para que possa atuar a norma pertinente* ao instituto do mandado de injunção, *revela-se essencial* que se estabeleça *a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar*, de um lado, e *a consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação*, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional **de emanar** provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem pretender** acesso legítimo à via injuncional (MI 463/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MI 542/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MI 642/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

(*omissis*)

**Cumpre assinalar, nesse ponto, que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar o MI 1.832-AgR/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, **firmou entendimento**, posteriormente **confirmado** no julgamento do **MI 1.898-AgR/DF**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, no sentido **de que a colmatação** da omissão normativa em causa, **considerada** a natureza da matéria a ser regulamentada (*regime de aposentadoria especial*), **competete, exclusivamente**, a instituições estruturadas **no âmbito** da União Federal (a Presidência da República e o Congresso Nacional):

(*omissis*)

**Registro, ainda**, que o Supremo Tribunal Federal, em **sucessivas** decisões, *vem reafirmando* essa orientação (AI 853.120/MS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ARE 677.906/SE, Rel. Min. CEZAR PELUSO – ARE 703.014/SE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RE 556.842/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RE 661.416/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, *v.g.*), **reconhecendo, em consequência**, que os entes federados **regionais** (Estados-membros e Distrito Federal) **ou locais** (Municípios), **ou, quando for o caso**, as respectivas autarquias e empresas governamentais, **não possuem** legitimação “*ad causam*” **para figurar** no polo passivo de processos injuncionais **em que se objective** a colmatação de omissão estatal **no adimplemento** da prestação legislativa **determinada** no art. 40, § 4º, da Constituição da República:

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, inclusive, já adotou esse entendimento do Supremo para extinguir o mandado de injunção em decorrência da ilegitimidade do prefeito para figurar no polo passivo da lide:

MANDADO DE INJUNÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. PREFEITO MUNICIPAL. ACOLHIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. GUARDA MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. PREVIDÊN-

CIA SOCIAL. NORMA DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO POR NORMA NACIONAL. MORA DA UNIÃO. PRECEDENTES DO STF.

1. Consoante o art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

2. Tratando-se de norma de ordem geral e de âmbito nacional, que merece tratamento unitário nas diversas esferas, compete à União definir, por lei complementar, as normas gerais da aposentadoria especial. Nesse sentido, dispõe o artigo 5º, parágrafo único, da Lei n.º 9.717/98, que verbena não ser permitido aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios concederem aposentadoria especial aos seus servidores, com base no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria. Precedentes: STF – Processo MI 1583 DF. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 24/03/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Processo: MI 1463 DF. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 02/03/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

4. Sendo assim, na espécie, descabe determinar que o chefe do Poder Executivo Municipal inicie processo legislativo para regulamentar a concessão de aposentadoria especial aos servidores municipais, ou mesmo que se aplique, por analogia, a Lei n.º 8.213/91. Precedentes do c. TJRS: Processo: MI 70047947106 RS. Relator(a): Matilde Chabar Maia. Julgamento: 02/08/2012. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível.

5. Decisão proferida pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva, entendendo que a mora legislativa no que tange à aposentadoria especial, prevista no art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal, é da União.

(MI n. 268.336-9, Relator: Des. Jorge Américo. Julgado pela Corte Especial em 26/11/2012)

Nessa mesma linha, o Desembargador Eduardo Sertório, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, recentemente, proferiu decisão monocrática para extinguir mandado de injunção pela ilegitimidade do Prefeito (MI n. 271048-9).

Dessa forma, a mora legislativa pela ausência de regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, é de responsabilidade do Presidente da República. Cabe a ele, portanto, suprir essa omissão.

Tal conclusão decorre da interpretação sistemática dos arts. 24, XII, §3º, 30, II e 40, §4º da Constituição, bem como do parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.717/98. Ademais, o STF, guardião da interpretação constitucional, reconhecendo a necessidade de tratamento uniforme das exceções às regras de aposentadoria especial, entende que o preenchimento dessa omissão compete, exclusivamente, às instituições estruturadas no âmbito da União Federal (Presidente da República e Congresso Nacional).

A observância desse aspecto processual quando da impetração de mandado de injunção é fundamental para o julgamento de mérito da ação. Afinal, sendo a legitimidade passiva uma das condições da ação, a incorreta indicação da autoridade coatora leva à extinção do feito sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC).

## 5 Conclusão

A impetração do mandado de injunção é cabível, conforme o art. 5º, LXXI da Constituição da República, para, em um caso concreto, dar efetividade ao texto constitucional diante da omissão legislativa em regulamentar direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre o cabimento do mandado de injunção para viabilizar o direito dos servidores à aposentadoria especial. Afinal, o art. 40, §4º da CR remete à

edição de lei complementar para estabelecer requisitos e critérios diferenciadores para a concessão desse direito aos servidores portadores de deficiência e que exerçam atividade insalubre ou de risco, mas, até o momento, tal lei não foi publicada.

Além desses requisitos constitucionais, entretanto, o mandado de injunção deve observar as regras processuais atinentes às condições da ação, como a legitimidade da parte constante no polo passivo da lide.

No caso da ação injuncional, a autoridade legítima para figurar no polo passivo é aquela que possui competência para apresentar o projeto de lei regulamentador da norma constitucional.

Ora, a aposentadoria especial é matéria submetida à competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, XII da CR). O Município, portanto, não consta entre os entes federados competentes para legislar sobre a matéria.

No mesmo sentido, o art. 5º da Lei n. 9.717/98 veda expressamente a concessão de aposentadoria especial de servidores antes da edição de lei complementar federal.

Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou várias vezes sobre a necessidade de uniformização das exceções às regras de aposentadoria especial. Assim, reconhece no Presidente da República a autoridade legítima para figurar no polo passivo da lide, mesmo nos casos de servidores públicos municipais.

O Município, portanto, não é competente para legislar sobre aposentadoria especial. Consequentemente, não cabe ao Prefeito apresentar o projeto de lei referente à aposentadoria especial para os servidores municipais.

Dessa forma, o Prefeito é parte ilegítima para figurar no polo passivo dos mandados de injunção referentes à aposentadoria especial dos servidores municipais. Tais demandas, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, devem ser propostas contra as instituições estruturadas no âmbito da União Federal, sob pena de extinção do jeito sem resolução do mérito.

#### The illegitimacy of mayors in the writ of injunction about special retirement for municipal servers

#### Abstract

The special retirement provided in the article 40, § 4 of the Constitution, is a right of public servants, but in practice, can't be exercised because of the lack of a regulatory law. Due to this legislative omission, the constitutional remedy appropriate to facilitate the exercise of this right is the writ of injunction (article 5<sup>th</sup>, LXXI of the Constitution). The question is who should be in the passive part of the mandamus. The enforcement authority to appear in legitimate demand injuncional is the one competent to regulate that constitutional norm. The article 24, XII of the Constitution established the concurrent jurisdiction of the Union, the States and the Federal District to legislate about special retirement. Thus, the municipalities were not included in the constitutional

division of powers between the entities competent to legislate on the subject. In the same sense, the article 5<sup>th</sup> of Law n. 9.717/98 prohibits the concession of special retirement before the publication of federal law. Moreover, the Supreme Court, the guardian of constitutional interpretation, considers necessary uniform treatment of exceptions to the rules of special retirement, which would lead to the legitimacy of the President of the Republic to appear on the defendant. For all this, the Mayor is the illegitimate defendant to appear in the writ of injunction relating to special retirement for municipal servers.

**Keywords:** Writ of injunction. Special retirement for municipal servers. Illegitimacy of the Mayor.

## Referências

BARROS, Clemilton da Silva. A ação de injunção e os seus efeitos concreto na hipótese do art. 40, § 4º, da constituição federal, atinente à aposentadoria especial no serviço público. **Revista da AGU – Advocacia Geral da União**. [S.l.], 2, p. 19-48, nov.2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**: Promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.717, de 27 nov. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção n. 721**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 30 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção n. 1.231**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 16 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção n. 1.832**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 24 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 628.318**, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 dez. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar. Mandado de injunção **Direito Público**. São Paulo, 19, p. 126 – 148, jan./fev.2008.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco, **Mandado de Injunção n. 268.336-9**, Relator: Des. Jorge Américo. Julgado em 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Pernambuco, **Mandado de Injunção n. 271.048-9**, Relator: Des. Eduardo Sertório. Julgado em 11 abr. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

### Referência do texto

REIS, Carolina Corrêa de Oliveira Tapety. A ilegitimidade passiva dos prefeitos nos mandados de injunção referentes à aposentadoria especial para servidores municipais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 43-68, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 29 abr. 2012. Aprovado em: 30 maio 2012.

## Referências

BARROS, Clemilton da Silva. A ação de injunção e os seus efeitos concreto na hipótese do art. 40, § 4º, da constituição federal, atinente à aposentadoria especial no serviço público. **Revista da AGU – Advocacia Geral da União**. [S.l.], 2, p. 19-48, nov.2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**: Promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.717, de 27 nov. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção n. 721**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 30 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção n. 1.231**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 16 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção n. 1.832**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 24 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 628.318**, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 dez. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar. Mandado de injunção **Direito Público**. São Paulo, 19, p. 126 – 148, jan./fev.2008.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco, **Mandado de Injunção n. 268.336-9**, Relator: Des. Jorge Américo. Julgado em 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Pernambuco, **Mandado de Injunção n. 271.048-9**, Relator: Des. Eduardo Sertório. Julgado em 11 abr. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

### Referência do texto

REIS, Carolina Corrêa de Oliveira Tapety. A ilegitimidade passiva dos prefeitos nos mandados de injunção referentes à aposentadoria especial para servidores municipais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 43-68, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 29 abr. 2012. Aprovado em: 30 maio 2012.

# Da impossibilidade de ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis

**Daniella Garcia Monteiro**

Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Advogada – OAB/PE 32.756.

## Resumo

Através do presente artigo pretende-se fazer uma análise da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, a qual surgiu no intuito de democratizar a justiça, dando uma melhor prestação jurisdicional, visto a agilidade, funcionalidade e rápida efetivação do processo. Serão abordados alguns princípios que regem tal microsistema, como o princípio da celeridade, contrapondo-o com o disposto no artigo 59 da referida lei. À luz do artigo 59 da lei nº 9.099/95, será trazida à baila a discussão acerca da impossibilidade do ajuizamento da ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis. Nessa oportunidade, será traçado um comparativo

entre o princípio da celeridade processual e à segurança jurídica, visando defender o direito ao acesso ao Judiciário, tolhido em virtude do não cabimento da ação rescisória nas causas sujeitas aos procedimentos da lei nº 9.099/95. Em decorrência da clara violação ao direito de ação, previsto expressamente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o artigo 59 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis está eivado de inconstitucionalidade.

**Palavras-chaves:** Juizados Especiais Cíveis. Ação Rescisória. Segurança Jurídica. Inconstitucionalidade.

## Introdução

É inegável o quanto o Poder Judiciário está, demasiadamente, asoberbado de processos, gerando uma morosidade excessiva no que tange à prestação jurisdicional.

Objetivando não apenas democratizar o acesso ao Judiciário, como também a prestação de uma tutela jurisdicional célere e desprovida de excessivas formalidades, foi criada, em âmbito estadual, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis.

À luz deste microsistema normativo, será apreciada, neste trabalho, a discussão acerca da impossibilidade de ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis, prevista no artigo 59 da referida lei.

Tal descabimento gera insegurança jurídica, ao passo que possibilita que decisões eivadas de vícios e nulidades, previstas taxativamente no artigo 485 do Código de Processo Civil, ensejadoras da propositura da demanda autônoma de impugnação à coisa julgada, denominada ação rescisória, parem no mundo jurídico, acobertadas pelo manto da coisa julgada material, sendo, assim, dotadas de indiscutibilidade e imutabilidade.

Ademais, o referido artigo 59 da Lei nº 9.099/95, sobrepõe o princípio da celeridade processual ao da segurança jurídica, tolhendo coercitivamente o direito de ação da parte vencida e violando, desta forma, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Posto isto, verificar-se-á a inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê expressamente tal impossibilidade, deflorando o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

## Da impossibilidade de ação rescisória no âmbito dos juizados especiais cíveis

### 1 Considerações iniciais

Em decorrência da monopolização da força, incumbe ao Poder Estatal criar e aplicar, no mundo dos fatos, a norma jurídica abstrata, diante da violação ao ordenamento jurídico. Contudo, é notório que, muitas vezes, o Poder Judiciário não garante os meios necessários à efetivação da justiça, gerando aos efetivos destinatários o ônus de arcar com onerosas custas processuais e a demora na prestação jurisdicional.

Diante dessas problemáticas, a Lei nº 9.099/95 trouxe ao mundo jurídico um microsistema que visa, precipuamente, a obtenção da justiça através de uma prestação jurisdicional dotada de agilidade, funcionalidade e rápida efetivação do processo.

E essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável *litigiosidade contida*. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do acesso à ordem jurídica justa. (TOURINHO NETO e FIGUEIRA JUNIOR, 2011, p. 42)

O artigo 2º da Lei nº 9.099/95 enumera alguns princípios gerais que norteiam o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, destacando-se a simplicidade, a funcionalidade e a celeridade processual.

Em virtude desses princípios, o legislador decidiu excluir alguns meios de impugnação, visando evitar que fossem utilizados como meios protelatórios, ferindo a celeridade e simplicidade prezadas na sistemática dos Juizados Especiais Cíveis.

Contudo, dentre esses meios de impugnação, sofreu restrição do legislador a ferramenta da ação rescisória, ação autônoma constitutiva negativa ou desconstitutiva da coisa julgada material. Tal restrição encontra-se no artigo 59 da Lei nº 9.099/95, que determina que “não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.”

A ação rescisória trata-se de uma demanda autônoma que visa rescindir uma decisão transitada em julgado, eivada de vícios, ou seja, visa à reapreciação de uma decisão já coberta pelo manto da coisa julgada. Assim, por ser ação, esta se renova sempre que um cidadão sente lesão ou ameaça a direito seu, mesmo que subjetivo, devendo utilizar-se desta como meio de recorrer ao Poder Judiciário, visando guarida jurisdicional para salvaguardar seu direito.

Assim, excluindo tal ferramenta processual de suma importância no que concerne à segurança jurídica do julgado, deixou sem amparo legal decisões transitadas em julgado, em sede de JECs, eivadas de vícios, tornando eternas as ilegalidades constantes.

Deste modo, viola indubitavelmente preceitos constitucionais, utilizando-se do princípio da celeridade de modo a ferir a segurança jurídica e o próprio direito de ação.

## 2 Celeridade Processual *versus* segurança jurídica

A EC nº 45/2004 acrescentou dentre os direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988 o inciso LXXVIII do art. 5º, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Neste preceito constitucional, verifica-se a repetição, sob a nomenclatura de Princípio da Celeridade Processual, de uma garantia já inerente ao conceito do direito ao devido processo legal, que prevê, dentre as obrigações do Estado na prestação da tutela jurisdicional, a de prestar a jurisdição de maneira rápida e efetiva.

De modo algum há qualquer discordância da suma importância de tal princípio, já que a celeridade processual diminui as injustiças causadas em virtude da demora das decisões judiciais, possibilitando maior democratização da justiça.

Verifica-se que a capacidade do processo está atrelada à celeridade processual, visto que a justiça se faz presente com a concretização da garantia dos direitos pretendidos, uma vez que, caso contrário, haveria uma injusta espera por justiça.

Contudo, a correria processual deve ser encarada com razoabilidade, evitando colisão com os demais direitos e princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito.

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submissão do hiperdimen-

sionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. (MOREIRA, 2004, p. 5)

Assim, o princípio da celeridade e da duração razoável do processo não poderia culminar no esquecimento da segurança jurídica processual. Deverá haver uma complementação entre ambos os princípios, ou seja o ideal de justiça e o tempo processual, não podendo existir uma decisão célere sem a devida importância à segurança na defesa do direito.

Daí decorre que o operador do direito, ao buscar o equilíbrio entre celeridade e segurança no processo, visando à equação do litígio, tem o dever de observar os cânones assecuratórios do devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa – enfim, as garantias constitucionais do processo – como direitos fundamentais contidos no Texto Magno, a partir de um exercício hermenêutico face aos valores de idêntica estatura, mas com repercussões diferenciadas no contexto do litígio. É o denominado *balancing process*, visando não propriamente à atribuição de significado ao texto da norma, mas equilibrar e ordenar o tensionamento entre o ideal de justiça e sua correlatividade com o tempo processual. (CANOTILHO *apud* CALHAO, 2010, p. 202)

Segurança Jurídica consiste no alicerce do Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição Federal de 1988, que assegura, como garantia da democracia, a certeza e a estabilidade das relações jurídicas e sociais. Deve ser encarado como princípio geral do direito, servindo para orientar genericamente a compreensão do sistema jurídico como um todo. (NARCARINI, 2004, p. 222)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da Segurança Jurídica deve ser entendido como Princípio Geral de Direito,

tendo aplicabilidade em todo sistema jurídico, recaindo sobre todos os ramos do direito.

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. Enquadra-se, então, entre os princípios gerais do Direito(...). Ora bem, é sabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais do Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 92/93)

Assim, uma lei não pode tornar inseguras situações protegidas pelo princípio da segurança jurídica, visto que resultaria aos seus destinatários o ônus dessa arbitrariedade, destruindo aquilo de concreto e efetivo que o Direito deve defender: a segurança.

No caso da impossibilidade de ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis, disposto no artigo 59 da Lei nº 9.099/95, não houve ponderação de princípios, sobrepondo-se o princípio da celeridade ao da segurança jurídica, ignorando, assim, a possibilidade de decisões judiciais transitadas em julgado, eivadas de vicissitudes, pairarem no mundo jurídico sem possibilidade de reforma, em virtude de sua imutabilidade, ferindo, conseqüentemente, o ideal de segurança presente no conceito de Estado Democrático de Direito, que preconiza na Constituição Federal de 1988 o dever de prestar segurança, inclusive no âmbito judicial.

### 3 Da violação ao Direito de acesso ao judiciário

Em virtude da proibição da “justiça de mão própria”, ou seja, do uso da força privada para obtenção e proteção de direitos, o Estado tomou para si a responsabilidade de solucionar conflitos, prestando tutela jurisdicional a todo e qualquer direito ameaçado ou violado.

O acesso à jurisdição é um direito previsto até em âmbito internacional, visto que o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe expressamente que “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ele dirigida, em matéria penal”.

A Constituição Federal de 1988 assegura, em nome do Estado Democrático de Direito, o direito de ação dentre os direitos fundamentais. O princípio do direito de ação, ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Segundo este dispositivo legal, o legislador não poderá privar ninguém da possibilidade de deduzir sua pretensão em juízo, visando a uma tutela jurisdicional preventiva, repressiva ou reparatória.

O direito de ação, diante do Estado constitucional, está muito longe de ter apenas o significado de uma garantia contra o Estado. Quando se toma em consideração a proibição de o Estado vedar o acesso à jurisdição diante de determinada situação ou de excluir do Poder Judiciário uma afirmação de lesão ou de ameaça a direito, o direito fundamental de ação se porta como uma garantia contra o Estado, ou ainda como uma garantia de que o Estado não faça algo para impedir o exercício do direito de ação e o acesso à justiça. Acontece que o direito fundamental

de ação, assim como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas à plena realização concreta. (MARINONI, 2012, p. 210)

Existem duas correntes doutrinárias que divergem no que concerne à natureza jurídica do direito de ação: a que defende a *Teoria do Direito concreto de ação* e a que defende a *Teoria do Direito abstrato de agir*.

A primeira dessas teorias, sustentada principalmente por Adolph Wach, considera que o direito de ação “dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição. Entretanto, como a existência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável”. (WACH *apud* CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 269).

Já a segunda dessas teorias tem como adepto Alfredo Rocco, que defende que o direito de ação tem como titular qualquer pessoa que deseje que o Estado intervenha na satisfação do seu interesse.

O direito de ação, conclui, é portanto, um direito subjetivo público do cidadão contra o Estado, tendo por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos que a incerteza ou inobservância das normas válidas, no caso concreto, possam opor à realidade dos interesses tutelados. O objeto desse direito é a prestação, por parte do Estado, de sua atividade jurisdicional para o acerto do direito incerto e para a realização forçada do interesse para o qual seja certa a tutela. (ROCCO *apud* SILVA e GOMES, 2011, p. 101)

Assim, à luz da Teoria do Direito abstrato de agir, verifica-se que a finalidade do processo não se restringe ao interesse em conflito, mas sim, à composição da lide, podendo resultar numa decisão de procedência ou não do pedido formulado.

Interessa particularmente a segunda corrente, considerando ação como o direito ao provimento jurisdicional, favorável ou não, sendo assim um direito autônomo e de natureza abstrata.

O direito de ação, por ser um direito cívico abstrato, possibilita que o conflito entre as partes passe pelo crivo do Judiciário, não havendo qualquer obrigação de o Estado-Juiz reconhecer o pedido do autor, mas sim, a obrigação de, preenchidos os requisitos legais, o Estado, através da tutela jurisdicional, proferir uma sentença, favorável ou não de acordo com a sua apreciação do caso.

Assim, para a realização do efetivo acesso à justiça é necessário que não haja qualquer óbice que impeça de provocar o Judiciário para que este se pronuncie acerca da pretensão, não importando se o cidadão tem ou não o direito pleiteado, visto que é um direito fundamental processual, não se confundindo com o direito fundamental material. (MARI-NONI, 2012, p. 209)

Inferese deste comando que lei alguma poderá autoprevenir-se contra a apreciação do Poder Judiciário no que respeita à sua constitucionalidade, jamais podendo conter o seu texto previsão de uma intangibilidade pelos jurisdicionados perante o órgão judicante. Prova bastante de que, pelo menos em tese, vivemos em um Estado de Direito que consagra a independência harmônica das funções do Poder, na medida em que prevê o controle de constitucionalidade das leis, em observância, também, ao princípio do acesso amplo à justiça. (GERAIGE NETO, 2003, p. 34).

De acordo com Nelson Nery Júnior, “o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.” (NERY JÚNIOR, 2010, p. 176)

Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação. (BASTOS, 2000, p. 214).

Neste diapasão, verifica-se que o artigo 59 da Lei nº 9.099/95 afronta, claramente, o direito de ação, visto que aquele que se sentir lesado frente a um dos vícios previstos no art. 485 do CPC deve ter a possibilidade de rediscutir a decisão transitada em julgado, para que o Judiciário possa proferir um julgamento final, independentemente de ser favorável ou não. Posto isto, a impossibilidade da ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis, por afrontar o direito fundamental de ação, está eivada de inconstitucionalidade.

#### **4 Do entendimento de inconstitucionalidade do artigo 59 da Lei nº 9.099/95**

Quando o legislador, ao criar o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, dispôs acerca da impossibilidade de ação rescisória nas causas sujeitas aos procedimentos dos JECs, nos termos do artigo 59 da Lei nº 9.099/95, restringiu a aplicabilidade do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sob o pretexto da busca pela celeridade processual, excluindo, assim, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direitos. Tal dispositivo impossibilita a parte vencida de rescindir uma decisão contaminada por vícios, taxativamente previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que este meio de impugnação da coisa julgada material não deve ser confundido nem como recurso e nem como meio de rediscutir a justiça da decisão, e sim, como uma ação autônoma que

visa desconstituir a coisa julgada material em virtude de vicissitudes que contaminam a segurança e a justiça da decisão proferida e transitada em julgado.

A ação rescisória deve ser encarada como meio capaz de aprimorar decisões, visto que, conforme Cândido Rangel Dinamarco, “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”. (DINAMARCO, 2002, p. 09)

Segundo o autor Fernando Antônio Negreiros Lima, não haveria qualquer incompatibilidade entre a ação rescisória e a celeridade prevista como fundamento da sistemática dos Juizados Especiais, visto que além de ser uma ação autônoma admitida somente quando presentes algumas das hipóteses de cabimento previstas no artigo 485 do CPC, ainda não suspende, via de regra, a execução da sentença rescindenda, à luz do artigo 489 do Código de Processo Civil, concluindo assim que a parte não iria se valer desta como mero instrumento protelatório. (LIMA, 2006, p. 101)

Ao momento que o legislador não utilizou o princípio da razoabilidade, sobrepondo a celeridade processual e esquecendo a aplicabilidade de outros princípios constitucionais de igual ou maior importância, como é o caso do princípio da segurança jurídica, tornou instável a relação processual, com a manutenção de uma sentença eivada de uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória, não pacificando conflitos, e sim culminando em novos, diante do atentado à segurança jurídica da coisa julgada.

Alexandre Freitas Câmara defende que tal impossibilidade não traz vantagens ao sistema, dispondo que deveria ter havido uma transposição do instituto da ação rescisória, previsto no procedimento comum, para o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, apenas com uma diminuição do prazo para a sua interposição que, a seu ver, deveria ser um prazo de-

cadencial de 6 meses, diferentemente do procedimento comum que prevê tal prazo como de 2 anos a partir do trânsito em julgado. Assim, considerou que tal atitude do legislador não foi acertada ao proibir, terminantemente, a ação rescisória nesse microsistema. (CÂMARA, 2010, p. 146)

Seria até mesmo lúdico considerar que, em sede de Juizados Especiais, situações previstas como passíveis de cabimento de ação rescisória não iriam ocorrer, e a exclusão da aplicabilidade da ação rescisória nesses casos fere, de maneira incontroversa, o direito de ação, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No mesmo diapasão, encontram-se Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, que entendem que não há razão para a exclusão da ação rescisória como meio de impugnação das decisões proferidas em sede de Juizados Especiais, visto a real possibilidade de juízes de primeiro grau ou Colégios Recursais incorrerem em qualquer das hipóteses previstas no artigo 485 do CPC. Sustentam, ainda, que “assim como a estabilidade da relação jurídica entre as partes litigantes depende no futuro, após a decisão definitiva, da segurança da coisa julgada, a manutenção, no mundo jurídico, de sentenças proferidas ao arrepio da lei ou dos verdadeiros fatos causam, sem dúvida, o efeito reverso”. (TOURINHO NETO e FIGUEIRA JÚNIOR, 2011, p. 388)

O direito de ação prevê a todos, indistintamente, o direito de provocar o Judiciário sempre que se depararem com situações de lesão ou ameaça a direitos. Verifica-se que as hipóteses previstas como passíveis de cabimento da ação rescisória ferem a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão não ou não mais passível de recurso, violando assim a segurança da decisão transitada em julgado, lesionando consideravelmente o direito da parte vencida.

Em detrimento desta situação, a parte vencida não poderá se contentar com a injustiça de uma decisão eivada de vícios, pelo simples fato

de a lide ter sido submetida aos preceitos procedimentais dos Juizados Estaduais Cíveis.

Assim, verifica-se que o artigo 59 da Lei nº 9.099/95 viola inexoravelmente o princípio do direito de ação ou princípio da inafastabilidade do Judiciário, ao privar os jurisdicionados da possibilidade de rescindir uma decisão contaminada por vícios, devendo assim ser entendida como inconstitucional.

O reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 59 da Lei nº 9.099/95 evitaria eternizar a denominada coisa julgada inconstitucional e ilegal, possibilitando àqueles que encontram nos Juizados Especiais Cíveis a melhor forma de recorrer ao Judiciário a total apreciação jurisdicional, sem qualquer óbice ao exercício do seu direito de ação, em virtude da sobreposição de um princípio em detrimento da segurança jurídica.

## Conclusão

1 A criação dos Juizados Especiais Cíveis, advinda da Lei nº 9.099/95, veio no intuito de minimizar a problemática do Judiciário de não mais corresponder rápida e efetivamente às necessidades dos jurisdicionados, possibilitando uma maior democratização no que tange ao acesso da população à Justiça.

2 A Lei nº 9.099/95 trouxe ao mundo jurídico um microssistema capaz de prestar jurisdição de modo mais célere, através de uma tutela calcada em um rito processual mais simples, sem tantas formalidades legais.

3 O princípio basilar dos Juizados Especiais Cíveis é o da celeridade, que visa diminuir a excessiva morosidade da prestação jurisdicional, ge-

rando, porém, em contrapartida, alguns conflitos em sede de Juizados como, a carência de alguns recursos imprescindíveis e o descabimento da ação rescisória.

4 O artigo 59 da Lei nº 9.099/95 prevê a impossibilidade de ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis, tolhendo o direito da parte vencida de provocar à tutela do Estado-juiz em face de uma decisão transitada em julgado, eivada de vícios e nulidades, especificamente dispostos no artigo 485 do Código de Processo Civil brasileiro.

5 Vale ressaltar que o acesso aos Tribunais não se esgota com a simples provocação do Judiciário, significando também que o processo deve se desenvolver de maneira a assegurar às partes do litígio uma solução justa de seus conflitos, e a ação rescisória serve como meio de efetivar a consecução da justiça, visto que impede a eternização de ilegalidades.

6 A ação rescisória não se confunde com meio recursal, não devendo, de modo algum, ser entendida como instrumento capaz de protelar a solução da lide posta em juízo na ação principal, devendo ser encarada como uma ação autônoma, cujo objetivo é desconstituir a coisa julgada material contaminada pela presença de uma das hipóteses legais do artigo 485 do CPC.

7 O descabimento deste meio de impugnação da coisa julgada material no âmbito do microssistema dos Juizados Especiais Cíveis, decorre da primazia da celeridade processual em detrimento da segurança jurídica.

8 A celeridade processual, mesmo de suma importância, não deve sobrepor à segurança jurídica, que é alicerce do Estado Democrático de Direito, que preconiza a certeza e a estabilidade das relações, inclusive, jurídicas.

9 Se o Poder Judiciário está obrigado a prestar segurança no que tange à decisão proferida pelo Estado-juiz, a fim de solucionar a lide, não po-

deria a primazia de um princípio vedar uma arma definitiva no combate a decisões contaminadas, ilegais, embasadas em interesses pessoais duvidosos e errôneas, passíveis de ocorrerem tanto nos juízos de primeiro grau como nos Colégios Recursais.

10 A presença de uma lei que exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos fere o princípio do direito de ação, ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo equivocado o posicionamento do legislador ao tolher, terminantemente, no artigo 59 da Lei nº 9.099/95, a ação rescisória no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis.

11 Não existe razão plausível para tal impossibilidade, violando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao coibir o direito do jurisdicionado vencido de provocar o Judiciário diante da presença de vicissitudes capazes de ensejar a propositura da ação rescisória, perpetuando, assim, uma decisão ilegal e atentatória à justiça.

12 Por fim, conclui-se que ao impedir a parte vencida de obter a tutela jurisdicional em face de decisões viciadas, pelo simples motivo da opção em submeter a lide ao rito diferenciado dos Juizados Especiais Cíveis, o disposto no artigo 59 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis torna-se equivocado de inconstitucionalidade, visto que coíbe o direito de ação, direito este constitucionalmente previsto dentre os direitos fundamentais.

### The Impossibility Of The Rescissory Action In Special Civil Courts

#### Abstract

The present work intends to give an analysis of the Special Civil Courts Law, which has born in order to democratize justice, providing a better jurisdictional installment, since the agility, functionality and fast process effectiveness. Will be used some principles that rule such microsystem, like the principle of celerity, which opposes to the article 59 of the referred law. In view of the article 59 from the law number 9.099/95, will be brought to light the discussion about the interposition impossibility of the rescissory action without place in the Special Civil Courts. In this opportunity, a comparison will be drawn between

the principle of processual celerity, with the legal certainty, seeking to defend the right to access the Judiciary, forbidden by virtue of the inadequacy of rescissory action on causes subjected to the procedures of the law number 9.099/95. Due to the clear violation of the right of action expressly predicted on the item XXXV from the article 5 from the Federal Constitution of 1988, the article 59 from the Special Civil Courts Law is tainted of unconstitutionality.

**Keywords:** Special Civil Courts. Rescissory Action. Juridical Security. Unconstitutionality.

#### Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de ago. 2011.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a10>> acesso em: 20 fev. 2012.

deria a primazia de um princípio vedar uma arma definitiva no combate a decisões contaminadas, ilegais, embasadas em interesses pessoais duvidosos e errôneas, passíveis de ocorrerem tanto nos juízos de primeiro grau como nos Colégios Recursais.

10 A presença de uma lei que exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos fere o princípio do direito de ação, ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo equivocado o posicionamento do legislador ao tolher, terminantemente, no artigo 59 da Lei nº 9.099/95, a ação rescisória no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis.

11 Não existe razão plausível para tal impossibilidade, violando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao coibir o direito do jurisdicionado vencido de provocar o Judiciário diante da presença de vicissitudes capazes de ensejar a propositura da ação rescisória, perpetuando, assim, uma decisão ilegal e atentatória à justiça.

12 Por fim, conclui-se que ao impedir a parte vencida de obter a tutela jurisdicional em face de decisões viciadas, pelo simples motivo da opção em submeter a lide ao rito diferenciado dos Juizados Especiais Cíveis, o disposto no artigo 59 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis torna-se evado de inconstitucionalidade, visto que coíbe o direito de ação, direito este constitucionalmente previsto dentre os direitos fundamentais.

## The Impossibility Of The Rescissory Action In Special Civil Courts

### Abstract

The present work intends to give an analysis of the Special Civil Courts Law, which has born in order to democratize justice, providing a better jurisdictional installment, since the agility, functionality and fast process effectiveness. Will be used some principles that rule such microsystem, like the principle of celerity, which opposes to the article 59 of the referred law. In view of the article 59 from the law number 9.099/95, will be brought to light the discussion about the interposition impossibility of the rescissory action without place in the Special Civil Courts. In this opportunity, a comparison will be drawn between

the principle of processual celerity, with the legal certainty, seeking to defend the right to access the Judiciary, forbidden by virtue of the inadequacy of rescissory action on causes subjected to the procedures of the law number 9.099/95. Due to the clear violation of the right of action expressly predicted on the item XXXV from the article 5 from the Federal Constitution of 1988, the article 59 from the Special Civil Courts Law is tainted of unconstitutionality.

**Keywords:** Special Civil Courts. Rescissory Action. Juridical Security. Unconstitutionality.

### Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de ago. 2011.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a10>> acesso em: 20 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)> acesso em: 10 de ago. de 2011. rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27.08.02, conheceram, v.u, DJ 02.12.02, p. 379; RSTJ 165/569). rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27.08.02, conheceram, v.u, DJ 02.12.02, p. 379; RSTJ 165/569).

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça célere e eficiente:** uma questão de governança judicial. São Paulo: LTR, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública:** uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, n. 19. Porto Alegre, set./out. 2002.

GERAIDE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:** art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Da ação rescisória nos juizados especiais cíveis –** Um estudo à luz fundamental de acesso à justiça. **Revista jurídica da FA7.** v. 3. n. 1, abr. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça:** alguns mitos. Temas de direito processual. 2 série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NARCARINI, Rosa Maria dos Santos. Segurança Jurídica. **Revista Jurídica “9 de julho”**, n. 3, Procuradoria da Assembleia Legislativa, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÃO NETO, Calil. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** a. 17, n. 66, jan./mar. 2009.

TAVARES, André Ramos **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da Escola Nacional da Magistratura (AMB) – Associação dos Magistrados brasileiros.** a. I, n. 1, abr. 2006.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: Comentários à Lei 9.099/1995**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

#### Referência do texto

MONTEIRO, Daniella Garcia. Da impossibilidade de ação rescisória em sede de Juizados Especiais Cíveis. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 69-88, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 8 maio 2012. Aprovado em: 13 jun. 2012.

## A denúncia espontânea e a aplicabilidade da multa moratória nas situações albergadas pelo artigo 138 do Código Tributário Nacional

### Edivan Lourenço da Silva Júnior

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e em Direito Público pelo Centro Universitário Maurício de Nassau – UNINASSAU.

### Resumo

Este artigo aborda a temática da denúncia espontânea na legislação brasileira, com base no art. 138 do Código Tributário brasileiro. Mais especificamente, pretende-se analisar a possibilidade de aplicação da multa moratória nas situ-

ações albergadas por este importante dispositivo legal.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Responsabilidade Tributária. Multa fiscal. Denúncia Espontânea.

### Introdução

O presente trabalho, que encontra respaldo em bibliografia, na leitura de periódicos e na análise de leis é elaborado, a partir de uma perspectiva teórica, com o intuito de analisar as interpretações referente ao artigo 138 do Código Tributário Nacional em relação a denúncia espontânea no âmbito do direito tributário.

Inicialmente, deve-se analisar a lógica das normas sancionatórias, com o intuito de analisar o fenômeno responsabilidade tribu-

tária pelo cometimento de infrações, tendo em vista sua vinculação com o princípio da legalidade. Logo após, deve-se analisar os tipos de multas tributárias e a incidência, neste contexto, da garantia da denúncia espontânea, com a exclusão da responsabilidade tributária e também seus efeitos, benefícios e eficácia, tendo em vista a relevante questão da aplicabilidade da multa moratória nas situações por ela albergadas.

A importância deste tema decorre de sua alta relevância para o Direito Tributário, sendo necessário seu estudo para que haja uma melhor compreensão sobre a aplicabilidade da multa moratória nas situações beneficiadas pela denúncia espontânea no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 Responsabilidade e normas sancionatórias do descumprimento de infrações tributárias

### 1.1 Responsabilidade tributária

Os homens convivem entre si regidos por um amplo e infundável conjunto de normas jurídicas que preveem diversas regras de conduta para seus destinatários, facultando-lhes a possibilidade de obedecerem ou não aos mandamentos legais.<sup>1</sup> Neste contexto, tais destinatários também possuem responsabilidade, ou seja, um “dever, obrigação”<sup>2</sup> a todos imposta em correspondência a uma ação ou omissão imputáveis a uma determinada pessoa. Tal dever se dá em decorrência a uma lesão a direito alheio albergado legalmente.<sup>3</sup>

1 SILVA, P.R.C. A responsabilidade pelas infrações tributárias. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 29, set./out. 2006, p. 279.

2 FERNANDES, F.; LUFT, P. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 39 ed. rev. e ampl. São Paulo: Globo, 2000, p. 747.

3 GUIMARÃES, D.T. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 521.

No âmbito do direito tributário, a responsabilidade pelo cometimento de infrações é regulada por meio do artigo 136 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato<sup>4</sup>.

Por uma simples leitura deste dispositivo, percebe-se que na configuração da infrações tributárias a conduta do agente, sua intenção e a do seu responsável, salvo disposição de lei em contrário, são irrelevantes e, com base neste dispositivo, há uma divergência doutrinária e jurisprudencial em torno do tipo de responsabilidade por infrações tributárias: discute-se se esta é objetiva ou subjetiva.<sup>5</sup>

Para Luciano Amaro:<sup>6</sup>

O preceito questionado diz, em verdade, que a responsabilidade não depende da intenção, o que torna (em princípio) irrelevante a presença de dolo (vontade consciente de adotar a conduta ilícita), mas não afasta a discussão da culpa (em sentido estrito). Se ficar evidenciado que o indivíduo não quis descumprir a lei, e o eventual descumprimento se deveu a razões que escaparam a seu controle, a infração ficará descaracterizada, não cabendo, pois, falar em responsabilidade.

4 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 3 maio 2013.

5 BOTELHO, T.P.R. Interpretação do art. 136 do CTN: a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe do dolo, não da culpa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 169, out. 2009, p. 162.

6 AMARO, L. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 471.

tária pelo cometimento de infrações, tendo em vista sua vinculação com o princípio da legalidade. Logo após, deve-se analisar os tipos de multas tributárias e a incidência, neste contexto, da garantia da denúncia espontânea, com a exclusão da responsabilidade tributária e também seus efeitos, benefícios e eficácia, tendo em vista a relevante questão da aplicabilidade da multa moratória nas situações por ela albergadas.

A importância deste tema decorre de sua alta relevância para o Direito Tributário, sendo necessário seu estudo para que haja uma melhor compreensão sobre a aplicabilidade da multa moratória nas situações beneficiadas pela denúncia espontânea no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 Responsabilidade e normas sancionatórias do descumprimento de infrações tributárias

### 1.1 Responsabilidade tributária

Os homens convivem entre si regidos por um amplo e infundável conjunto de normas jurídicas que preveem diversas regras de conduta para seus destinatários, facultando-lhes a possibilidade de obedecerem ou não aos mandamentos legais.<sup>1</sup> Neste contexto, tais destinatários também possuem responsabilidade, ou seja, um “dever, obrigação”<sup>2</sup> a todos imposta em correspondência a uma ação ou omissão imputáveis a uma determinada pessoa. Tal dever se dá em decorrência a uma lesão a direito alheio albergado legalmente.<sup>3</sup>

1 SILVA, P.R.C. A responsabilidade pelas infrações tributárias. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 29, set./out. 2006, p. 279.

2 FERNANDES, F.; LUFT, P. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. 39 ed. rev. e ampl. São Paulo: Globo, 2000, p. 747.

3 GUIMARÃES, D.T. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 521.

No âmbito do direito tributário, a responsabilidade pelo cometimento de infrações é regulada por meio do artigo 136 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato<sup>4</sup>.

Por uma simples leitura deste dispositivo, percebe-se que na configuração da infrações tributárias a conduta do agente, sua intenção e a do seu responsável, salvo disposição de lei em contrário, são irrelevantes e, com base neste dispositivo, há uma divergência doutrinária e jurisprudencial em torno do tipo de responsabilidade por infrações tributárias: discute-se se esta é objetiva ou subjetiva.<sup>5</sup>

Para Luciano Amaro:<sup>6</sup>

O preceito questionado diz, em verdade, que a responsabilidade não depende da intenção, o que torna (em princípio) irrelevante a presença de dolo (vontade consciente de adotar a conduta ilícita), mas não afasta a discussão da culpa (em sentido estrito). Se ficar evidenciado que o indivíduo não quis descumprir a lei, e o eventual descumprimento se deveu a razões que escaparam a seu controle, a infração ficará descaracterizada, não cabendo, pois, falar em responsabilidade.

4 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 3 maio 2013.

5 BOTELHO, T.P.R. Interpretação do art. 136 do CTN: a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe do dolo, não da culpa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 169, out. 2009, p. 162.

6 AMARO, L. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 471.

Ou seja, mesmo havendo a percepção no sentido de que há no Código Tributário a existência de responsabilidade objetiva, também existe a possibilidade de interpretações mais flexíveis, tendo-se em vista o grau de culpa dos contribuintes. Assim, também verifica-se a íntima relação entre a autonomia de atuação dos sujeitos passivos e o fenômeno da tributação,<sup>7</sup> que representa uma auto-limitação desta liberdade, tendo-se em vista que o Estado, através do pacto constitucional<sup>8</sup> (artigos 145 a 152 da Constituição),<sup>9</sup> exerce de forma limitada o poder de tributar sobre a parcela de direitos que não estão reservados aos cidadãos.

No sistema jurídico brasileiro há a preponderância do princípio da legalidade (também conhecido como princípio da reserva legal), por meio do qual a lei configura-se como legítimo instrumento para obrigar os contribuintes ao pagamento dos tributos,<sup>10</sup> que são objetos de uma exaustiva exposição legal, em conformidade ao adágio latino: “*Nullum Tributum Sine Praevia Lege*. Não há tributo sem lei anterior”<sup>11</sup>.

Conforme Hélio Ourem,<sup>12</sup> o Código Tributário enumera três tipos de responsabilidade: 1. a dos sucessores (que pode ser imobiliária, pessoal e empresarial); 2. a responsabilidade de terceiros (solidária e pes-

7 TORRES, R.L. Liberdade, segurança e justiça no direito tributário. **Justiça tributária**: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 684.

8 “O dever de pagar tributos deriva da atribuição constitucional do dever de contribuir ao sustento dos gastos públicos, em favor da coletividade. Por ser assim, as normas tributárias possuem um caráter instrumental de extrema relevância, na medida em que se destinam à criação das condições suficientes ao financiamento do Estado. E, nesse contexto, a certeza do direito em matéria tributária, como previsibilidade de condutas e expressão de garantia das liberdades e do direito de propriedade, nunca foi afastada ou questionada, em qualquer das fases por que passou o conceito de Estado”. TORRES, H.T. Segurança jurídica em matéria tributária. **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica**. coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 160.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

10 POLONI, A.S. **Denúncia espontânea em direito tributário**: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, p. 24-5.

11 GUIMARÃES, D.T. **Dicionário técnico jurídico**. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 454.

12 OUREM, H. Normas gerais de direito tributário. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9, n. 19, jan./jun. 2004, p. 143-4.

soal) e 3. responsabilidade por infrações (que ocorre quando o próprio contribuinte é responsável pela infração, exceto se estiver atuando em cumprimento de ordens explícitas ou se o descumprimento decorrer de imperícia, imprudência e negligência, pois, nestes casos, deverá haver a apuração de culpa *in eligendo* (derivada da má escolha de representantes ou prepostos) ou *in vigilando* (manifestada pela falta de fiscalização dos responsáveis em relação a terceiros que estão sob seu comando).<sup>13</sup>

Este terceiro tipo de responsabilidade, objeto desta pesquisa, será abordado no tópico seguinte.

## 1.2 Infrações tributárias

A palavra infração significa denotativamente: “ato ou efeito de infringir”,<sup>14</sup> ou seja: “postergar, quebrantar, transgredir, violar (leis, ordens, tratados)”<sup>15</sup> e, no âmbito do Direito Tributário, representa o inadimplemento de uma determinada obrigação tributária, após a data do vencimento,<sup>16</sup> através de uma conduta ativa ou omissiva que constitua o descumprimento de deveres legalmente instituídos em normas fiscais.<sup>17</sup>

O Direito Tributário é em grande parte obrigacional. Todavia, diferentemente do Direito Privado, é ramo do Direito Público, vinculado não à vontade das partes mas ao império da lei, que provoca o surgi-

13 VENOSA, S.S. **Direito civil**: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 4, p. 31.

14 HOUAISS, A.; VILLAR, M.; FRANCO, F.M.M. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.082.

15 DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. vol. II. 17. ed. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial Ltda., 2000, p. 968.

16 CARVALHO, A.T. Aspectos atuais da legislação federal: a exclusão da multa em denúncia espontânea, parcelamento e as alterações da lei complementar 104/2001 ao art. 155 do CTN. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 87, 2000, p. 288.

17 CARVALHO, P.B. **Curso de direito tributário**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 501.

mento de relações jurídicas entre o Estado, como sujeito ativo, e os contribuintes, como sujeitos passivos.<sup>18</sup>

Neste contexto, verifica-se que este ramo do Direito envolve especialmente a obtenção de receitas, que são transferidas dos particulares para o poder público mediante o cumprimento das obrigações tributárias legalmente previstas, com foco na relação jurídica e não na atividade estatal.<sup>19</sup>

Conforme o artigo 113 e seus parágrafos do Código Tributário Nacional,<sup>20</sup> as obrigações tributárias dividem-se em principais e acessórias, sendo a estimabilidade patrimonial o caráter distintivo de ambas, pois enquanto as obrigações principais constituem prestações em dinheiro ao sujeito ativo, as obrigações acessórias são condutas determinadas, comissivas ou omissivas, que possuem relevância em termos arrecadatórios e fiscalizatórios.<sup>21</sup> Caso estes deveres sejam violados ou descumpridos há a previsão no ordenamento jurídico de uma atuação repressiva por parte do sujeito ativo desta relação jurídica (Fazenda Pública), através de sanções tributárias.<sup>22</sup>

Para Paulo de Barros Carvalho,<sup>23</sup> existem diversos tipos de sanções previstas na legislação brasileira, entre as quais estão: a) as penalidades

18 MARTINS, A.M. A referibilidade como critério de legitimação constitucional das multas tributárias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, a. 14, n. 68, maio/jun. 2006, p. 238.

19 COELHO, S.C.N. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34.

20 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 out. 1966. Retificado em: 31 de out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

21 A obrigação principal objetiva o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, que representando uma obrigação acessória, a converte em obrigação principal, em caso de simples inobservância, conforme dispõe o artigo 113, parágrafo terceiro do Código Tributário. GONÇALVES, G.R. Juros de mora sobre multas tributárias. ilegitimidade da contagem de prazo adotada. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 152, maio. 2008, p. 96.

22 MARTINS, A.M. A referibilidade como critério de legitimação constitucional das multas tributárias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, a. 14, n. 68, maio/jun. 2006, p. 238.

23 CARVALHO, P.B. *Curso de direito tributário*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 509-11.

pecuniárias<sup>24</sup> (multas), que são as formas mais expressivas da ação punitiva estatal, possuindo também caráter psicológico, pois visam evitar a consumação das infrações tributárias; b) as multas de mora que, ao contrário das anteriores, não possuem o viés punitivo, tendo o simples intuito indenizatório, buscando minorar as inconveniências do recebimento dos tributos em atraso; c) os juros de mora, que possuem caráter remuneratório do capital que permanece com o administrado por um período maior que o permitido; d) a apreensão de documentos, mercadorias e veículos, cuja liberação fica condicionada ao pagamento dos tributos, com as penalidades cabíveis, à prestação de fiança ou o depósito do valor que corresponda à multa mais elevada aplicável; e) a apreensão e perdimento das mercadorias estrangeiras que estão em situação irregular, em favor da Fazenda Pública; f) a sujeição a regime especial de controle, que possui caráter sancionatório, sendo aplicável a determinados impostos, como: o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI).

## 2 Tipos de multas tributárias

Percebe-se, desta forma, que a Fazenda Pública dispõe de uma ampla quantidade de mecanismos, tanto para punir (sancionar) o contribuinte faltoso (sujeito passivo), como para obter uma remuneração ou indenização decorrentes da falta de arrecadação.

Conforme Sacha Calmon Navarro Coelho,<sup>25</sup> as multas tributárias têm a função de impor sanções em virtude de atos ilícitos, ou seja, em face do descumprimento das obrigações e deveres jurídicos dos con-

24 A partir da vigência do Código Tributário foi superada a discussão em torno da natureza jurídica da multa tributária, tendo esta apenas uma natureza: sanção, sendo portanto pena administrativa. GONTIJO, V.M. Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência. *Revista de Direito Mercantil e Industrial*, São Paulo, v. 141, jan./mar. 2006, p. 204.

25 COELHO, S.C.N. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 72

tribuintes. As indenizações, por outro lado, visam a recomposição do patrimônio lesado e as correções monetárias têm a finalidade de garantir, através de uma atualização, o valor da moeda tributada. Não deve-se confundir multa com indenização, pois embora a prática de atos ilícitos também surja o dever de indenizar, este dever tem como causa, unicamente, a repercussão de tais atos no patrimônio alheio e também no estatal, lesando-os. A prática de atos ilícitos não é o motivo determinante da indenização, e sim do dano.

Na legislação federal<sup>26</sup> (Lei 9.430, de 1996), existe a previsão de diversos tipos de multas tributárias, com distintos valores a serem atribuídos a depender dos tipos de infrações e da forma como estas foram cometidas:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Art. 47. A pessoa física ou jurídica submetida a ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal poderá pagar, até o vigésimo dia subsequente à data de recebimento do termo de início da fiscalização, os tributos e contribuições já declarados, de que for sujeito passivo como contribuinte ou responsável, com acréscimos legais aplicáveis nos casos de procedimento espontâneo.

A multa prevista no artigo 61 da mencionada lei é a multa de mora, aplicada aos contribuintes que, por iniciativa própria, pagam em atraso

26 BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

os tributos devidos. Conforme dispõe este artigo, esta multa será de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia, com limite de vinte por cento do valor do tributo. O artigo 47, por sua vez, não fixa um percentual de multa, mas premia os contribuintes que pagaram espontaneamente os tributos devidos (pois estarão sujeitos às multas de mora, ao invés das multas de ofício).<sup>27</sup>

Neste contexto argumentativo se fazem bastante presente as discussões em torno do fenômeno da denúncia espontânea, que ocorre quando o contribuinte espontaneamente decide informar o Fisco e pagar o tributo por ele devido antes de qualquer ação por parte da Fazenda Pública relativa à cobrança de tal tributo.

### 3 Denúncia espontânea

Conforme dispõe o Código Tributário brasileiro:<sup>28</sup>

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

27 TROIANELLI, G.L. Planejamento Tributário e Multa Qualificada. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 179, ago. 2010, p. 49-50.

28 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 3 maio 2013.

Pela leitura do mencionado dispositivo, percebe-se que a denúncia espontânea é a efetivação tempestiva de um ato de vontade, sendo uma *facultas agendi* (faculdade), um direito subjetivo de índole potestativa<sup>29</sup> do contribuinte que informa diretamente, e por iniciativa própria, à autoridade Administrativa Fiscal competente a existência de determinados fatos concretos, puníveis objetivamente e desconhecidos da Administração. Ao realizar tal conduta, deve o contribuinte pagar a dívida tributária, tendo como benefício a exclusão da responsabilidade pelo cometimento da infração, ou seja, tendo afastada a exigibilidade de multa decorrente da prática do ato denunciado, e a Fazenda Pública não poderá opor-se a esta importante garantia dos sujeitos passivos.<sup>30</sup>

O objetivo deste instituto é estimular o contribuinte infrator a fazer conhecer a falta por ele cometida, em período anterior a movimentação do aparelho estatal, evitando a necessidade de incidência de ações que terão como consequência a descoberta do ato ilícito. Esta é a razão do legislador eximir o denunciante da responsabilidade do pagamento de multa e também é o motivo através do qual somente é favorecido o contribuinte faltoso que comunica o Fisco antes de qualquer iniciativa tendente a averiguar a infração cometida.<sup>31</sup>

29 A leitura do artigo 138 do CTN evidencia a natureza de *facultas agendi* deste dispositivo legal, colocado à disposição dos contribuintes para que estes possam realizar a confissão espontânea dos débitos fiscais. A denúncia espontânea também é um direito potestativo, exclusivo e unilateralmente executável porque é exercitado de forma livre e natural por um simples ato unilateral de vontade do sujeito passivo (contribuinte), ou seja, independe de prévio requerimento à autoridade competente ou até mesmo de sua autorização, não podendo o Fisco opor-se a esta importante garantia dos contribuintes. TAVARES, A.M. O superior tribunal de justiça e a redução teleológica do alcance da denúncia espontânea: uma análise crítico-reflexiva. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 16, n. 82, set./out. 2008, p. 22-5.

30 MAIA FILHO, N.N. A denúncia espontânea de infração seguida do pagamento parcelado do tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 138, mar. 2007, p. 77.

31 Exclui a responsabilidade pela infração denunciada o arrependimento espontâneo anterior a qualquer notificação que represente o início da ação fiscal, que tenha a possibilidade de resultar em sua descoberta. Tal condição é legítima para a desconstituição da espontaneidade da infração pelo fato do artigo 138 do CTN desconsiderar a espontaneidade das denúncias apresentadas após a realização de quaisquer medidas fiscalizatórias relacionadas com a infração. Desta forma, não é todo tipo de fiscalização que exclui o direito do sujeito passivo denunciar espontaneamente sua infração. Tal direito apenas desaparecerá se for um procedimento relativo à infração praticada. GOUVÊA, M.F. Denúncia espontânea em direito tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 13, n. 64, set./out. 2005, p. 59-62.

Embora esta importante prerrogativa pareça ser um tipo de renúncia do Poder Público, na realidade está longe de ser um simples favor fiscal. A denúncia espontânea, de fato, tem efeitos positivos tanto em relação ao contribuinte, ao afastar a exigibilidade da multa, quanto ao Fisco, ao poupá-lo dos encargos referentes à fiscalização e execução do crédito tributário.<sup>32</sup> Vale ressaltar que o prolongamento temporal do desconhecimento da Fazenda Pública em relação ao crédito tributário pode trazer, inclusive, o inafastável efeito decadencial, previsto nos arts. 173 e 156, V do CTN,<sup>33</sup> com a consequente extinção do crédito tributário.

Estando a denúncia espontânea enquadrada dentro da seara dos direitos subjetivos, podendo ser livremente exercitada pelos contribuintes, é mister lembrar o importante ensinamento de Miguel Reale, segundo o qual há a existência de uma situação jurídica subjetiva quando existe a faculdade de pretender ou realizar algo e esta possibilidade esteja garantida através dos limites previstos nas regras jurídicas. Caso não exista esta garantia, não existe um direito propriamente dito, mas uma mera aparência de direito.<sup>34</sup>

Porém, deve-se salientar que ainda temos um longo caminho a percorrer com vista a efetivação deste importante direito subjetivo, por meio de uma maior igualdade<sup>35</sup> entre os poderes do Fisco, sedento de recursos financeiros, e os direitos dos contribuintes. Neste aspecto, o Direito Tributário brasileiro ainda encontra-se em fase embrionária, sendo os conflitos em sua seara muitas vezes resolvidos em prejuízo dos sujeitos passivos.<sup>36</sup>

32 MAIA FILHO, N.N. A denúncia espontânea de infração seguida do pagamento parcelado do tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 138, mar. 2007, p. 77-8.

33 Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) V – a prescrição e a decadência. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 27 out. 1966. Retificado em: 31 de out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 3 maio 2013.

34 REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258-9.

35 "(...) sendo a relação jurídica tributária, antes de tudo, uma relação jurídica, ou de direito, há de merecer a mais profunda reflexão a desigualdade que favorece o Fisco, prejudicando a parte passiva". OUREM, H. Da igualdade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 2, n. 5, jul./set. 1997, p. 298.

36 MACHADO, H.B. Juros de mora sobre multas tributárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 180, set. 2010, p. 82.

Inicialmente, vale ressaltar a ampla abrangência da denúncia espontânea que, conforme afirma Sacha Calmon Navarro Coelho,<sup>37</sup> é aplicável tanto às infrações substanciais (obrigações principais) quanto às formais (acessórias), por diversos motivos: o legislador na redação do artigo 138 do Código Tributário não especificou os tipos de infração objeto da denúncia espontânea e, no corpo deste dispositivo, há de maneira implícita a intenção de abranger os dois tipos de infração, já que há a menção da exclusão da responsabilidade em caso de pagamento do tributo (se o legislador não pretendesse incluir as infrações formais não faria sentido mencionar o pagamento de tributo devido).

Contudo, este instituto é objeto de diversas polêmicas em torno do seu campo de incidência e o objetivo desta pesquisa é a análise de algumas divergências doutrinárias em torno da aplicabilidade da multa moratória nas situações albergadas pela denúncia espontânea, que será abordada no tópico seguinte.

#### 4 A aplicabilidade da multa moratória em relação às situações beneficiadas pela denúncia espontânea

Um aspecto bastante discutido em relação à denúncia espontânea, que divide a doutrina e a jurisprudência, é a possibilidade de imposição ou não da multa moratória nas infrações por ela albergadas.

A multa moratória consiste em uma pena de natureza pecuniária estatuída em razão de um retardamento na quitação de um tributo, que é pago após findo o prazo estabelecido, sendo devida em razão da falta, escassez, carência do adimplemento (tanto de tributos como de outras penalidades pecuniárias). A mora, que caracteriza esta espécie de multa, se assenta no atraso em relação ao cumprimento de tais prestações (que

37 COELHO, S.C.N. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 105-6.

se sucede não apenas através do inadimplemento, mas também pelo não-cumprimento das obrigações tributárias dentro do tempo, lugar e modo devidos).<sup>38</sup>

Desta forma, são bastante amplas as hipóteses de incidência deste tipo de multa que, segundo Paulo Barros de Carvalho, pode ser exigida nas situações albergadas pela auto-denúncia em matéria tributária, pelo fato de ter caráter indenizatório, e não punitivo, podendo ainda ser cobrada cumulativamente com os juros de mora.<sup>39</sup>

Outro argumento favorável à exigibilidade da multa moratória é a insegurança jurídica que poderá surgir, caso após a auto-denúncia somente haja o recolhimento, além do valor do tributo, dos juros e correção monetária, já que isto prejudicaria o gerenciamento da receita tributária.<sup>40</sup> Contudo, tais argumentos não procedem, como será visto nos tópicos seguintes:

#### 4.1 O efeito indenizatório da multa moratória e a exclusão de responsabilidade da denúncia espontânea

Rosenice Deslandes, citando Berli, afirma que os contribuintes podem ser motivados ao não cumprimento de normas tributárias por dois principais motivos: a esperança de deixar de pagar o tributo, no todo ou em parte, e o desejo de delongar sua quitação. No primeiro caso, o Fisco deverá neutralizar tal pretensão através de uma sanção de cunho patrimonial e psicológico. Já em relação à segunda hipótese deve-se estabelecer uma sanção que leve em conta apenas a onerosidade do tribu-

38 POLONI, A.S. *Denúncia espontânea em direito tributário*: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, p. 56.

39 CARVALHO, P.B. *Curso de direito tributário*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 508.

40 COELHO, S.C.N. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 110-1.

Inicialmente, vale ressaltar a ampla abrangência da denúncia espontânea que, conforme afirma Sacha Calmon Navarro Coêlho,<sup>37</sup> é aplicável tanto às infrações substanciais (obrigações principais) quanto às formais (acessórias), por diversos motivos: o legislador na redação do artigo 138 do Código Tributário não especificou os tipos de infração objeto da denúncia espontânea e, no corpo deste dispositivo, há de maneira implícita a intenção de abranger os dois tipos de infração, já que há a menção da exclusão da responsabilidade em caso de pagamento do tributo (se o legislador não pretendesse incluir as infrações formais não faria sentido mencionar o pagamento de tributo devido).

Contudo, este instituto é objeto de diversas polêmicas em torno do seu campo de incidência e o objetivo desta pesquisa é a análise de algumas divergências doutrinárias em torno da aplicabilidade da multa moratória nas situações albergadas pela denúncia espontânea, que será abordada no tópico seguinte.

#### 4 A aplicabilidade da multa moratória em relação às situações beneficiadas pela denúncia espontânea

Um aspecto bastante discutido em relação à denúncia espontânea, que divide a doutrina e a jurisprudência, é a possibilidade de imposição ou não da multa moratória nas infrações por ela albergadas.

A multa moratória consiste em uma pena de natureza pecuniária estatuída em razão de um retardamento na quitação de um tributo, que é pago após findo o prazo estabelecido, sendo devida em razão da falta, escassez, carência do adimplemento (tanto de tributos como de outras penalidades pecuniárias). A mora, que caracteriza esta espécie de multa, se assenta no atraso em relação ao cumprimento de tais prestações (que

37 COELHO, S.C.N. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 105-6.

se sucede não apenas através do inadimplemento, mas também pelo não-cumprimento das obrigações tributárias dentro do tempo, lugar e modo devidos).<sup>38</sup>

Desta forma, são bastante amplas as hipóteses de incidência deste tipo de multa que, segundo Paulo Barros de Carvalho, pode ser exigida nas situações albergadas pela auto-denúncia em matéria tributária, pelo fato de ter caráter indenizatório, e não punitivo, podendo ainda ser cobrada cumulativamente com os juros de mora.<sup>39</sup>

Outro argumento favorável à exigibilidade da multa moratória é a insegurança jurídica que poderá surgir, caso após a auto-denúncia somente haja o recolhimento, além do valor do tributo, dos juros e correção monetária, já que isto prejudicaria o gerenciamento da receita tributária.<sup>40</sup> Contudo, tais argumentos não procedem, como será visto nos tópicos seguintes:

#### 4.1 O efeito indenizatório da multa moratória e a exclusão de responsabilidade da denúncia espontânea

Rosenice Deslandes, citando Berlimi, afirma que os contribuintes podem ser motivados ao não cumprimento de normas tributárias por dois principais motivos: a esperança de deixar de pagar o tributo, no todo ou em parte, e o desejo de delongar sua quitação. No primeiro caso, o Fisco deverá neutralizar tal pretensão através de uma sanção de cunho patrimonial e psicológico. Já em relação à segunda hipótese deve-se estabelecer uma sanção que leve em conta apenas a onerosidade do tribu-

38 POLONI, A.S. *Denúncia espontânea em direito tributário*: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, p. 56.

39 CARVALHO, P.B. *Curso de direito tributário*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 508.

40 COELHO, S.C.N. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 110-1.

to, como é o caso da multa moratória, cuja natureza jurídica é bastante discutida: uns dizem que é multa de caráter punitivo, enquanto outros afirmam que tem cunho meramente indenizatório.<sup>41</sup>

A Administração Tributária, de uma maneira geral, vem arrecadando com frequência multas moratórias dos sujeitos passivos que se auto-denunciam. Tal cobrança ocorre tanto na esfera federal quanto na estadual e municipal, sob o argumento de que como a multa de mora não possui caráter punitivo, se esta não for aplicada nos casos de denúncia espontânea se tornaria uma medida inútil, pelo fato de também não ser cabível nos casos de lançamento de ofício.<sup>42</sup>

Tal discussão, porém, não tem qualquer finalidade prática em relação a aplicação do benefício da auto-denúncia, pois a alegação de que a multa moratória pode ser exigida, por ter finalidade indenizatória, é facilmente contestada pelo fato de os efeitos indenizatórios ou punitivos da multa serem totalmente irrelevantes para a caracterização da denúncia espontânea que, com a faculdade legalmente prevista de exclusão da responsabilidade, tem o condão de impedir os efeitos da infração, sejam estes moratórios (indenizatórios) ou punitivos.<sup>43</sup>

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

É desnecessário fazer distinção entre multa moratória e multa punitiva, visto que ambas são excluídas em caso de configuração da denúncia espontânea.<sup>44</sup>

41 DESLANDES, R. **Denúncia espontânea: alcances e efeitos no direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64.

42 MACHADO, H.B. Exclusão da responsabilidade tributária pela denúncia espontânea da infração. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 61, out. 2000, p. 81.

43 "[...] o contribuinte deixa de sujeitar-se à sanção consistente no pagamento de penalidades pecuniárias, quer a título das denominadas multas moratórias, quer punitivas ou compensatórias que, ontologicamente, possuem a mesma natureza jurídica, qual seja, a de penalidades pecuniárias de cunho desnublamente punitivo. Representa, pois, nítida opção pelo uso do estímulo em vez do castigo, e pelo patrocínio à boa-fé do contribuinte que voluntariamente abandona o seu propósito delitivo". TAVARES, A.M. O superior tribunal de justiça e a redução teleológica do alcance da denúncia espontânea: uma análise crítico-reflexiva. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 16, n. 82, set./out. 2008, p. 22-3.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – ART.138 DO CTN – DENÚNCIA ESPONTÂNEA RECONHECIDA PELA CORTE A QUO – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

O Código Tributário brasileiro, de fato, não estabelece para a aplicação do benefício do artigo 138 qualquer distinção entre as multas de caráter punitivo ou indenizatório.

Segundo Hugo de Brito Machado, tais interpretações errôneas do Fisco decorrem de um descaso em relação ao princípio da hierarquia das normas, com uma preferência descabida pelo emprego de normas de hierarquia inferior, como os regulamentos, em detrimento do próprio Código Tributário Nacional que, em virtude de sua matéria, possui *status* de lei complementar.<sup>45</sup>

Uma consequência bastante previsível em relação ao desprezo pelas normas tributárias é a insegurança jurídica derivada de um sistema que não preza pela racionalidade, sendo privado de uma adequada técnica jurídica em relação à interpretação dos dispositivos legais. Tal descaso provoca o surgimento de diversas contradições e lacunas desnecessárias, por meio de imprecisões conceituais e terminológicas, falta de clareza e uma desnecessária complexidade.<sup>46</sup>

– INOVAÇÃO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – MULTA MORATÓRIA AFASTADA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 919.886/SC. Agravante. Fazenda Nacional. Agravado. Mineração Brandão LTDA e Outro. Rel. Ministro Humberto Martins. Data do julgamento. 09 de fev. de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=943126&sReg=200700164263&sData=20100224&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=943126&sReg=200700164263&sData=20100224&formato=PDF)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

45 MACHADO, H.B. Exclusão da responsabilidade tributária pela denúncia espontânea da infração. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 61, out. 2000, p. 81.

46 "O primeiro fator perturbativo da segurança fiscal é um sistema juridicamente irracional, carente de uma adequada técnica jurídica que afeta a estrutura do sistema e origina a presença de contradições e lacunas desnecessárias. Também são causas da insegurança a utilização de uma técnica que provoca a imprecisão conceitual e terminológica, a falta de clareza, incertezas e complicação das normas. Desta maneira haverá insegurança fiscal quando o sistema se caracteriza por ser um conjunto de regras sem um critério de classificação legalmente fundada, como quando seus elementos careçam de precisão conceitual e terminológica, clareza e simplicidade". Trad.: Edivan Lourenço da Silva Júnior. No original: "El primer factor perturbativo de la seguridad fiscal es un sistema juridicamente irracional, carente de una adecuada técnica jurídica que afecte la estructura del sistema y origine la presencia de contradicciones e innecesarias lagunas. Asimismo, son causas de inseguridad la utilización de una técnica que provoque la imprecisión conceptual y terminológica, la falta de claridad, la vaguedad y la complicación de las normas. De manera que habrá inseguridad fiscal cuando el sistema se caracterice por ser un conjunto de normas sin un criterio de ordenación jurídicamente fundada, al igual que cuando sus componentes carezcan de precisión conceptual y terminológica, claridad y simplicidad". ASOREY, R.O. Seguridad jurídica y derecho tributario. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, ano 14, n. 52, abr./jun. 1990, p. 40.

## 4.2 A insegurança jurídica derivada do não pagamento da multa moratória

Desta forma, percebe-se que os argumentos utilizados por aqueles que defendem a aplicação da multa moratória em virtude de uma insegurança jurídica, derivada dos prejuízos na obtenção de receitas tributárias é meramente extra jurídico. O Fisco tem suas razões em cobrar os tributos e os contribuintes também possuem seus motivos para não pagá-los. Porém, os interesses de ambos não podem prevalecer contra as razões legalmente previstas. O Código Tributário dá aos denunciante esta importante garantia de exclusão da responsabilidade tributária, que não deve ser quebrada em virtude de um autoritarismo estatal.<sup>47</sup>

Conforme a doutrina de Álvaro Rodriguez Bereijo:<sup>48</sup>

Apesar da gestão fiscal e a imposição de sanções serem áreas claramente separáveis, a atribuição à mesma autoridade de poderes nas duas áreas pode ocasionar a ocorrência de procedimentos e, mais especificamente, a produção simultânea de procedimentos de fiscalização tributária e averiguação das infrações fiscais. Uma mesma hipótese pode servir de base para a instrução, pelos mesmos órgãos administrativos (inspeção), de um processo administrativo e de um procedimento fiscalizatório sobre a mesma pessoa, o que gera uma certa insegurança para o contribuinte. Na regulação das relações, em ambos processos, deve ser aplicado um primeiro princípio: o da adequação aos fins, por

47 COELHO, S.C.N. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 111.

48 No original: "Pese que la gestión tributaria y la imposición de sanciones son ámbitos claramente separables, la atribución a la misma autoridad de competencias en los dos ámbitos puede producir la concurrencia de procedimientos y, más en concreto, que la inspección tributaria y la indagación de las infracciones tributarias se produzcan de forma simultánea. Un mismo supuesto de la realidad puede servir de base para la instrucción por los mismos órganos administrativos (la inspección) de un procedimiento administrativo y de un procedimiento sancionador respecto a la misma persona, de lo que derivaría una cierta inseguridad para el contribuyente. Para regular las relaciones entre ambos procedimientos cabe aplicar un primer principio: el de adecuación al fin, en virtud del cual en el ámbito de cada procedimiento se realizarán únicamente las actuaciones tendentes a la consecución del fin que les es propio. Por ejemplo, en el procedimiento de imposición de sanciones no podrá alegarse la existencia de deberes de colaboración del sujeto imputado". Trad. Edivan Lourenço da Silva Júnior. RODRIGUEZ BEREJO, A. Principios constitucionales del derecho tributario sancionador. *Revista de Derecho Tributario*, São Paulo, n. 80, 2001, p. 202.

meio do qual no âmbito de cada procedimento serão realizadas, unicamente, as atuações tendentes a consecução do fim que lhes é próprio. Por exemplo, no processo de imposição de sanções não pode ser invocada a existência de deveres de cooperação do sujeito acusado.

Ou seja, a gestão tributária e a imposição de sanções são procedimentos que, embora sejam complementares, não devem ser atribuídos de maneira conjunta em relação a um mesmo fato sobre o qual recai a atuação do Fisco. É certo que uma determinada infração tributária acarreta, como consequência, a responsabilidade, tanto no âmbito fiscal quanto nas esferas administrativa e penal. Porém, isto acaba gerando uma certa insegurança para os sujeitos passivos.

Em primeiro lugar, conforme o trecho supra-mencionado, deve-se buscar a adequação de cada um destes procedimentos aos fins que lhes são próprios, conforme o princípio da adequação aos fins, segundo o qual não se deve impor aos contribuintes, ao mesmo tempo, deveres de colaboração vinculados à imposição de sanções. Tais procedimentos possuem distintas finalidades, devendo também possuir distintas determinações.

Como vimos anteriormente, a denúncia espontânea é enquadrada, ao mesmo tempo, como um dever de colaboração ao Fisco e uma sanção positiva, não tendo finalidade de impor penalidades pecuniárias aos contribuintes. Desta forma, mesmo que o intérprete lide, na hipótese do artigo 138 do CTN, com uma regra de natureza sancionatória e colaborativa deve levar em conta a finalidade de tal norma, que busca favorecer e não prejudicar os contribuintes.

Contudo, não se deve admitir presunções *juris et de jure* (presunção absoluta, de direito e por direito), mas tão somente *juris tantum* (que admite prova em contrário),<sup>49</sup> tendo-se em vista (em cada caso concreto) a culpabilidade do infrator, para que o poder punitivo estatal não recaia

49 GUIMARÃES, D.T. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 408.

nem de maneira desmedida nem demasiadamente benevolente sobre os sujeitos passivos, violando o princípio da verdade material.<sup>50</sup> Conforme dispõe o adágio latino “*omnis interpretatio si fieri potest, ita facienda est ut omnes contrarietates amoveantur*” toda interpretação, se se puder fazer, deve ser feita de tal sorte que se removam todas as contrariedades<sup>51</sup>.

Conclui-se que embora de fato existam controvérsias interpretativas em torno desta temática, estas não fornecem subsídios suficientes para justificar a aplicação da multa moratória em casos de denúncia espontânea por meio da simples justificativa de que pode haver uma insegurança jurídica devido a um possível prejuízo ao recolhimento da receita tributária.

## Considerações Finais

Com base nos diversos assuntos abordados no decorrer desta pesquisa, podemos chegar a algumas conclusões gerais e outras mais específicas em torno da temática discutida.

O fenômeno da tributação implica a obtenção de receitas derivadas do adimplemento de prestações pecuniárias pelos sujeitos passivos (contribuintes). Para atingir tal finalidade, o Estado brasileiro utiliza diversos mecanismos de natureza indenizatória ou sancionatória, entre os quais estão as multas tributárias, fenômeno abrangido pela responsabilidade tributária.

Entretanto, há uma exceção prevista no art. 138 do Código Tributário denominada pela doutrina de denúncia espontânea. Tal hipótese legal prevê a exclusão da responsabilidade tributária (e conseqüentemente

50 SILVA, P.R.C. A responsabilidade pelas infrações tributárias. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 29, set./out. 2006, p. 293.

51 GONZAGA, V. *Vocabulário de latim forense*. 2. ed. rev. e ampl. Bauru: Edipro, 1993, p. 192.

das multas) nos casos de denúncia da infração tributária, acompanhada de pagamento espontâneo e efetivada antes de quaisquer procedimentos fiscais relativos a infração denunciada.

Tal dispositivo, contudo, tem sido objeto de questionamentos doutrinários e em torno de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo dois dos principais argumentos adotados o efeito indenizatório da multa moratória e a insegurança jurídica advinda dos possíveis prejuízos arrecadatários em relação a obtenção de receitas tributárias.

Porém, tais considerações doutrinárias não procedem pelo fato dos efeitos indenizatórios ou punitivos das multas tributárias serem totalmente irrelevantes em torno desta temática, já que a auto-denúncia dos contribuintes tem justamente a faculdade de excluir a responsabilidade tributária e impedir os efeitos da infração, sejam estes indenizatórios ou punitivos. Ademais, não é adequado relacionar a gestão tributária com a aplicação de sanções, conforme o princípio da adequação aos fins. Neste caso, o argumento relativo a insegurança jurídica é meramente extra-fiscal, não devendo haver, portanto, presunções absolutas em torno desta temática.

Desta forma, tais alegações doutrinárias são incapazes de, por si sós, justificarem a aplicação da multa moratória nos casos de denúncia espontânea.

Spontaneous accusation and the applicability of the arrears fine in the situations protected by article 138 of the Brazilian's National Tax Code

### Abstract

This article deals with the thematic application of the arrears fine in the situation protected by this important rule. Brazilian's legislation, based on the article 138 of the Brazilian's National Tax Code. More specifically it intends to deals with the possibility of the

**Keywords:** Tax law. Tax responsibility. Tributary fine. Spontaneous accusation.

### Referências

AMARO, L. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 541 p.

ASOREY, R.O. Seguridad jurídica y derecho tributario. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, ano 14, n. 52, abr./jun. 1990, p. 27-53.

BOTELHO, T.P.R. Interpretação do art. 136 do CTN: a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe do dolo, não da culpa. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 169, out. 2009, p. 162-168.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**.

Brasília, DF, 27 out. 1966. Retificado em: 31 de out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRIBUTÁRIO – PROCESUAL CIVIL – ART.138 DO CTN – DENÚNCIA ESPONTÂNEA RECONHECIDA PELA CORTE A QUO – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – INOVAÇÃO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – MULTA MORATÓRIA AFASTADA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 919.886/SC. Agravante. Fazenda Nacional. Agravado. Mineração Brandão LTDA e Outro. Rel. Ministro Humberto Martins. Data do julgamento. 09 de fev. de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_documento.asp?sSeq=943126&sReg=200700164263&sData=20100224&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_documento.asp?sSeq=943126&sReg=200700164263&sData=20100224&formato=PDF)>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

CARVALHO, A.T. Aspectos atuais da legislação federal: a exclusão da multa em denúncia espontânea, parcelamento e as alterações da lei complementar 104/2001 ao art. 155 do CTN. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 87, 2000, p. 285-301.

CARVALHO, P.B. **Curso de direito tributário**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, 538 p.

COELHO, S.C.N. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 917 p.

COÊLHO, S.C.N. **Teoria e prática das multas tributárias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 111 p.

DESLANDES, R. **Denúncia espontânea: alcances e efeitos no direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 90 p.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. vol. II. 17. ed. São Paulo: Barsa Consultoria Editorial Ltda., 2000, 1260 p.

FERNANDES, F.; LUFT, P. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**. 39 ed. rev. e ampl. São Paulo: Globo, 2000.

GONÇALVES, G.R. Juros de mora sobre multas tributárias. ilegitimidade da contagem de prazo adotada. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 152, maio. 2008, p. 93-102.

GONTIJO, V.M. Inexigibilidade de multas tributárias do contribuinte na sua falência. **Revista de Direito Mercantil e Industrial**, São Paulo, v. 141, jan./mar. 2006, p. 202-212.

GONZAGA, V. **Vocabulário de latim forense**. 2. ed. rev. e ampl. Bauru: Edipro, 1993, 349 p.

GOUVÊA, M.F. Denúncia espontânea em direito tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 13, n. 64, set./out. 2005, p. 40-69.

GUIMARÃES, D.T. **Dicionário técnico jurídico**. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010, 598 p.

HOUAISS, A.; VILLAR, M.; FRANCO, F.M.M. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, 1986 p.

MACHADO, H.B. Exclusão da responsabilidade tributária pela denúncia espontânea da infração. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 61, out. 2000, p. 75-87.

MACHADO, H.B. Juros de mora sobre multas tributárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 180, set. 2010, p. 82-84.

MAIA FILHO, N.N. A denúncia espontânea de infração seguida do pagamento parcelado do tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 138, mar. 2007, p. 77-89.

MARTINS, A.M. A referibilidade como critério de legitimação constitucional das multas tributárias. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 14, n. 68, maio/jun. 2006, p. 237-246.

OUREM, H. Da igualdade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 2, n. 5, jul./set. 1997, p. 269-314.

OUREM, H. Normas gerais de direito tributário. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9, n. 19, jan./jun. 2004, p. 129-148.

POLONI, A.S. **Denúncia espontânea em direito tributário: doutrina, jurisprudência, legislação e prática**. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, 205 p.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, 391 p.

RODRIGUEZ BEREIJO, A. Principios constitucionales del derecho tributario sancionador. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 80, 2001, p. 190-202.

SILVA, P.R.C. A responsabilidade pelas infrações tributárias. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 8, n. 29, set./out. 2006, p. 279-297.

TAVARES, A.M. O superior tribunal de justiça e a redução teleológica do alcance da denúncia espontânea: uma análise crítico-reflexiva. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 16, n. 82, set./out. 2008, p. 21-36.

TORRES, R.L. Liberdade, segurança e justiça no direito tributário. **Justiça tributária: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. I Congresso Internacional de Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998, 871 p.

TÓRRES, H.T. Segurança jurídica em matéria tributária **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica**. coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 543 p.

TROIANELLI, G.L. Planejamento Tributário e Multa Qualificada. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 179, ago. 2010, p. 43-55.

VENOSA, S.S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 4, 295 p.

#### Referência do texto

SILVA JÚNIOR, Edivan Lourenço da. A denúncia espontânea e a aplicabilidade da multa moratória nas situações albergadas pelo artigo 138 do Código Tributário Nacional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 89-112, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 9 maio 2012. Aprovado em: 16 jun. 2012.

## Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida

**Ednara Pontes de Avelar Didier Uchôa**

Mestre em Direitos Sociais, sub-área de Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP; especialista em Direito do Consumidor pela PUC/SP e em Direito Empresarial pela FGV/RJ. Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco

### Resumo

O presente artigo objetiva estudar o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro. Para o enfrentamento da questão, primeiro é feita uma breve análise sobre a reprodução humana natural e a assistida. Em seguida, desenvolve o tema central, analisando os aspectos constitucionais da matéria, permeia o estudo com o direito comparado, passando pela análise da recente Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, em suces-

são trata das limitações constitucionais e infraconstitucionais ao direito de utilização das técnicas de reprodução humana assistida, bem como aqueles impostos pelos direitos dos embriões. Por fim, aprecia o direito de utilização dessas técnicas pelas mulheres solteiras e pelos parceiros homoafetivos.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito à saúde. Direito à intimidade. Reprodução humana assistida.

### 1 Introdução

Com a evolução da sociedade, e mais especificamente das ciências médicas, novos problemas surgem e com eles novos desafios para a ciência do direito. Um dos desafios da modernidade consiste em regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida. Mas o que seriam

essas técnicas? Primeiro é importante lembrar o conceito de reprodução humana. Por reprodução humana compreende-se o modo pelo qual o indivíduo procria, ou seja, os meios através dos quais os seres humanos dão vida as suas descendências.

Com o avanço das tecnologias, os mecanismos de reprodução humana acabaram sendo ampliados e divididos em duas modalidades, a natural e a assistida. Enquanto que na reprodução humana natural a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre conforme estabelecido pela natureza desde os seus primórdios, sem a necessidade de nenhuma intermediação; na reprodução assistida há necessidade de intervenções externas para auxiliar a fecundação do óvulo pelo sêmen<sup>1</sup>. São as técnicas de reprodução humana assistida que tornam possível a procriação por diversos meios que não o natural.

As técnicas de reprodução humana assistida<sup>2</sup> são, assim, meios capazes de solucionar problemas de infertilidade. Constituem um conjunto de operações para unir artificialmente os gametas feminino e masculino, dando origem a um embrião, que poderá se desenvolver em um ser humano.

As principais técnicas utilizadas na atualidade são a inseminação artificial intrauterina e a fertilização *in vitro*. Numa brevíssima análise das duas, é possível afirmar que a primeira consiste na transferências de espermatozóides para o colo do útero da mulher, sem necessidade de anestesia e sem manipulação externa do óvulo ou embrião, e é conhecida como fecundação *in vivo*<sup>3</sup>. Por sua vez a fertilização *in vitro*, como o próprio nome sugere, exige a manipulação de óvulos e gametas masculi-

1 José Jairo Gomes, Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22, p. 137, abr./jun. 2005.

2 Segundo Francisco Vieira Lima Neto, na Itália essas técnicas são chamadas de *procreazione artificiale*, na França de *procréation artificielle*, e na Espanha de *reproducción humana asistida* (A maternidade de substituição e contrato de gestação por outrem, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

3 Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, cit., p. 497.

nos, de forma que a concepção ocorre fora do corpo da mulher. Para só em seguida o médico implantar no útero feminino o embrião (ou para alguns o ainda pré-embrião).<sup>4</sup>

Diante da existência de tais técnicas, existiria também o direito de as utilizar? É o que se passa a analisar.

## 2 Aspectos Constitucionais

Com o advento da Constituição Federal de 1988, todas as relações devem ser fundamentadas na prevalência dos direitos humanos. Não há mais que se falar em uma soberania estatal absoluta, estando permitida a flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos.<sup>5</sup>

A Constituição pátria consagrou o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, conforme se depreende da leitura do parágrafo 2º do artigo 5º, o qual prevê a possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais que não estejam previstos expressamente em seu texto. Tais direitos fundamentais podem decorrer do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais.<sup>6</sup>

Dessa abertura constitucional nascem os conceitos de direitos fundamentais formalmente constitucionais, direitos fundamentais materialmente constitucionais e direitos apenas formalmente constitucionais. José Joaquim Gomes Canotilho, ao analisar o artigo 16º.1 da Constituição portuguesa<sup>7</sup>, afirma que se devem considerar como direitos extra-

4 Leonardo Leite, Fertilização *in vitro*. Disponível em: <www.ghente.org/temas/reproducao/art\_fiv.htm>, acesso em: 17 maio 2013.

5 Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40-41.

6 Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85 e ss.

7 "Artigo 16º 1 – Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional."

constitucionais materialmente fundamentais “os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”. Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são os enunciados e protegidos por normas com valor formal constitucional. Os direitos apenas formalmente constitucionais são aqueles que estão dentro do texto da Constituição, mas não são materialmente constitucionais. Quanto a esses direitos o autor português destaca com precisão que “no plano jurídico-constitucional, trata-se de uma distinção dificilmente compatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrado”<sup>8</sup>. Com efeito, aqui se defende que não existe a possibilidade de um direito fundamental apenas formalmente constitucional, pois devido a sua natureza, mesmo quando não esteja na Constituição brasileira, ele será materialmente constitucional – cláusula de abertura-.

Perfilha desse entendimento Ingo Wolfgang Sarlet que defende o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais. Afirma o autor que o direito constitucional brasileiro (da mesma forma que o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que não está necessariamente na dependência do constituinte, encontrando respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo.<sup>9</sup>

O Direito deve ser visto como um sistema uniforme e coeso. Nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris ele dever ser entendido “como um sistema adequadamente ordenado, por poucos e alcançáveis princípios”<sup>10</sup>.

A partir da distinção entre direitos formal e materialmente fundamentais é possível defender a existência do direito à reprodução hu-

8 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 445.

9 Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 94.

10 Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Tradução de Antônio Menezes Cordeiro, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

mana, que não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, mas é decorrência lógica do sistema constitucional pátrio que, através da “cláusula de abertura” do parágrafo 2º do seu artigo 5º, permite o reconhecimento de direitos implícitos. Os pilares para tal conclusão se encontram nos direitos fundamentais à liberdade, à saúde e à intimidade, previstos expressamente na Constituição brasileira.

## 2.1 Direito à liberdade

O direito à liberdade deve ser considerado sob o prisma de uma coordenação de meios em busca de realização pessoal. De acordo com José Afonso da Silva o conceito desse direito está calcado na noção de felicidade pessoal. Para o referido autor esse direito consiste na liberdade de coordenar conscientemente os meios necessários para alcançar a satisfação pessoal. Assim, o direito à liberdade é “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”<sup>11</sup>.

O direito à liberdade é considerado um direito de primeira geração. Para Paulo Bonavides os direitos de primeira geração são faculdades ou atributos da pessoa, de titularidade do indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, e possuem como traço mais característico a subjetividade. Afirma o autor: “são direitos de resistência ou de oposição contra o Estado”<sup>12</sup>. Segundo Bobbio, o Estado não é mais absoluto, mas sim limitado; não é mais fim em si mesmo, mas um meio para alcançar fins que são postos antes de sua própria existência.<sup>13</sup>

De modo que ao indivíduo é assegurado o direito de se opor ao Estado, de exigir uma atuação em busca de sua realização pessoal, des-

11 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 233.

12 Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

13 Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29.

de que conforme às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico da sociedade em que vive.

Importante lembrar que o direito à liberdade, consagrado no artigo 5º, *caput* e inciso II da Constituição Federal, exige que o seu exercício seja responsável. É necessário o respeito aos limites impostos pelo convívio social e pela existência dos demais valores e bens jurídicos das outras pessoas. O mandamento nuclear do ordenamento jurídico brasileiro – e, por óbvio, também do direito à liberdade – é a dignidade da pessoa humana.

## 2.2 Direito à saúde

Ao direito à liberdade agrega-se o reconhecimento pela Constituição do direito à saúde, como corolário do direito à vida. Este por sua vez assegura o direito de estar vivo e o direito de viver dignamente.<sup>14</sup> O direito à saúde, que abrange o aspecto físico, bem como o mental e o psíquico, tem conteúdo diverso para cada indivíduo. De acordo com esse entendimento, a Organização Mundial da Saúde adota em seu preâmbulo um conceito amplo de saúde, ao afirmar que ela consiste no “estado de completo bem-estar, físico, psíquico<sup>15</sup> e social”.

O direito à saúde é classificado como de segunda geração ou dimensão. Esta geração de direitos representa a passagem das liberdades individuais abstratas para as liberdades materiais concretas, estando lado a lado com o princípio da igualdade<sup>16</sup>. De modo que determina a adoção

14 Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 122.

15 Marina Ribeiro, em estudo de clínica psicanalítica sobre o tema, destaca, com base em diversos estudos, que a infertilidade é caracterizada como doença psiquiátrica (*Infertilidade e reprodução assistida: clínica psicanalítica*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 78 e ss.).

16 Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 56 e ss.

de medidas preventivas e reparadoras por parte do Estado brasileiro, especialmente diante do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, o qual prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve buscar reduzir o risco de doenças e outros agravos.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser assegurado a todos através de medidas políticas, sociais e econômicas, garantido o acesso universal e igualitário a todas as ações e serviços que visem a sua promoção, proteção e recuperação. Ou seja, todos os mecanismos legais – dentre eles os médicos e jurídicos – devem ser observados na busca da saúde do indivíduo. Nesses mecanismos estão as técnicas de reprodução humana assistida.

## 2.3 Direito à intimidade

Por sua vez, o direito à intimidade, de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, é comumente confundido com o direito à privacidade (*right of privacy*). No entanto, de acordo com a Lei Suprema brasileira, é possível fazer uma distinção entre esses dois direitos, tendo em vista que o inciso X do artigo 5º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas.<sup>17</sup>

Defendem esse entendimento Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que afirmam: “Decididamente, o texto constitucional, ao empregar as expressões *intimidade* e *privacidade*, quis outorgar ao indivíduo duas diferentes formas de proteção”.<sup>18</sup>

Ao se analisar a Constituição Federal pátria é possível verificar que a vida do indivíduo não possui somente dois espaços, o público e o pri-

17 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 206.

18 Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 6. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.

vado, havendo neste uma subdivisão entre a intimidade e a privacidade propriamente dita.

É possível observar esses dois direitos a partir da Teoria dos Círculos Concêntricos, segundo a qual há um círculo maior, que seria a privacidade, e outro menor, dentro dele, que representaria a intimidade<sup>19</sup>. Enquanto o direito à intimidade está ligado à esfera mais pessoal do indivíduo, mais secreta, que ele pode não querer compartilhar com ninguém, abrange seus pensamentos, segredos e planos futuros<sup>20</sup>; por sua vez, o direito à privacidade é mais amplo, seria tudo o que o indivíduo não deseja que seja de conhecimento público, mas que ele pode dividir com algumas pessoas.

O desejo de ser pai ou mãe se encontra na seara da intimidade do indivíduo, e deve ser respeitado e assegurado, em observância a todo o arcabouço constitucional, mormente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que o direito à liberdade ao lado dos direitos à saúde e à intimidade constituem os pilares do direito de procriar. Em um dado momento da vida de um indivíduo, a busca da sua felicidade (liberdade) e do seu bem-estar físico e mental (saúde) podem estar pautados no desejo de ter filhos (intimidade), momento esse que deve ser não apenas respeitado, mas até mesmo assegurado a todos pelo Estado.

Yolanda Gómez Sánchez, em obra sobre o tema, defende a existência de um direito de procriar decorrente do sistema constitucional espanhol. A autora, no entanto, lembra que esse direito não é absoluto, como também não o são os direitos dos quais ele decorre.<sup>21</sup>

19 Andréa Neves Gonzaga Marques. *Direito à intimidade e privacidade*. Disponível em: <<http://www.tjdf.tj.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 17 maio 2013.

20 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 206.

21 *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Servicios Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 58.

Na mesma linha de pensamento Aitzber Emald-Cirión defende a existência do direito fundamental de procriar no ordenamento jurídico espanhol, decorrente dos direitos à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade, à intimidade e à proteção da saúde. E da mesma forma afirma que não se trata de um direito absoluto, sendo limitado pelo exercício dos próprios direitos e dos direitos dos demais.<sup>22</sup>

No ordenamento jurídico pátrio o reconhecimento dos direitos à liberdade, à saúde e à intimidade constitui, conforme mencionado, uma base sólida e suficiente para se defender a existência de um direito à procriação. Ocorre que a Lei Superior foi além, e previu, no artigo 226, *caput*, que a família é a base da sociedade, gozando de especial proteção por parte do Estado, determinando, no parágrafo 7º desse mesmo artigo, o direito a um planejamento familiar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.<sup>23</sup>

A Lei n. 9.263/96 regulamentou o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, e prevê, em seu artigo 1º, o planejamento familiar como direito de todo cidadão, definindo-o como um “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

A despeito da referida lei não haver previsto expressamente o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, este se encontra implícito no seu artigo 9º, que prevê que “serão oferecidos (pelo SUS), para o exercício do direito ao planejamento familiar, a utilização de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas”.<sup>24</sup>

22 Aitzber Emald-Cirión, La responsabilidad de los profesionales sanitarios y el consejo genético, in Salvador Darió Bergel; Nelly Minyersky (Coords.), *Bioética y derecho*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 167.

23 O direito ao planejamento familiar por livre decisão do casal se encontra fundamentado também no artigo 1.565, parágrafo 2º do Código Civil, onde está fixado o dever do Estado de propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedada qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

24 Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 106-107.

Ao consagrar na Constituição Federal o direito ao planejamento familiar, e, posteriormente, regulamentar esse direito através da Lei n. 9.263/96, o ordenamento jurídico pátrio deu ao homem e à mulher a titularidade dos direitos reprodutivos. Por conseguinte, cabe ao casal planejar sua família, decidir se terão ou não filhos, em que número, e qual a diferença de idade entre eles<sup>25</sup>. E é na titularidade dos direitos reprodutivos que está inserido o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Segundo Olga Jubert Gouveia Krell, o direito ao planejamento familiar possui dois aspectos: de um lado está o direito de utilizar os meios de contracepção e esterilização; do outro, assegura o direito de procriar artificialmente com fins terapêuticos, tendo em vista que o direito ao planejamento familiar está intimamente ligado às funções humanas reprodutivas, as quais abarcam o direito à contracepção e o direito a concepção, seja ela natural ou assistida.<sup>26</sup>

Destarte, nota-se que o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida está implícito no sistema normativo pátrio. Não se pode discriminar a reprodução assistida frente à natural. Assim, estando o direito à procriação juridicamente tutelado, nele estão as duas modalidades de reprodução. Urge ainda destacar a força que tem esse direito, pois sendo fundamental, não se admite reforma constitucional tendente a suprimi-lo (art. 60, § 4º da CF).<sup>27</sup>

25 Idem, cit., p. 106.

26 Ibidem, p. 107.

27 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 713; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 102-121.

### 3 Limites constitucionais ao direito à utilização das técnicas de reprodução assistida

Apesar da força que possui, o direito fundamental à utilização das técnicas de reprodução humana assistida não é absoluto, podendo sofrer restrições. Ademais, importante frisar que esse direito não é reconhecido pacificamente pela doutrina. Há autores que afirmam que enquanto existirem crianças abandonadas, aptas à adoção, é inaceitável qualquer forma artificial de procriação.<sup>28</sup>

No entanto, não se pode confundir o direito de ter filhos com o direito de adotar. Nesse sentido Eduardo de Oliveira Leite afirma que enfrentar o tema dessa forma implica em fazer confusão de conceitos. Segundo o autor, a adoção não tem, e não pode ter, a prerrogativa de afastar o direito de ter filhos biológicos. Para ele a sociedade precisa se solidarizar com os casais que procuram suplantar o obstáculo da esterilidade<sup>29</sup>. Afirmar que a reprodução assistida é fruto de um desejo egoísta<sup>30</sup> é tentar justificar a omissão do Estado na solução de problemas do abandono do menor, transferindo a responsabilidade de problemas sociais para o particular.

No âmbito internacional, em razão das declarações universais e convenções internacionais de direitos humanos, reconhece-se o direito da pessoa constituir família e, inserido nele, o direito à procriação. Nesse cenário é possível observar duas correntes quanto ao direito de utiliza-

28 Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 138; Julliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 144.

29 Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 138 e ss.

30 Em sentido contrário: José de Oliveira Ascensão, *Problemas jurídicos da procriação assistida*, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 328, p. 70 e 94, out./dez. 1994. O autor entende que o direito de procriar deve ser visto com especial cautela, por muitas vezes caracterizar um direito egoísta que não interessa à sociedade. Acrescenta que afirmar a existência de um direito à procriação é contraditório, pois a natureza desmente essa afirmação, através da esterilidade.

ção das técnicas de reprodução assistida. A primeira proclama que não seria tolerável qualquer interferência no que tange às relações íntimas dos seres humanos ao utilizarem seus próprios corpos<sup>31</sup>, podendo o indivíduo exercer esse direito com total liberdade, corrente dominante nos Estados Unidos. A segunda corrente, por outro lado, defende que a intervenção do Estado é autorizada pela transcendência da matéria, cabendo a fixação de regras jurídicas precisas para regulamentação da utilização dessas técnicas, e tem predominância na Europa.<sup>32</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, a partir da análise do artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, nota-se que esse direito encontra limitação direta nos princípios da parentalidade responsável<sup>33</sup>, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança (art. 227, *caput* da CF). Assim, o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida não é absoluto e ilimitado. Tal direito sofre limitações no exercício dos demais direitos fundamentais consagrados no sistema constitucional.

O princípio da parentalidade responsável limita o direito à utilização das técnicas de reprodução humana uma vez consagra deveres dos pais para com os filhos, sejam esses filhos concebidos mediante conjunção carnal ou utilização das técnicas de reprodução humana assistida. O exercício dos direitos reprodutivos faz nascer uma responsabilidade social e individual perante a prole, que demanda um planejamento parental responsável.

31 Esse direito é conhecido no ordenamento anglo-saxônico como *right of privacy* ou *right to be let alone*, conforme os ensinamentos de Olga Jubert Gouveia Krell (*Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 113).

32 Roberto Wider, *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 64-65.

33 Utiliza-se o termo "parentalidade responsável" em contraponto ao termo "paternidade responsável", pois este último pode levar a uma ideia equivocada de que o princípio abrange apenas a paternidade, quando na verdade também abarca a maternidade. Esse entendimento mais abrangente decorre do princípio constitucional da isonomia. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 452.

O princípio do melhor interesse da criança, presente na Constituição Federal, em seu artigo 227, *caput*, determina que crianças e adolescentes tenham seus direitos assegurados com absoluta prioridade, e impõe ainda o dever de preservação dos direitos das crianças e adolescentes, em detrimento dos interesses dos adultos. De modo que esse princípio também é um limitador direto ao direito de uso das técnicas de procriação assistida.

Por sua vez o princípio da dignidade da pessoa humana destaca-se como o núcleo do ordenamento jurídico pátrio. É o princípio unificador e centralizador de todo o sistema normativo, seja no âmbito interno, seja no internacional<sup>34</sup>. Tal princípio, ao lado dos princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, deve determinar, e não apenas nortear, o conteúdo do direito à procriação, notadamente no que diz respeito à utilização das técnicas de reprodução assistida. O respeito aos direitos das pessoas envolvidas no processo de reprodução e os da(s) criança(as) a ser(em) gerada(s) é o mandamento nuclear na análise desse direito.

Assim, ao se analisar o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida em um dado caso concreto, é preciso sopesar os princípios que circundam o caso dado, a fim de que se reconheça qual deles prevalecerá. De modo que em um caso específico é possível que não se reconheça a prevalência do direito à utilização dessas técnicas reprodutivas.

E como deve ser feita essa análise no caso concreto? Em primeiro lugar se faz necessário estabelecer uma distinção entre princípios e regras e fixar os mecanismos de solução de conflitos entre eles.

34 Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 31.

Na acepção clássica, os princípios são mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico<sup>35</sup>. Os princípios valem sem exceção e podem entrar em conflito entre si. Precisam, para a sua realização, de uma concretização por intermédio de subprincípios e valores singulares.<sup>36</sup>

Ronald Dworkin, por sua vez, afirma que a principal distinção entre princípios e regras é de caráter lógico<sup>37</sup>, e é reconhecida através dos mecanismos de aplicação. Para ele, as regras são reguladas pelo modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), enquanto os princípios devem ser analisados a partir de uma dimensão de peso (*dimension of weight*). Assim, os princípios possuem fundamentos que devem ser conjugados com os de outros princípios, não prevalecendo um sobre o outro, determinando-se no caso concreto a forma correta de aplicação. Em contrapartida observados os pressupostos fáticos que autorizam a incidência das regras, estas ou são aplicadas, ou são consideradas inválidas.<sup>38</sup>

Robert Alexy, sem discordar em essência de Ronald Dworkin<sup>39</sup>, afirma que a distinção entre regras e princípios deve ser baseada em dois fatores: 1) diferença quanto à colisão; 2) diferença quanto à obrigação que instituem. Enquanto a colisão entre regras é solucionada pela invalidade de uma delas, a colisão entre princípios é solucionada pela limitação dos princípios colidentes. No que tange às obrigações, as regras instituem obrigações absolutas, na medida que não são superadas por normas contrapostas, já os princípios instituem obrigações *prima facie* que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios

35 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 21. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

36 Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 88.

37 Nesse sentido: Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, in Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52.

38 Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

39 Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 23-50. Nesse sentido, ver: Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, cit., p. 53.

colidentes. Para o autor, os princípios são mandados de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Normativas porque a aplicação de um determinado princípio depende dos princípios e regras que a ele se contrapõem, e fáticas porque o conteúdo dos princípios como norma de conduta só pode ser determinado quando se está diante dos fatos.<sup>40</sup>

A técnica de ponderação de bens permite, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, solucionar conflitos entre princípios constitucionais. Ao utilizar esse mecanismo de decisão, o aplicador do direito deverá verificar, no caso concreto, se os bens em jogo encontram-se tutelados por diversos princípios; em seguida, realizar as ponderações necessárias e fixar no caso dado o real alcance que cada princípio terá<sup>41</sup>. Essa ponderação de bens deve ser feita a partir da aplicação dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, que determinam a forma de aplicação das regras e dos princípios.<sup>42</sup>

O Estado constitucional atual caracteriza-se pelo pós-positivismo, este, por sua vez, exige uma postura mais ativa do juiz, devendo este considerar as particularidades de cada caso concreto e, a partir da análise da norma geral e abstrata, encontrar a solução que melhor se adéque as regras e aos princípios e aos direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Percebe-se, assim, que é diante do caso concreto que deverá ser determinada a forma de aplicação dos princípios e regras para uma dada situação fática. Diante disso, só é possível determinar o real alcance do direito à utilização das técnicas de reprodução assistida diante de um dado caso. Nesse momento o julgador, bem como os demais opera-

40 Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

41 Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, in Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

42 Adota-se a distinção feita por Humberto Ávila entre princípios, regras e postulados (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122 e ss.).

43 Fredie Didier Junior, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 3. ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 1, p. 65.

Na acepção clássica, os princípios são mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico<sup>35</sup>. Os princípios valem sem exceção e podem entrar em conflito entre si. Precisam, para a sua realização, de uma concretização por intermédio de subprincípios e valores singulares.<sup>36</sup>

Ronald Dworkin, por sua vez, afirma que a principal distinção entre princípios e regras é de caráter lógico<sup>37</sup>, e é reconhecida através dos mecanismos de aplicação. Para ele, as regras são reguladas pelo modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), enquanto os princípios devem ser analisados a partir de uma dimensão de peso (*dimension of weight*). Assim, os princípios possuem fundamentos que devem ser conjugados com os de outros princípios, não prevalecendo um sobre o outro, determinando-se no caso concreto a forma correta de aplicação. Em contrapartida observados os pressupostos fáticos que autorizam a incidência das regras, estas ou são aplicadas, ou são consideradas inválidas.<sup>38</sup>

Robert Alexy, sem discordar em essência de Ronald Dworkin<sup>39</sup>, afirma que a distinção entre regras e princípios deve ser baseada em dois fatores: 1) diferença quanto à colisão; 2) diferença quanto à obrigação que instituem. Enquanto a colisão entre regras é solucionada pela invalidade de uma delas, a colisão entre princípios é solucionada pela limitação dos princípios colidentes. No que tange às obrigações, as regras instituem obrigações absolutas, na medida que não são superadas por normas contrapostas, já os princípios instituem obrigações *prima facie* que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios

35 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 21. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

36 Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 88.

37 Nesse sentido: Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, in Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52.

38 Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

39 Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 23-50. Nesse sentido, ver: Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, cit., p. 53.

colidentes. Para o autor, os princípios são mandados de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Normativas porque a aplicação de um determinado princípio depende dos princípios e regras que a ele se contrapõem, e fáticas porque o conteúdo dos princípios como norma de conduta só pode ser determinado quando se está diante dos fatos.<sup>40</sup>

A técnica de ponderação de bens permite, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, solucionar conflitos entre princípios constitucionais. Ao utilizar esse mecanismo de decisão, o aplicador do direito deverá verificar, no caso concreto, se os bens em jogo encontram-se tutelados por diversos princípios; em seguida, realizar as ponderações necessárias e fixar no caso dado o real alcance que cada princípio terá<sup>41</sup>. Essa ponderação de bens deve ser feita a partir da aplicação dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, que determinam a forma de aplicação das regras e dos princípios.<sup>42</sup>

O Estado constitucional atual caracteriza-se pelo pós-positivismo, este, por sua vez, exige uma postura mais ativa do juiz, devendo este considerar as particularidades de cada caso concreto e, a partir da análise da norma geral e abstrata, encontrar a solução que melhor se adéque as regras e aos princípios e aos direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Percebe-se, assim, que é diante do caso concreto que deverá ser determinada a forma de aplicação dos princípios e regras para uma dada situação fática. Diante disso, só é possível determinar o real alcance do direito à utilização das técnicas de reprodução assistida diante de um dado caso. Nesse momento o julgador, bem como os demais opera-

40 Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

41 Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, in Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

42 Adota-se a distinção feita por Humberto Ávila entre princípios, regras e postulados (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122 e ss.).

43 Fredie Didier Junior, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 3. ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 1, p. 65.

dores do direito, deverão observar as limitações impostas pelos princípios da parentalidade responsável, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana – verdadeiros mandados de otimização que impõem que seja alcançado o melhor resultado possível para a situação fática –.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, como princípio unificador de todo o sistema normativo, ao lado do princípio da parentalidade responsável, impõe a utilização das técnicas de reprodução assistida de forma a não prejudicar o melhor interesse da criança e a dignidade, não apenas dos homens e mulheres que se submeterão a essas técnicas, mas especialmente da criança que nascerá.

#### 4 Limites infraconstitucionais à utilização das técnicas de reprodução humana assistida

Como visto o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida não é absoluto. No direito espanhol, Yolanda Gómez Sánchez reconhece a existência de um direito à reprodução humana assistida lembrando, contudo, que esse direito não pode ser exercido de forma ilimitada. Afirma a autora: “Devemos aceitar que tal direito à reprodução não é absoluto, como tampouco o são aqueles dos quais deriva ou em que tem sua origem.”<sup>44</sup>

O direito francês, por sua vez, impõe a necessidade do casal comprovar a existência de alguma causa de infertilidade, só podendo recorrer à doação em última hipótese<sup>45</sup>. O referido ordenamento jurídico determina que o direito de utilização das técnicas de reprodução assistida

44 No original: “*Debemos aceptar que tal derecho a la reproducción no es absoluto, como tampoco lo son aquellos de los que deriva o en los que tiene su origen.*” (Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, cit., p. 59 – nossa tradução –).

45 *Loi bioéthique*. Lei nº 2011-814, de 7 de julho de 2011.

só prevalece quando houver a impossibilidade de procriação carnal, ou quando for necessária para evitar transmissão de doenças genéticas.

No direito pátrio, ainda não há legislação específica para o assunto. Existe, no entanto, a Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, norma de caráter deontológico, que deve nortear o exercício desse direito. Tal resolução estabelece alguns limites à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Já em seus princípios gerais a resolução estabelece que as técnicas de reprodução humana assistida devem ser utilizadas desde que haja “probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou seu possível descendente.”

No mesmo item a Resolução nº 2013/2013 do CFM prevê uma limitação que provavelmente irá embasar diversos debates jurídicos, a de que a idade máxima para as mulheres que queiram utilizar as técnicas de reprodução humana assistida é de 50 anos. Mas em que se basearam os médicos para fixarem essa idade limite? E por que não aos 49 ou 51 anos? Será que todas as mulheres aos 50 anos possuem as mesmas condições sejam sociais, de saúde, físicas ou psíquicas que as possibilitem ou impeçam de ter filhos? Parece que o melhor entendimento é o que vem sendo defendido ao longo do presente estudo, qual seja: o de que apenas diante do caso concreto seria possível analisar de forma mais precisa a existência ou não do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, devendo tal direito ser sopesado frente aos direitos e princípios que norteiam a questão.

Nesse sentido, em artigo publicado no site do TJPE, o desembargador Jones Figueirêdo Alves afirma:

Com efeito, quando se trate de projeto parental que exorte a reprodução assistida, não deve haver qualquer ato regulatório que limite mulheres de poderem ser mães. A limitação não pode ser escrita, salvo

pelas próprias condições pessoais, e a tanto isto exigirá o exame do caso concreto<sup>46</sup>.

Percebe-se que a nova limitação de idade imposta pela Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina já está causando discussões na seara do direito. Perfilha-se o entendimento do desembargador acima citado. Contudo, é preciso aguardar para ver como a doutrina e a jurisprudência irão se comportar diante da matéria.

Importante destacar a limitação imposta no título 4 da Seção I da Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que proíbe a utilização das técnicas de reprodução humana assistida com a intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho. No entanto, a Resolução ressalva os casos em que tal escolha seja feita para evitar doenças ligadas ao sexo da criança que irá nascer. Mais adiante, no título 2, da Seção IV, a referida resolução também permite que seja feita a seleção de embrião, para futura gestação, de acordo com a sua histocompatibilidade<sup>47</sup> com algum filho do casal já afetado por doença tratável através de transplante células-tronco ou de transplante de órgãos.

Cabe frisar também a limitação prevista na Seção I, item 7, da Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, qual seja: a proibição, em caso de gravidez múltipla – decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida –, da redução embrionária.

46 Jones Figueiredo Alves. *A maternidade limitada*. TJPE. Recife, 13 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=9295](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=9295)>. Acesso em: 17 maio 2013.

47 É a chamada tipagem HLA, que consiste na identificação laboratorial dos genes que codificam o HLA do indivíduo, e tem como finalidade, dentre outras: determinar o grau de compatibilidade entre doador e receptor. Nesses casos serviria para doação entre um filho pré-existente e outro que ainda será gerado. <[http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/home/sanguetecidoorgaos/lut/p/c/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwN3f1dLA0\\_IvLUE9DYwMDc\\_2CbEdFAPf30UYI/?1dmy&url=wcw%3Apath%3A/anvisa+portal/anvisa/inicio/sangue+tecidos+e+orgaos/publicacao+sangue+tecidos+e+orgaos/typagem+hla](http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/home/sanguetecidoorgaos/lut/p/c/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwN3f1dLA0_IvLUE9DYwMDc_2CbEdFAPf30UYI/?1dmy&url=wcw%3Apath%3A/anvisa+portal/anvisa/inicio/sangue+tecidos+e+orgaos/publicacao+sangue+tecidos+e+orgaos/typagem+hla)>. Acesso em 29 de maio de 2013.

## 5 Limitações decorrentes da tutela jurídica dos embriões

As limitações ao direito de utilizar as técnicas de reprodução humana assistida decorrem também da condição do próprio embrião, que é fruto dessas técnicas médicas. O STF decidiu na ADI nº 3510/DF que o embrião a ser implantado não é uma pessoa humana. O embrião, conforme o entendimento da Suprema Corte, é um estágio da vida humana, que deve ser tutelado pelo direito. Extrai-se da ementa do julgamento da referida ação direta: “o embrião não é uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.”<sup>48</sup>

Contudo, não se deve olvidar que, a despeito de não possuírem personalidade jurídica, os embriões *in vitro* são, como dito acima, um estágio da vida humana, e o seu manejo deve ser feito de forma responsável. De modo que ao serem utilizadas as técnicas de reprodução humana assistida é necessário que se procure evitar ao máximo o descarte de embriões e seu encaminhamento para pesquisas científicas, devendo essas situações serem deixadas para casos específicos.

Segundo o voto da Ministra Elen Gracie se faz necessário o “questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade.”<sup>49</sup> Mas enquanto essas questões não são respondidas, não se pode esquecer que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve ser sempre pautada no respeito à dignidade dos pacientes e no respeito aos embriões delas decorrentes.

48 Distrito Federal. ADI 3510. Ministro Relator Ayres Brito. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3510&classe=ADI&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 maio 2013.

49 Distrito Federal. ADI 3510. Ministro Relator Ayres Brito. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2013.

Importante lembrar também que nessa mesma ADI nº 3510/DF a Corte Suprema entendeu pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), permitindo que sejam realizadas pesquisas científicas em embriões inviáveis decorrentes das técnicas de fertilização *in vitro*, desde que observados dois requisitos, alternativos, quais sejam: que os embriões sejam inviáveis, ou estejam congelados há três anos ou mais. A Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina também reconhece limitações impostas pela condição do próprio embrião, é o que faz ao vedar a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não reprodução humana (Seção I, item 5).

Nota-se que existem diversos limites ao direito de utilização das técnicas de reprodução humana assistida, limites estes que vão desde a seara constitucional até a infraconstitucional. Alguns decorrem dos direitos dos homens e mulheres que se submeterão às técnicas de reprodução humana assistida; outros nascem dos direitos das crianças que serão geradas através desses métodos, e ainda existem os limites decorrentes da tutela jurídica dos embriões.

## 6 Direito das mulheres solteiras e dos parceiros homossexuais

Uma vez reconhecido o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida e analisados os seus limites, questão que se impõe é saber se tal direito se estende às pessoas solteiras e aos homossexuais. Na França, por exemplo, o acesso das pessoas sozinhas e dos casais formados por pessoas do mesmo sexo às técnicas de reprodução humana assistida é vedado.<sup>50</sup>

50 *Loi bioéthique*. Lei nº 2011-814, de 7 de julho de 2011. Importante destacar que atualmente existe um projeto de lei no referido país, proposta de número 31, que defende o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por sua vez na legislação espanhola sobre o assunto (Lei n. 14/2006), é reconhecido o direito de toda e qualquer mulher, que seja capaz de trabalhar, acima de dos 18 anos, à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, independentemente, do seu estado civil e da sua orientação sexual. O mesmo diploma legal afirma que se a mulher estiver casada, necessitará do consentimento expresso do marido para se submeter ao tratamento, ressalvado os casos em que já esteja divorciada ou separada de fato ou por mútuo acordo<sup>51</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal, no artigo 226, parágrafo 4º, prevê a proteção da família monoparental, ou seja, a formada por um dos pais e seus descendentes. A Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, ao fixar os usuários das técnicas de reprodução assistida, dispõe que as pessoas solteiras as podem utilizar, devendo ser respeitado “o direito de objeção do médico com fundamento em sua consciência.” (Seção II, item 2). Percebe-se que foi expressamente permitido o direito da mulher solteira se submeter ao tratamento de auxílio para reproduzir, observado o limite de idade máximo de 50 anos<sup>52</sup>.

Apesar da proteção constitucional à família monoparental (art. 226, § 4º da CF), parcela significativa da doutrina pátria e estrangeira entende pela impossibilidade de a mulher solteira se submeter às técnicas de reprodução humana assistida<sup>53</sup>. Os defensores desse entendimento se baseiam no direito que toda criança tem à biparentalidade.

Nesse sentido Eduardo de Oliveira Leite afirma que o interesse da criança impõe o seu nascimento em um lar onde exista uma relação heterossexual, não se limitando àquelas pessoas casadas formalmente,

51 Lei espanhola nº 14 de 26 de maio de 2006

52 Limite esse recentemente determinado pela Resolução 2013/2013 do CFM, e que, provavelmente ainda ensejará muitos debates nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

53 Entendem dessa forma: Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 513 e ss.; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 122-126; Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 86-87.

mas aos casais que vivem de forma estável e afetuosa.<sup>54</sup> Em sentido contrário, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que é perfeitamente viável e possível que uma pessoa sozinha demonstre ter plenas condições de respeitar todos os princípios que circundam a reprodução humana – assistida ou não –, bem como aqueles que prevêm os direitos das crianças. Afirma o autor que essa possibilidade pressupõe a existência de um projeto parental que deveria ser submetido à valoração judiciária. Destaca ainda que essa permissão deve ser excepcional. Por essa razão, faz uma crítica à legislação espanhola, que trata de maneira igual a mulher sozinha e as que vivem em conjugalidade.<sup>55</sup>

No mesmo diapasão Olga Jubert Gouveia Krell defende ser necessário atentar antes de tudo para o respeito aos princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança. Entende a autora que uma pessoa solteira pode demonstrar ter plenas condições de sozinha ofertar à criança não apenas apoio econômico, mas, notadamente, apoio afetivo, essencial ao desenvolvimento saudável da relação familiar.<sup>56</sup>

Com efeito, defende-se aqui o direito de uma mulher solteira utilizar as técnicas de reprodução humana assistida, desde que ela demonstre possuir um projeto parental adequado capaz de assegurar o desenvolvimento sadio da(s) criança(s) fruto(s) do tratamento. Destaque-se, ademais, conforme defendido acima, a necessidade de se afastar a limitação prévia de idade, fixada pela Resolução 2013/2013 do CFM em 50 anos, devendo tal limite ser fixado a partir da análise do caso concreto.

Assim, o reconhecimento ou não do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida por uma mulher solteira deve ser feito no caso concreto, e não de forma livre, como determina a Resolução

54 A Constituição Federal prevê no artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: (...) § 3º – para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

55 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 721 e ss.

56 Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 118.

do Conselho Federal de Medicina. Em cada caso devem ser observados os ditames constitucionais, de acordo com a já mencionada ponderação de bens<sup>57</sup>. Da mesma forma a limitação de idade deve ser verificada em cada situação fática. Esse direito não é absoluto e encontra limitações em outros direitos e princípios, conforme já observado. E da mesma forma que não há um direito absoluto nesse caso, também não deve haver uma proibição absoluta.

No que concerne à possibilidade de casais homossexuais se submeterem às técnicas de reprodução humana assistida, a questão é mais complexa, tendo em vista ser mais nova. A atual resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 2013/2013) prevê expressamente o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida por casais homoafetivos (Seção II, título 2).

Verifica-se que também nesse caso é preciso fazer uma análise aprofundada do tema. E, devido à carência de discussões sobre o tema, tal estudo deve passar pela abordagem dada pela doutrina e jurisprudência à adoção por casais homoafetivos.

O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, ao analisar a adoção de crianças por casais homoafetivos, cita inúmeros autores, dentre eles João Baptista Villela, Françoise Héritier, Stéphane Nadaud, Fiona L. Tasker, Susan Golombok, Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterd Bort, que são unânimes em afirmar que os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em crianças serem adotadas por casais homossexuais. Defende o desembargador que o mais importante nas relações familiares é a qualidade do vínculo e do afeto.<sup>58</sup>

57 Defende-se a necessidade de serem feitas análises de diversas áreas para que seja reconhecido esse direito à mulher solteira, desde uma avaliação psicológica, até um estudo por assistente social.

58 TJRS, AC n. 70013801592, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Heveraldo Galvão, Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 73-85, fev./mar. 2007).

Diogo de Calasans Melo Andrade<sup>59</sup> afirma que com a consagração do princípio jurídico da afetividade, tornou-se possível o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares<sup>60</sup>. O autor defende a possibilidade de pares do mesmo sexo adotarem, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais.<sup>61</sup> Lembra ainda que os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade impõem a não-discriminação em relação à orientação sexual.<sup>62</sup>

No mesmo sentido, Heveraldo Galvão destaca que a concepção sócio-jurídica de família mudou. Afirma que, em tese, é possível reconhecer a possibilidade de casais formados por pessoas do mesmo sexo adotarem, lembrando que deve ser dado idêntico tratamento às uniões hetero e homossexuais.<sup>63</sup>

Maria Berenice Dias ensina que a Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida<sup>64</sup>, e não é possível fechar os olhos para a existência de pessoas do mesmo sexo que convivem afetuosamente.

Urge trazer à baila também o argumento de autores como Maria Helena Machado, que não estão de acordo com a utilização dessas técnicas por pessoas que não sejam casais heterossexuais. A autora entende que não há como comparar a adoção com a reprodução humana assistida. Enquanto que no primeiro caso já existem crianças nascidas e sem lar, que necessitam de quem as cuide e se responsabilize por sua criação e educação; no segundo caso estar-se-ia permitindo que crianças sejam geradas desde logo lhes negando o direito fundamental de ter um pai e uma mãe.<sup>65</sup>

59 Diogo de Calasans Melo Andrade, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 30, p. 120, jun./jul. 2005.

60 Desde que demonstradas a afetividade, a estabilidade e a ostensividade da relação homossexual.

61 Diogo de Calasans Melo Andrade, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, cit., p. 121.

62 Desde que demonstradas a afetividade, a estabilidade e a ostensividade da relação homossexual.

63 Heveraldo Galvão, Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo, cit., p. 93.

64 Diogo de Calasans Melo Andrade, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, cit., p. 89.

65 Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 124.

No entanto, são situações distintas: na reprodução humana assistida o que se quer assegurar é o direito do indivíduo de reproduzir; na adoção, por sua vez, busca-se atender à necessidade de uma criança ser acolhida por uma família. De um lado, protege-se um direito que está mais afeto à intimidade, à liberdade e à saúde de cada um, do outro está um direito de cunho solidário e repercussão social.

O fato de se pretender tutelar direitos distintos, não justifica de *per se* o reconhecimento de um e a exclusão do outro. Ambos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio e regidos por princípios constitucionais, que em diversos pontos convergem. Destarte, diante dos direitos à igualdade, à liberdade, à saúde e à intimidade, e existindo a possibilidade de pessoas homossexuais demonstrarem possuir um projeto parental adequado ao melhor interesse da criança não é possível afastar peremptoriamente o direito dessas pessoas se submeterem às técnicas de reprodução humana assistida. Mais uma vez será diante do caso concreto que o juiz decidirá pela possibilidade ou não de utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

## 7 Conclusão

O direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida é uma das vertentes do direito à reprodução. Este, por sua vez, decorre dos direitos à liberdade, saúde e à intimidade, não sendo possível fazer distinção entre a reprodução humana natural e a assistida.

Ademais, é possível, pelo menos em tese, afirmar que o direito à utilização dessas técnicas de reprodução engloba tanto as mulheres solteiras, quanto os parceiros homossexuais, desde que reste demonstrado, no caso concreto a existência de um projeto parental que assegure o melhor interesse e a dignidade da criança que será gerada.

O julgador deverá ter uma postura ativa diante dos casos concretos a fim de frente das particularidades de cada um, da análise do ordenamento jurídico, da ponderação dos princípios e averiguação das regras que o compõe, determinar qual será a melhor solução.

### The right to use the techniques of assisted human reproduction

#### Abstract

The presente article aims to study the right to use the techniques of assisted human reproduction in the Brazilian legal system. To face the subject it initially makes a brief analysis of the natural and assisted human reproduction. Soon after, it develops the central theme of the work, by analysing the constitutional aspects of the matter, it permeates the study with comparative law, going by the analysis of the recent Resolution 2013/2013 of the Federal Council of Medicine,

in succession treat the constitutional and infra constitutional limitations to use the techniques of assisted human reproduction, as well as those imposed by the rights of embryos. At the end it appreciates the single women and homosexual partners' right to use these techniques.

**Keywords:** Constitutional Law. Right to health. Right to intimacy. Human assisted reproduction.

#### Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Jones Figueiredo. **A maternidade limitada**. TJPE. Recife, 13 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=9295](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=9295)>. Acesso em: 17 maio 2013

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 90, n. 328, p. 69-80, out./dez. 1994.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2007. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 72-108, fev./mar. 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Leonardo. **Fertilização "in vitro"**. Disponível em: <www.ghente.org/temas/reproducao/art\_fiv.htm>. Acesso em: 17 maio 2013.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-148.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à intimidade e privacidade**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 17 maio 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50-73.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

#### Referência do texto

UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 113-142, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 2 maio 2012. Aprovado em: 13 jun. 2012.

# A exigência de certificado de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço versus limitação ao princípio da ampla concorrência

**Hebe Pires Ramos**

Pós-graduada em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal pela ESMAPE. Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

## Resumo

O presente artigo pretende demonstrar a viabilidade da exigência de certificados de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço, ainda que não sejam absolutamente indispensáveis para garantir o efetivo cumprimento do contrato administrativo, no entanto serão úteis para orientar a escolha do melhor contratante pela Administração Pública.

A *ultima ratio* da licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, de modo que, se for necessário, poderá o Poder Público aumentar o nível das exigências de qualificação técnica para alcançar a proposta que mais se adegue ao interesse público, mesmo no tipo de licitação mais simplificado, como é o caso do tipo menor preço.

Logo, ao selecionar a parte contratada, a quem vai destinar o dinheiro público

e, sobretudo, a quem vai confiar o incremento do bem ou o serviço público, a Administração Pública pode – e deve – formular exigências destinadas a garantir que o contratado será capaz, tanto técnica quanto financeiramente, a cumprir o ajustado.

Desconsiderá-lo seria o mesmo que infringir a Constituição e arriscar valores juridicamente protegidos. No contrato administrativo, justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado.

A cobrança razoável de requisitos de qualificação técnica coaduna-se com as práticas de tratamento isonômico e com o princípio da ampla concorrência, sem contudo restringir o caráter competitivo do certame.

Não se pode obstar a participação em certame, tampouco se pode confun-

dir a vedação concernente a cobranças desarrazoadas, respeitada certa margem de razoabilidade, não configurando, portanto, condição vedada, quando presentes razões de ordem técnica que se prestem a fundamentar a condição.

É salutar que se note que a limitação aplica-se apenas para os casos de exigências de qualidade injustificadas, de modo que

deve haver uma motivação eficaz que se coadune com o objeto do contrato. As justificativas genéricas tais como: “é a que melhor atende aos interesses da Administração” ou “por ser de melhor qualidade” não devem ser aceitas.

**Palavras-chave:** Licitação. Menor preço. Princípio da ampla concorrência. Certificado de qualificação técnica.

## 1 Introdução – discricionariedade na elaboração do instrumento convocatório: linha tênue existente entre a cobrança de certificado de qualificação técnica – critérios de conveniência e oportunidade a juízo do gestor público – e as exigências descabidas e excessivas

A imposição, contida nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelos licitantes, a fim de comprovar a qualificação técnica e econômica, como visto, baseia-se no texto constitucional, que por sua vez delega ao gestor público, por meio do poder discricionário, a exegese do conceito contido na expressão: “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (art. 37, inciso XXI, *in fine*, da Constituição da República).

Com efeito, o dispositivo comina limitação a essa exigência e restou por deixar a critério da entidade licitante instituir, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, que por sua vez devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação.

Tal condição deve ser atinente à aptidão da empresa considerada em seu todo para exercer atividade conexa e compatível, em especificidade, quantidade e prazo, com o objeto da licitação, nos termos da Lei de Licitações.

Trata-se, portanto, de uma causa normativa geradora de discricionariedade que decorre do próprio comando da norma, porquanto franqueou ao agente público alternativas de conduta, ao “permitir” que sejam feitas exigências de ordem técnica no instrumento convocatório.

A referida margem de discricionariedade, embora deixe a cargo do administrador público a aferição dos critérios de conveniência e oportunidade, traz consigo um dever, o de adotar a melhor solução para o caso que se apresenta em concreto. (MELLO, 2000, p. 18-19)

Vale dizer que quando a norma regula discricionariamente uma determinada circunstância, assim o faz justamente porque não admite do gestor público outro comportamento senão aquele hábil a atender, do modo mais otimizado possível, a finalidade legal. (MELLO, 2000, p. 32-33)

Em que pese a possibilidade de traçar limitações de ordem técnica no instrumento convocatório, a interpretação mais adequada que se deve dar ao conteúdo da norma contida no texto constitucional é a de que é permitido ao administrador certas exigências de caráter técnico, entretanto deve fazê-lo de modo que tais exigências sirvam somente para satisfazer excelentemente o interesse público, do contrário haveria uma verdadeira exorbitância da margem de discricionariedade traçada pelo legislador constituinte.

Resta óbvio que tais exigências restringem a competição no certame licitatório, pois fatalmente resultará na eliminação daqueles que, em não preenchendo os requisitos, encontrar-se-ão excluídos da oportunidade de contratar com o Estado.

Há neste caso, entretanto, uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa entre os proponentes, que a licitação visa a propiciar; trata-se tão somente de fazer prevalecer o interesse público sobre o interesse privado, de modo que a Administração fique isenta do risco de contratar com empresas desqualificadas e de obter o máximo possível de economicidade e eficiência nos negócios. (FIGUEIREDO, 1997, p. 15)

O tema acabou tratado no art. 30 da Lei de Licitações, segundo o qual a exigência da qualificação técnica do licitante deve estar adstrita ao objeto do contrato. (PLANALTO, 1993)

Para obter a comprovação da qualificação técnica das empresas licitantes, a Administração pode, de acordo com a Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à verificação da aptidão para o exercício de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Mais adiante, além da capacidade da empresa, aferível em função de sua experiência, a Administração deve exigir comprovação da capacitação técnico-profissional, nos termos do § 1º do art. 30 da Lei de Licitações.

No que se refere ao inciso II do artigo acima citado – cujo escopo é a possibilidade de se exigir comprovação de aptidão técnica do licitante – o próprio legislador tratou de limitar a competência atribuída à administração. (NÓBREGA, 2007)

Ante a vedação da fixação de quantidades mínimas e a prazos máximos, tem o Poder Público o dever de impedir que conste no ato convocatório exigência que implique tratamento diferenciado, para não afastar liminarmente os competidores, baseado em discrimens que frustre, reduza ou comprometa a equidade da disputa.

Na fase habilitatória, o gestor público averigua as propostas que, em tese, podem ser admitidas em razão da pessoa do proponente, aferindo se reúne condições técnicas suficientes para executar o objeto da licitação. Nesta fase do procedimento são avaliadas as qualidades dos licitantes, subjetivamente consideradas.

Ainda não é o momento de verificar se a proposta apresentada atende aos interesses da Administração Pública, mas apenas de conferir se o proponente, em tese, está capacitado para contratar com o Poder Público. Só então caberá à Administração examinar se o licitante tem qualidades que o habilitem a executar o objeto da licitação.

Num primeiro momento, não se trata de conferir se, por exemplo, os equipamentos fornecidos por algum dos proponentes são de qualidade. Na fase de habilitação verifica-se tão somente se o licitante está capacitado para fornecer a contento o equipamento objeto do contrato, por meio da averiguação, do ponto de vista técnico, de que já tenha atuado satisfatoriamente em contratos anteriores, assemelhados ao objeto da presente licitação. (D'AVILA, 2006, p. 140)

O administrador há de encontrar, para cada caso concreto, uma maneira objetiva de verificar a qualificação técnica dos licitantes, de modo a assegurar a possibilidade de participação daqueles que possuam verdadeiramente potencial para realizar obras ou prestar serviços com a garantia que o interesse público demanda, notadamente no que pertine aos quantitativos. (D'AVILA, 2006, p. 149)

Destarte, a Administração Pública possui a liberdade para eleger as condições sobre as quais o contrato vai ser celebrado. Contudo, deverá valer-se dessa discricionariedade com antecedência, indicando taxativamente as suas exigências. Tais recomendações deverão estar registradas no instrumento convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Fora a lei, o instrumento convocatório da lici-

tação também deliberará acerca das situações a serem estritamente obedecidas pelos interessados na licitação. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 70)

Apesar das previsões editalícias, tem-se, ainda, que a interpretação restritiva suplantar o aparente exagero da lei. De modo que a exigência de certificados de qualificação técnica específicos, e, não, a exigência de experiência anterior, aparenta ser indispensável para que a licitação termine com a mais vantajosa proposta formulada por licitante com capacidade de oferecer integralmente o adimplemento das obrigações contratadas, nos moldes do previsto na Constituição da República.

A referida interpretação parece adequar-se à regra geral do art. 3º § 1º, inciso I, da Lei de Licitações, de modo que nenhuma circunstância imperitante ou irrelevante para o objeto do contrato constará do ato convocatório. Destarte, a regra justifica a eliminação de exigências de quantidades e prazos na comprovação da experiência. À Administração Pública interessa tão-somente a demonstração de já haver executado apropriadamente, em ocasiões anteriores, o item da mesma espécie do procedimento licitatório que estiver em curso. (PEREIRA JUNIOR, 2000, p.30)

Logo, o que se procura concretamente por meio da licitação é uma competição equânime entre os concorrentes, cujo intuito final é a obtenção da oferta mais proveitosa e lucrativa.

Para se chegar a tanto, por óbvio a Administração Pública deve se assegurar de todas as cautelas imagináveis, porquanto está em jogo dinheiro público. Portanto, não é suficiente escolher a proposta vencedora pelo melhor/menor preço, deve-se, também, tomar conhecimento se a empresa-candidata se encontra em condições econômicas, estruturais e técnicas de desempenhar satisfatoriamente o objeto do contrato.

Justamente por isso é de praxe a cominação de diversas exigências para a etapa de habilitação ou qualificação do proponente, cujos deta-

lhes deverão constar obrigatoriamente do edital convocatório e devem guardar consonância absoluta aos regramentos previstos no arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, embora, ressalte-se, as exigências sejam de ordem discricionária.

## **2 Viabilidade jurídica da exigência de comprovação de aptidão técnica concomitantemente com a licitação do tipo menor preço**

Os obstáculos a serem enfrentados para as aquisições pelo critério técnico terminam por forçar o Poder Público a efetuar suas compras ou serviços majoritariamente pelo tipo de licitação do menor preço. Neste aspecto, as limitações legais demonstram apenas que em ocasiões verdadeiramente excepcionais a aquisição de bens poderá ser feita por critério distinto do menor preço.

Por essa razão, o tipo de licitação mais comum e utilizado como regra é o de menor preço. A questão central para a eleição da proposta vitoriosa, neste caso, será o preço. Em que pese ser o preço o componente principal, à Administração Pública é permitida a formulação de exigências mínimas de qualidade, sem contudo importar que a proposta que apresente o menor preço nominal seja, obrigatoriamente, a vencedora. (CARRIJO, 2001, p. 15)

Destarte, para que a Administração Pública não se veja compelida a comprar objetos de qualidade inferior às suas necessidades, ao descrever o objeto pretendido, deve fazê-lo de forma a detalhar todas as especificações a serem exigidas dos licitantes.

Um critério bastante utilizado, mas não muito recomendável, é o de apontar uma marca qualquer, tida como paradigma de padrão

de qualidade, esclarecendo, na sequência, que serão aceitas outras marcas similares.

No entanto, se o ato convocatório da licitação não explicitar as condições mínimas almejadas pela Administração Pública, não haverá parâmetros objetivos para que se chegue à conclusão de que a marca indicada é análoga, enquanto que outra marca não preenche o requisito da similaridade. Consequentemente, esse tipo de procedimento passa a ser inaceitável.

Deve o gestor, pois, esmerar-se na descrição do bem ambicionado, suplantando as dificuldades práticas que forem surgindo, diante de cada caso concreto. (D'AVILA, 2006, p. 245-246).

Isto porque aspectos como qualidade, desempenho e rendimento, julgados pelo critério do preço unitário podem conduzir a Administração Pública a uma situação na qual o menor preço unitário ou global em números absolutos não seja, necessariamente, o melhor preço, tendo como referência o preço e a qualidade dos produtos postos a disposição no mercado. (MIRANDA, 2007, p. 127)

Se as precauções com a descrição minuciosa do objeto do contrato não se revelarem satisfatórias, pode o administrador público exigir os certificados de qualificação técnica previstos na Lei de Licitações, desde que previsto no edital, como forma de impedir a aquisição de produtos de baixa qualidade.

O art. 30, §1º da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado conjuntamente com o inciso II deste dispositivo, que contempla indiscutivelmente a exigência de capacitação técnico-operacional da empresa licitante, e com o §6º também do art. 30, que se refere às exigências de instalações e aparelhamento, que obviamente não são do profissional, mas da empresa. A demonstração da capacitação técnico-profissional

não pode ser confundida com a demonstração da capacitação técnico-operacional, que permite a comprovação de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. (TAVOLARO, 1999, p. 112-113)

Neste sentido é a posição do Tribunal de Contas da União:

30. (...) Busca-se, hoje, o trabalho associativo, realizado por equipes de profissionais preparados para executarem determinado empreendimento, conforme prevê o próprio inc. II do art. 30 do estatuto de licitações e contratos. Mas, o acerto técnico do profissional deve integrar a capacidade técnica da empresa, que, por sua vez, não se resume na soma dos técnicos que fazem parte de seu quadro de empregados, visto que deve incluir também a disponibilidade de recursos materiais para a execução do objeto contratual, que nada mais é que a capacidade técnica operativa.

31. Relativamente a disposições do art. 30 da Lei nº 8.666/93 e, mais especificamente, do §1º e seu inc. I, que é um desdobramento do inc. II do *caput* do citado artigo, verifica-se que o veto apostado na alínea *b* do retrocitado §1º, serviu apenas para truncar o entendimento do art. 30, pois não excluiu do texto a exigência da capacitação técnico-operacional, que continua sendo tratada no inc. II do respectivo artigo (...)

34. (...) trata-se de serviço eminentemente técnico e, como tal, deve exigir a participação de profissionais especializados aliada à capacitação operativa da empresa a ser contratada, principalmente em se tratando de Administração Pública, quando há desdobramento de problemas econômicos e administrativos, ligados ao fluxo de recursos disponíveis ou à liberação de áreas físicas, ou, ainda, a propriedades de atendimento ou a problemas estruturais do órgão ou entidade estatal.

35. Em conformidade com o art. 37, XXI, há a permissão, nas licitações públicas, de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia para a boa conservação das obras públicas (Decisão publicada no Diário Oficial da União em 28.02.1995. Ministro-relator Paulo Affonso Martins de Oliveira. Reproduzida no Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, novembro de 1995, p. 564).

Ainda assim, ressalte-se que o art. 3º, §1º, inc. I, proíbe a inclusão nos editais cláusulas irrelevantes ou impertinentes para as especificidades do objeto a ser contratado. Resta claro, portanto, que se houver uma justificativa para tanto, ao administrador é permitido a formulação de exigências de ordem técnica compatíveis com o objeto licitado. (D'AVILA, 2006, p. 66)

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o seu entendimento acerca da matéria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA POR MENOR PREÇO. DISCUSSÃO ACERCA DE LEGALIDADE DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA. TERMO INICIAL: PUBLICAÇÃO DO EDITAL.

FALTA DE OBJETIVIDADE NO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EMPRESA VENCEDORA QUE NECESSARIAMENTE DEVE ESTAR NO GRUPO DAS LICITANTES HABILITADAS E CLASSIFICADAS. MOMENTO DE COMPROVAÇÃO DE SIMILARIDADE TÉCNICA ENTRE OS PRODUTOS UTILIZADOS PELAS LICITANTES E AQUELES DETERMINADOS PELO EDITAL. LEITURA DO EDITAL QUE REVELA A NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DESTES REQUISITOS NA FASE DE CLASSIFICAÇÃO. ILEGALIDADES NÃO-CARACTERIZADAS.

1. A recorrente, em síntese, o seguinte: (a) ilegalidade do edital no ponto em que exige determinada marca de produto; (b) falta de uniformidade e objetividade na adoção de critérios de julgamento quanto à similaridade dos materiais; e (c) justificação da similaridade técnica, conforme o edital, apenas em caráter futuro, e não concomitantemente à apresentação das propostas.

2. Em primeiro lugar, no que tange à alegada ilegalidade da cláusula do edital que veiculou exigência administrativa de marca de certos pro-

duos, o direito de impetrar mandado de segurança foi fulminado pela decadência, uma vez que o edital é de setembro/2003 e a impetração só ocorreu em abril/2004.

3. A recorrente conhecia, desde a publicação do instrumento convocatório, a necessidade de que os produtos fossem de certa marca e, no entanto, não impugnou esta exigência a tempo no Judiciário.

4. Em segundo lugar, em relação à questão da falta de objetividade no julgamento das propostas, ganham importância duas considerações: (i) não há prova pré-constituída nos autos que demonstre a falta de imparcialidade por parte da Administração Pública quando da avaliação e julgamento das propostas e (ii) a licitante vencedora, como se sabe, será elemento pertencente ao conjunto das licitantes que preenchem os requisitos elencados no edital (seja na fase de habilitação, seja na fase de classificação) – motivo pelo qual a alegação de que configuraria parcialidade o fato de a empresa recorrente, embora tendo apresentado menor preço do que a licitante vencedora, não tenha sido escolhida definitivamente pelo Poder Público é falacioso, uma vez que a impetrante-recorrente não cumpriu o que dela se esperava à luz do edital.

5. Em terceiro lugar, acerca do momento em que se deve comprovar o cumprimento a similaridade técnica entre os produtos fornecidos e aqueles designados por marca no edital – caso a empresa licitante não se valha destes últimos –, a simples leitura do edital deixa claro que o envelope das propostas deveria conter “orçamento discriminado dos serviços com relação de mão-de-obra e materiais previstos e respectivas unidades, quantidades, marcas, tipos, modelos e/ou referências (a empresa, sob pena de desclassificação, deverá citar a marca, tipo, modelo e/ou referência dos materiais que irá fornecer, não sendo aceita a expressão “ou similar” ou “de material de qualidade comprovadamente equivalente”), preços unitários e totais, tomando-se como base as planilhas orçamentárias e memoriais descritivos fornecidos por este Tribunal; [...] a empresa, sob pena de desclassificação, deverá comprovar, documentalmente, a similaridade técnica dos materiais cotados, cujas marcas divergirem das que constam nos memoriais descritivos e planilhas orçamentárias fornecidos por este Tribunal” (fl. 36 – negrito acrescentado).

6. Ora, se os ônus de comprovação cabiam à empresa sob pena de desclassificação, fica evidente que o momento de cumprimento desses requisitos era a apresentação dos envelopes de propostas. Até porque não poderia ser diferente, já que as fases licitatórias posteriores não são dadas a esse tipo de comprovação, sendo irregular a satisfação de requisitos por ocasião da adjudicação ou da homologação, ou, pior ainda, depois de assinado o contrato – afinal, é a fase de classificação que concretiza um dos objetivos da licitação, que é **a escolha da melhor proposta para a Administração segundo os critérios de julgamento.**

7. Se a recorrente tinha dúvidas acerca dos comandos editalícios – embora essas cláusulas, em específico, sejam de fácil compreensão –, deveria ter se valido do expediente previsto, ainda que de forma indireta, no item 15.1, inciso I, suscitando dúvida perante a Administração competente para saná-la.

8. Recurso ordinário conhecido para extinguir sem resolução de mérito o mandado de segurança quanto à questão da ilegalidade do edital e, no mais, negar provimento à pretensão da parte recorrente.

(Grifo nosso)

Evidencia-se, portanto, que o controle externo seja administrativo ou judicial é exercido não somente quanto à adequação entre o objeto licitado e as exigências de ordem técnica. É cabível também a análise da definição do próprio objeto. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 406)

Legítima e jurídica é a condição editalícia nesse sentido formulada, desde que adstrita aos limites das necessidades apontadas e devidamente justificadas pela Administração.

### 3 Possibilidade de ocorrência de licitação direcionada em razão da exigência excessiva de certificados de qualidade dos produtos licitados

Antecipando, ainda, circunstâncias em que pudesse haver favorecimentos, com afronta aos princípios da isonomia e da moralidade, a Lei 8.666/93 procurou garantir o interesse público, obstaculando a participação nos processos licitatórios, de pessoas físicas ou jurídicas que se enquadrassem na hipótese de beneficiamentos ilícitos.

Dessa forma, a Lei prescreve no seu artigo 9º, um rol taxativo de situações que, se verificadas no processo licitatório, poderiam por em risco a competitividade do certame e, conseqüentemente, causar prejuízos ao erário. Ressalte-se que, tanto a doutrina como a jurisprudência têm se conservado firme no entendimento de que, em se tratando de restrição a direitos (regras de proibição), a interpretação de dispositivo de lei deve ser restritiva. (NÓBREGA, 2007)

Destarte, verifica-se que esse rol de impedimentos à participação nos processos licitatórios não pode ser aumentado, salvo por um processo legislativo formal, sob pena de afronta à Constituição Republicana. Neste diapasão, o rol proibitivo, constante do artigo 9º da Lei 8.666/93, somente pode ser considerado como exaustivo, sendo vedada a ampliação dos impedimentos, limitada que está pelo elenco expressamente previsto no dispositivo.

Evidente que o objetivo da norma é precaver o interesse coletivo para que não haja nenhum desvirtuamento quanto ao perseguido com a promoção do processo licitatório.

Essas hipóteses de proibição de participação nas licitações públicas se apresentam, portanto, como corolário do princípio da concorrência,

de modo que o regramento licitatório admite a participação da quase totalidade de interessados. As vedações são apenas aquelas que, de fato, possam colocar em risco o interesse público. (NÓBREGA, 2007)

Todavia, a autorização de ampla participação de interessados ao certame, não significa que estão isentos de submissão a outros princípios basilares da Administração Pública e da licitação, como o princípio da eficiência. É que a própria Constituição Federal no seu art. 37, inciso XXI, e também a Lei nº 8.666/93, em seus arts. 27 a 31, que instituem os requisitos a serem preenchidos pelos licitantes, e observados no julgamento (objetivo) das propostas.

O preenchimento dos requisitos estabelecidos nos citados artigos da Constituição e da Lei 8.666/93, asseguram, a observância aos princípios inerentes ao instituto licitação, sem ferir o direito subjetivo que possui o interessado de celebrar contrato com a Administração pública.

No dispositivo legal contido no art. 30, da Lei nº 8.666/1993, por sua vez, não há espaço para traçar regras de exceção, de modo que a exigência de que os referidos atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado tenham também de apontar a capacitação técnico-operacional do licitante, por meio da prova de que anteriormente executou obras ou serviços em determinadas quantidades ou prazos. (MICHELUTTI, 2008)

Os opositores à aplicação das exigências de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço defendem que os arts. 30 e 31, da Lei nº 8.666/1993 exorbitaram o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que somente permite, no procedimento da licitação, “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Devendo haver uma relação de causa e efeito entre o documento que a lei pode exigir e a finalidade a atender, que é a qualificação para o cumprimento do contrato.

Quando a Constituição fala em “qualificação técnica e econômica”, ela está permitindo que se exijam documentos hábeis para demonstrar que a condição da empresa é suficientemente boa para permitir a execução do contrato.

Como a Administração não é obrigada a exigir todos os documentos mencionados nos arts. 30 e 31 da Lei de Licitações e Contratos, que por sua vez contêm uma limitação às exigências e não uma exigência mínima a ser necessariamente observada, deve abster-se de exigir a garantia prevista no inciso III, sob pena de correr o risco de ações judiciais que venham a paralisar todo procedimento. (D’AVILA, 2006, p. 150-151)

O referido permissivo termina por condicionar a participação no certame à demonstração de que o licitante, ele próprio ou o pessoal técnico-profissional sob suas ordens, teve previamente a seu cargo obras ou serviços de determinada natureza e quantidade, implica fatalmente em reduzir o círculo dos aptos a contratar com a Administração, levando-a a infringir o postulado isonômico e pondo-lhe em risco a seleção da proposta mais vantajosa.

A Administração deve decidir à luz da experiência técnica acumulada por pessoas físicas, ainda que só recentemente tenham vindo estar comprometidas com os misteres do licitante; não, porém, em função do cabedal de obras e serviços porventura inscrito no histórico dos feitos do licitante, mesmo que, no momento, dele estejam agora desligados os profissionais que, no passado, ensejaram a sua conformação. (TAVOLARO, 1999, p. 113)

Numa licitação, as especificações do objeto a ser contratado não podem ir além do necessário para alcançar a finalidade administrativa que, em última instância, determina seu campo de discricionariedade, sob pena de direcionamento do procedimento.

A vedação de direcionamento da licitação de forma a escolher determinada marca ou licitante nada mais é do que um corolário do princípio da igualdade, contido no art. 37, XXI, da Constituição Federal e também previsto no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, dos quais se inferem que ao gestor é vedada a inserção de cláusulas nos editais que comprometam, mitiguem, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.

Entretanto, isso não significa que a Administração Pública não deva ou não possa fazer certas exigências que sirvam para garantir a execução do contrato da melhor forma possível. (D'AVILA, 2006, p. 67)

A título de exemplo, trago à colação jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em que as exigências extrapolaram o limite do razoável, levando o Tribunal a anular o procedimento licitatório:

O crucial, entretanto, para a determinação da anulação é o fato de que a adoção desse método no projeto que serviu de base para o edital da licitação representou condição determinante de intensa restrição da competitividade do certame, tendo em vista que pouquíssimas empresas brasileiras poderiam ter acesso a essa tecnologia. Isso, a meu ver, torna inaceitável sua mudança posterior sem a convocação de novo certame licitatório, uma vez que o objeto a ser construído foi substancialmente modificado. (Acórdão nº 152/2002, Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues)

Esse entendimento serve para condenar as escolhas impertinentes da Administração no que se refere ao próprio objeto licitado. Não é suficiente a demonstração por parte do Poder Público de que a modalidade de capacitação técnica exigida é compatível com a concepção escolhida para a execução do objeto do contrato, é indispensável a comprovação de que a solução adotada a propósito do objeto da contratação, revela-se satisfatória, eficaz e adequada para a finalidade almejada pelo Estado. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 406)

Outras inúmeras situações se sucedem e já foram objeto de questionamentos, muitos deles mal intencionados e apenas baseados no desejo de afrontar o óbvio e a lógica, jamais suportados por qualquer dispositivo legal específico.

Esse preceito, no entanto, não pode ser tomado em caráter absoluto, sendo prudente aplicá-lo em conformidade com os princípios que regem o procedimento licitatório, especialmente os da competitividade e da moralidade.

Não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente restrito deles, ilegal será a exigência, por violação ao art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993. (D'AVILA, 2006, p. 148-149)

Do mesmo modo, se a exigência de quantitativos se mostrar desproporcional em relação à complexidade do objeto licitado, violado estará o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, posto que são admissíveis, apenas, exigências de qualificação técnica “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Por fim, cabe destacar que para conseguir o maior número possível de concorrentes, as normas que regulamentam as licitações públicas devem ser interpretadas visando à ampliação da disputa, respeitado o disposto no edital e os princípios que são próprios da escolha pública. Saliente-se que se trata de uma relação de mercado, onde, havendo maior número de concorrentes, a tendência é ter-se uma melhor negociação para a Administração.

A fixação de requisitos de participação, de qualificação técnica, de critérios de julgamento não pode ser arbitrária, aleatória, injustificada. A

Administração Pública é uma função, por isso não comporta o exercício de vontade individual ou psicológica. Todos os atos da Administração Pública devem ter um caráter instrumental, devem ter uma razão de ser, devem ter uma finalidade a atingir, e isso precisa ficar claro no processo.

Ninguém poderia ser alijado do procedimento licitatório pelo não-atendimento de algum requisito injustificado, irrelevante. Cada vez que fosse suscitada a questão da falta de algum requisito exigido no edital, ter-se-ia de perguntar se a falta desse elemento é ou não é relevante para a definição e garantia de execução do objeto do futuro contrato. (DALLARI, 2000, p. 87-88)

Forçoso concluir, assim, que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pretendeu, em nenhum momento, criar para a administração pública uma condição onerosa em face da realidade enfrentada. (D'AVILA, 2006, p. 148-149)

Sendo assim, em havendo previsão constitucional e legal para a exigência da qualificação técnica, bem como da qualificação econômica, a participação no certame não está no rol dos restrições e impedimento trazidos pelos referidos diplomas. Nesse sentido, merecem destaque as disposições constitucionais que prevêem o estímulo à competitividade sem contudo deixar de preservar o interesse público, estabelecendo a possibilidade de elaboração de certas exigências, a título de precaução quando da contratação de um particular pela Administração Pública.

A proteção outorgada ao licitante visa a evitar o favorecimento, seja de que forma for, àqueles proponentes que se habilitaram e, em especial, a criar óbice legal à fixação de critérios de julgamento com qualquer tipo de conteúdo discriminatório, como se torna possível fazer em licitações que adotem o tipo melhor técnica ou técnica e preço, e porque não, nas licitações do tipo menor preço. (NÓBREGA, 2007)

#### 4 Mitigação e harmonia na aplicação do princípio da ampla concorrência com a exigência de certificado de qualidade nas licitações do tipo menor preço

A licitação, pelo que da lei se extrai, é procedimento que tem finalidade realizar a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de interesse da administração, preservando sempre, em seu desenvolvimento, o respeito ao princípio da isonomia, voltado a resguardar a igualdade entre os diversos participantes. (NÓBREGA, 2007)

A preocupação com a preservação do tratamento isonômico, dada a sua grande importância, não aflige apenas as licitações. Está contemplada também no próprio texto constitucional quando, ao mencionar os princípios que regem as licitações, em seu art. 37, inciso XXI, assevera que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Neste diapasão, estabelece o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93, vedações decorrentes do princípio da isonomia, além de dispor, implicitamente, acerca do princípio da competitividade. Deste modo, ao mesmo tempo em que garante igualdade na participação dos concorrentes, fomenta a competitividade, objetivando obter o negócio mais vantajoso para a Administração Pública.

Infere-se, desta forma, que o princípio da igualdade traz no seu bojo implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo

a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. (MELLO, 2008, p. 474)

A disposição anteriormente transcrita, pelo que nela se vê, limita a discricionariedade administrativa quanto ao próprio certame licitatório, obrigando a administração a, em regra, realizá-lo quando pretenda contratar a execução de obras, a prestação de serviços, o fornecimento de bens e as alienações. Serve, outrossim, para orientar o desenvolvimento do certame, fixando, de logo, determinados pressupostos que não podem ser ignorados, dentre os quais aquele que se volta a garantir a igualdade de condições a todos os participantes.

Ocorre, todavia, que a igualdade de condições a que alude o texto constitucional não pode ser vista como instrumento de conteúdo absoluto, que não admita a fixação de condições que, tendo em conta o grau de complexidade do objeto da licitação não admita a previsão de exigências compatíveis. (NÓBREGA, 2007)

É legítima e cabível a postura da administração que, em razão do grau de complexidade da licitação, delibera no sentido de não admitir a participação de todos quantos assim queiram, mas apenas daqueles que preencham requisitos compatibilizados ao objeto do certame. O direito de participar de uma licitação, pois, não constitui uma garantia absoluta e inquestionável de qualquer pessoa ou empresa. Apenas os que atendam às exigências feitas justificadamente pela administração, podem invocar o seu direito subjetivo de ingressarem no certame e formularem as suas propostas.

Nesse sentido, aliás, é a orientação que se colhe pacífica na jurisprudência e em orientações doutrinárias abalizadas, dentre as quais se incluem os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO que, tecendo comentários acerca do direito de participar da licitação como direito abstrato, assevera que “Todos os brasileiros se encontram, em tese, em

igualdade de condições perante a Administração Pública, para fins de contratação. Isso não impede a imposição de condições discriminatórias, destinadas a assegurar que a Administração Pública selecione um contratante idôneo, titular da proposta mais vantajosa. O ingresso em um certame licitatório, pois, não constitui garantia absoluta de qualquer pessoa, mas acha-se vinculado e diretamente subordinado ao atendimento de determinados requisitos que em lei se acham previstos e que, em cada caso, devem ser objeto de avaliação pela administração, a quem incumbe determinar o que se compatibiliza ou não com o contrato a ser futuramente executado.

O direito de licitar, reafirma o autor citado, ainda que abstrato não é absoluto, admitindo, portanto, restrições. Pode-se afirmar, no entanto, que é evidente a preocupação normativa com exigências que não se achem adaptadas ao contexto da licitação e que apenas sirvam para restringir o seu caráter competitivo.

Veja-se, por exemplo, a disposição inscrita no art. 3º, da Lei 8.666/93, onde ao mesmo tempo em que resta afirmada a dupla finalidade da licitação, vincula-se o seu desenvolvimento à observância de princípios básicos eleitos pelo legislador. Têm-se, logo a seguir, no bojo do § 1º do mesmo dispositivo legal, o cuidado de explicitar condições que constituem exigências discriminatórias e que, em razão disso, acham-se vedadas.

Constituem condições discriminatórias, e, portanto, vedadas pela norma de regência da espécie, aquelas que se prestem a “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato” (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93).

A teor do contido nesse dispositivo, configuram condições vedadas aquelas que se prestem a comprometer, restringir ou a frustrar o caráter competitivo da licitação e a estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes. A eventual verificação de preferência por algum dos licitantes não pode, em regra, subsistir, especialmente quando nenhum fator específico vier a ser oferecido como justificativa para isso.

Não significa, porém, que há uma vedação a cláusulas restritivas da participação. Tampouco impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. A incompatibilidade poderá advir da excessividade ou na desproporcionalidade contida na restrição, em detrimento das necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e o interesse público a ser atendido. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 80)

Decerto deve ser este o fundamento legal invocado e adotado, ao examinar o edital da concorrência pública que trata da hipótese de fornecimento de produto para a execução de obras públicas e onde restou inscrita a condição de que os licitantes devessem, para cumprir a contento o objeto do contrato.

O licitante, pelo que se pode depreender da condição posta, não sofreu e nem se viu impedido de participar da licitação em qualquer momento por decorrência direta ou indireta do fato de não estar sediado na localidade de execução do objeto contratual. Isso é o que se

pode extrair, de forma clara e indubitosa da condição ora aludida, o que leva à conclusão de que a exigência feita acha-se perfeitamente compatibilizada às normas em vigor, porquanto relacionada a uma condição técnica de oferta do produto desejado em condições de pleno emprego e utilização no fim a que se destina.

A competição entre possíveis interessados é, pois, princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-lo o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços. (BARROS, 2008)

Um dos princípios essenciais da licitação é o da oposição ou da competitividade, tão fundamental à matéria que, se houver conluio ou inexistir competição (ou oposição) entre os concorrentes, fenececerá o próprio procedimento licitatório, inexistirá o instituto. (MUKAI, 2008, p. 32)

Por essa razão os opositores da ideia de que é possível a exigência de certificado de capacidade técnico-operacional, nos termos definidos nos dispositivos do art. 30 da Lei de Licitações, defendem que essa cobrança praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a metade das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo, conceito, aliás, sequer definido objetivamente no projeto. (TAVOLARO, 2009, p. 112)

A teor do contido nesse dispositivo, configuram condições vedadas aquelas que se prestem a comprometer, restringir ou a frustrar o caráter competitivo da licitação e a estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes. A eventual verificação de preferência por algum dos licitantes não pode, em regra, subsistir, especialmente quando nenhum fator específico vier a ser ofertado como justificativa para isso.

Não significa, porém, que há uma vedação a cláusulas restritivas da participação. Tampouco impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. A incompatibilidade poderá advir da excessividade ou na desproporcionalidade contida na restrição, em detrimento das necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e o interesse público a ser atendido. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 80)

Decerto deve ser este o fundamento legal invocado e adotado, ao examinar o edital da concorrência pública que trata da hipótese de fornecimento de produto para a execução de obras públicas e onde restou inscrita a condição de que os licitantes devessem, para cumprir a contento o objeto do contrato.

O licitante, pelo que se pode depreender da condição posta, não sofreu e nem se viu impedido de participar da licitação em qualquer momento por decorrência direta ou indireta do fato de não estar sediado na localidade de execução do objeto contratual. Isso é o que se

pode extrair, de forma clara e indubitosa da condição ora aludida, o que leva à conclusão de que a exigência feita acha-se perfeitamente compatibilizada às normas em vigor, porquanto relacionada a uma condição técnica de oferta do produto desejado em condições de pleno emprego e utilização no fim a que se destina.

A competição entre possíveis interessados é, pois, princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-lo o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços. (BARROS, 2008)

Um dos princípios essenciais da licitação é o da oposição ou da competitividade, tão fundamental à matéria que, se houver conluio ou inexistir competição (ou oposição) entre os concorrentes, fenecerá o próprio procedimento licitatório, inexistirá o instituto. (MUKAI, 2008, p. 32)

Por essa razão os opositores da ideia de que é possível a exigência de certificado de capacidade técnico-operacional, nos termos definidos nos dispositivos do art. 30 da Lei de Licitações, defendem que essa cobrança praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a metade das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo, conceito, aliás, sequer definido objetivamente no projeto. (TAVOLARO, 2009, p. 112)

A teor do contido nesse dispositivo, configuram condições vedadas aquelas que se prestem a comprometer, restringir ou a frustrar o caráter competitivo da licitação e a estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes. A eventual verificação de preferência por algum dos licitantes não pode, em regra, subsistir, especialmente quando nenhum fator específico vier a ser ofertado como justificativa para isso.

Não significa, porém, que há uma vedação a cláusulas restritivas da participação. Tampouco impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. A incompatibilidade poderá advir da excessividade ou na desproporcionalidade contida na restrição, em detrimento das necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e o interesse público a ser atendido. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 80)

Decerto deve ser este o fundamento legal invocado e adotado, ao examinar o edital da concorrência pública que trata da hipótese de fornecimento de produto para a execução de obras públicas e onde restou inscrita a condição de que os licitantes devessem, para cumprir a contento o objeto do contrato.

O licitante, pelo que se pode depreender da condição posta, não sofreu e nem se viu impedido de participar da licitação em qualquer momento por decorrência direta ou indireta do fato de não estar sediado na localidade de execução do objeto contratual. Isso é o que se

pode extrair, de forma clara e indubitosa da condição ora aludida, o que leva à conclusão de que a exigência feita acha-se perfeitamente compatibilizada às normas em vigor, porquanto relacionada a uma condição técnica de oferta do produto desejado em condições de pleno emprego e utilização no fim a que se destina.

A competição entre possíveis interessados é, pois, princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-lo o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços. (BARROS, 2008)

Um dos princípios essenciais da licitação é o da oposição ou da competitividade, tão fundamental à matéria que, se houver conluio ou inexistir competição (ou oposição) entre os concorrentes, fenece o próprio procedimento licitatório, inexistirá o instituto. (MUKAI, 2008, p. 32)

Por essa razão os opositores da ideia de que é possível a exigência de certificado de capacidade técnico-operacional, nos termos definidos nos dispositivos do art. 30 da Lei de Licitações, defendem que essa cobrança praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a metade das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo, conceito, aliás, sequer definido objetivamente no projeto. (TAVOLARO, 2009, p. 112)

A teor do contido nesse dispositivo, configuram condições vedadas aquelas que se prestem a comprometer, restringir ou a frustrar o caráter competitivo da licitação e a estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes. A eventual verificação de preferência por algum dos licitantes não pode, em regra, subsistir, especialmente quando nenhum fator específico vier a ser ofertado como justificativa para isso.

Não significa, porém, que há uma vedação a cláusulas restritivas da participação. Tampouco impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. A incompatibilidade poderá advir da excessividade ou na desproporcionalidade contida na restrição, em detrimento das necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e o interesse público a ser atendido. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 80)

Decerto deve ser este o fundamento legal invocado e adotado, ao examinar o edital da concorrência pública que trata da hipótese de fornecimento de produto para a execução de obras públicas e onde restou inscrita a condição de que os licitantes devessem, para cumprir a contento o objeto do contrato.

O licitante, pelo que se pode depreender da condição posta, não sofreu e nem se viu impedido de participar da licitação em qualquer momento por decorrência direta ou indireta do fato de não estar sediado na localidade de execução do objeto contratual. Isso é o que se

pode extrair, de forma clara e indubitosa da condição ora aludida, o que leva à conclusão de que a exigência feita acha-se perfeitamente compatibilizada às normas em vigor, porquanto relacionada a uma condição técnica de oferta do produto desejado em condições de pleno emprego e utilização no fim a que se destina.

A competição entre possíveis interessados é, pois, princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-lo o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços. (BARROS, 2008)

Um dos princípios essenciais da licitação é o da oposição ou da competitividade, tão fundamental à matéria que, se houver conluio ou inexistir competição (ou oposição) entre os concorrentes, fenecerá o próprio procedimento licitatório, inexistirá o instituto. (MUKAI, 2008, p. 32)

Por essa razão os opositores da ideia de que é possível a exigência de certificado de capacidade técnico-operacional, nos termos definidos nos dispositivos do art. 30 da Lei de Licitações, defendem que essa cobrança praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a metade das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo, conceito, aliás, sequer definido objetivamente no projeto. (TAVOLARO, 2009, p. 112)

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público.

Na verdade, o referido dispositivo amplia a discricionariedade do administrador, retirando os limites expressos, mas permanecendo intocada a previsão da exigência de aptidão técnico-operacional. (FIGUEIREDO, 1997, p. 26)

Essas regras simplesmente não fariam sentido se a lei não admitisse – como, de fato, permite – que a Administração possa exigir a demonstração, através de atestados, de desempenho anterior do próprio licitante, ou seja, certificação de sua capacidade técnico-operacional. (MELLO, 2007, p. 591)

## 5 Conclusão: a coexistência “pacífica” da exigência do atestado de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço com o princípio da ampla concorrência

O tema proposto é árduo, comportando várias interpretações. A meu ver, deve-se analisar caso a caso, tendo em vista o objeto licitado.

Assim, examinada a questão ora suscitada, mostra-se razoável concluir, à luz das disposições legais vigentes, que não se pode obstar em nenhuma circunstância a participação em certame licitatório de licitantes.

Tampouco se pode confundir a exigência vedada concernente à cobranças desarrazoadas quanto à obrigatoriedade de prestar garantia e à execução do objeto com a disposição inscrita em edital que se presta apenas a exigir a garantia de bem a ser fornecido à administração, res-

peitando certa margem de razoabilidade, não configurando, portanto, condição vedada, quando presentes razões de ordem técnica que se prestem a fundamentar a condição.

Também não se vislumbra, pois, em tais circunstâncias, nenhuma causa de nulidade da licitação ou do contrato, de modo a determinar-se a sua invalidação. (NÓBREGA, 2007)

Cabe aqui apenas lembrar que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguramento da efetiva e integral execução do contrato. Não há nada de inconstitucional ou de despropositado na exigência de comprovação de capacitação técnica para empresas contratadas.

A capacidade técnica do licitante deriva de sua própria experiência anterior e será verificada por atestados fornecidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas, devidamente registradas na entidade profissional competente. Não se exige que tais atestados se refiram a objeto idêntico, bastando que os serviços ou obras sejam similares, ou seja, sejam compatíveis em características, quantidades e prazos e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto da licitação.

Deve-se admitir a comprovação de aptidão através de atestados de obras ou serviços de complexidade operacional equivalente ou superior e das obras ou serviços objeto da licitação. A vedação legal diz respeito à exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos apenas no tocante à capacidade técnico-profissional, vez que tal impedimento foi averbado somente no inciso I do § 1º do art. 30, cuja abordagem refere-se exclusivamente à capacidade técnico-profissional.

É salutar que se note que a limitação aplica-se apenas para os casos de exigências de qualidade injustificadas, de modo que deve haver uma motivação eficaz que se coadune com o objeto do contrato. As justifi-

cativas genéricas tais como: “é a que melhor atende aos interesses da Administração” ou “por ser de melhor qualidade” não devem ser aceitas, nem têm o condão de autorizar a inclusão das exigências de ordem técnica no instrumento convocatório. (D’AVILA, 2006, p. 67)

**The viability of the demand for technical qualification certifications in bidding of the lowest price kind versus limiting the principle of ample competition**

### Abstract

This paper aims to demonstrate the viability of the demand for technical qualification certifications in biddings of the lowest price kind, even though they are not absolutely indispensable to assure the effective compliance of the administrative contract they are useful to guide the choice of the best bidder by the Public Administration.

The *ultima ratio* (ultimate point) of bidding is the attainment of the most advantageous proposal for the Public Administration, so that, if necessary, the government can increase the level of demands of technical qualification to achieve the bid that better fits the public interest, even in the most simplified kinds of bidding, as is the case of the lowest price kind. In selecting the hired party, to whom the public money will be destined, and, above all, to whom the development of the good or public service will be trusted, the Public Administration can – and must – formulate demands aimed to assuring that the hired is capable, both technically and financially, to fulfill what has been agreed upon.

Disregarding this would be the same as violating the Constitution and risking legally protected values; reinforced heed or a special

rigor is justified in the choice of the hired party. The reasonable demand of technical qualification requisites is in keeping with the practice of egalitarian treatment and with the principle of ample competition, without restricting the competitive character of the competition.

One can conclude that one cannot oppose the participation in the competition, nor confuse the prohibition of unreasonable demands, when certain margins of reasonableness are respected – therefore not being a prohibited condition when there are technical reasons that fundament such condition.

It is beneficial to note that the limitation only apply to the cases of unjustified qualification demands, as there has to be an effective motivation that is in keeping with the object of the contract. Generic justifications such as “it is the one that best fits the interests of the Administration” or “is of better quality” should not be accepted.

**Keywords:** Bidding. Lowest price. Principle of ample competition. Technical qualification certifications.

### Referências

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Princípios administrativos aplicados à licitação pública**. Disponível em: <<http://www.direito-virtual.com.br/artigos.php?details=1&id=148>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível a partir de: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25206-SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Decisão unânime. Brasília, 20.08.09. DJe de 08.09.09. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22licita%E7%E3o%22+e+%22menor+pre%E7o%22+e+%22exig%Eancia%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 152/2002. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:13:4210858202221148>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

CARRIJO, Maria Tereza Dutra; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Licitações e Contratos: Roteiro Prático**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. 151p.

cativas genéricas tais como: “é a que melhor atende aos interesses da Administração” ou “por ser de melhor qualidade” não devem ser aceitas, nem têm o condão de autorizar a inclusão das exigências de ordem técnica no instrumento convocatório. (D’AVILA, 2006, p. 67)

**The viability of the demand for technical qualification certifications in bidding of the lowest price kind versus limiting the principle of ample competition**

### Abstract

This paper aims to demonstrate the viability of the demand for technical qualification certifications in biddings of the lowest price kind, even though they are not absolutely indispensable to assure the effective compliance of the administrative contract they are useful to guide the choice of the best bidder by the Public Administration.

The *ultima ratio* (ultimate point) of bidding is the attainment of the most advantageous proposal for the Public Administration, so that, if necessary, the government can increase the level of demands of technical qualification to achieve the bid that better fits the public interest, even in the most simplified kinds of bidding, as is the case of the lowest price kind. In selecting the hired party, to whom the public money will be destined, and, above all, to whom the development of the good or public service will be trusted, the Public Administration can – and must – formulate demands aimed to assuring that the hired is capable, both technically and financially, to fulfill what has been agreed upon.

Disregarding this would be the same as violating the Constitution and risking legally protected values; reinforced heed or a special

rigor is justified in the choice of the hired party. The reasonable demand of technical qualification requisites is in keeping with the practice of egalitarian treatment and with the principle of ample competition, without restricting the competitive character of the competition.

One can conclude that one cannot oppose the participation in the competition, nor confuse the prohibition of unreasonable demands, when certain margins of reasonableness are respected – therefore not being a prohibited condition when there are technical reasons that fundament such condition.

It is beneficial to note that the limitation only apply to the cases of unjustified qualification demands, as there has to be an effective motivation that is in keeping with the object of the contract. Generic justifications such as “it is the one that best fits the interests of the Administration” or “is of better quality” should not be accepted.

**Keywords:** Bidding. Lowest price. Principle of ample competition. Technical qualification certifications.

### Referências

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Princípios administrativos aplicados à licitação pública**. Disponível em: <<http://www.direito-virtual.com.br/artigos.php?details=1&id=148>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível a partir de: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25206-SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Decisão unânime. Brasília, 20.08.09. DJe de 08.09.09. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22licita%E7%E3o%22+e+%22menor+pre%E7o%22+e+%22exig%Eancia%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22licita%E7%E3o%22+e+%22menor+pre%E7o%22+e+%22exig%Eancia%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>)>. Acesso em: 21 nov. 2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 152/2002. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:13:4210858202221148>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

CARRIJO, Maria Tereza Dutra; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Licitações e Contratos: Roteiro Prático**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. 151p.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 209p.

D'AVILA, Vera Lúcia Machado; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2006, 386p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Princípios informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997, 271p.

JUSEFOVICZ, Eliseu. **Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais**. Revista Seqüência, n. 47, p. 153-185, dez. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. 948p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. 1073p.

\_\_\_\_\_. Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 75p.

MICHELUTTI, Grasiela. **A busca da proposta mais vantajosa e a burocratização dos editais de licitação**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36002>>. Acesso em: 15 set. 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2007, 387p.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2008, 383p.

NÓBREGA, Airton Rocha. **Limitações à qualificação técnica nas licitações**. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/1030](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1030)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 1265p.

TAVOLARO, Luiz Antonio; VERRI Jr., Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Licitações e Contratos Administrativo: Temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 346p.

#### Referência do texto

RAMOS, Hebe Pires. A exigência de certificado de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço *versus* limitação ao princípio da ampla concorrência. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 143-172, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 26 abr. 2012. Aprovado em: 3 jun. 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 209p.

D'AVILA, Vera Lúcia Machado; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 386p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Princípios informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997, 271p.

JUSEFOVICZ, Eliseu. **Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais**. Revista Seqüência, n. 47, p. 153-185, dez. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. 948p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. 1073p.

\_\_\_\_\_. Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 75p.

MICHELUTTI, Grasiela. **A busca da proposta mais vantajosa e a burocratização dos editais de licitação**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36002>>. Acesso em: 15 set. 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2007, 387p.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2008, 383p.

NÓBREGA, Airton Rocha. **Limitações à qualificação técnica nas licitações**. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/1030](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1030)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 1265p.

TAVOLARO, Luiz Antonio; VERRI Jr., Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Licitações e Contratos Administrativo: Temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 346p.

#### Referência do texto

RAMOS, Hebe Pires. A exigência de certificado de qualificação técnica nas licitações do tipo menor preço *versus* limitação ao princípio da ampla concorrência. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 143-172, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 26 abr. 2012. Aprovado em: 3 jun. 2012.

# A construção do discurso da objetividade pela experiência jurídica

**Jefferson Luiz de França**

Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco (FACIPE).  
Analista Jurídico do Ministério Público de Pernambuco.

## Resumo

O presente artigo se ocupa de expor uma construção edificada pela experiência jurídica, insistentemente doutrinada, como fundamento para justificar o seu discurso enquanto ciência: a objetividade. Para tanto, com base nas premissas metodológicas estabelecidas pela Teoria do Conhecimento que marcam a passagem de uma observação em conhecimento e, deste, em conhecimento científico, esse conceito de objetividade límpida e hermética inserida no discurso jurídico é, de acordo com o mestre ar-

gentino José Vilanova, ao revés, fruto de percepções individuais que se tornaram disponíveis a outros sujeitos cognoscentes, constituindo-se ao fim como uma intersubjetividade transcendental, logo de inafastável carga valorativa, especialmente quando se tratado no âmbito da jurisdição constitucional, marcado por enunciados vagos e imprecisos.

**Palavras-chave:** Teoria do conhecimento. Objetividade. Discurso jurídico. Hermenêutica constitucional.

## 1 Introdução

O presente estudo tem como finalidade discursar a respeito de um elemento bem característico e, necessariamente, construído pelo discurso jurídico, especialmente no campo interpretativo-constitucional: a objetividade.

Essa construção é marcada pelo fato de o Direito, enquanto ciência prescritiva que se ocupa de pautar condutas humanas, necessitar de elementos que fujam ao máximo ou que reduzam a tendência de se decidir baseada em mera liberalidade ou exclusivo arbítrio do intérprete/aplicador. Além do que, a objetividade serve como melhor instrumento de controle e avaliação racional de qualquer decisão ora proferida.

Aqui, a definição de objetividade construída, entalhada pela experiência jurídica, é cunhada pelo prestigiado mestre argentino José Vilanova (coautor da festejada obra *Introducción al Derecho*, em parceria com Enrique Aftalión) e que, não coincidentemente, apresenta elementos semelhantes àqueles propostos pela Teoria do Conhecimento que marcam a passagem de uma pura observação em conhecimento, e deste para o conhecimento científico.

A escolha deste tema foi motivada pelas discussões, por vezes acalouradas, que os estudiosos da ciência jurídica travam hodiernamente ao se posicionarem a respeito de uma (im)possível objetividade extraída das decisões judiciais e os meios que se chegam a este resultado.

Para tanto, o capítulo 2 inaugura os principais problemas enfrentados pela Teoria do Conhecimento, ligados à observação, à linguagem e a maneira pela qual o conhecimento provindo da observação ganha posição de ciência. Nesse sentido, é exposta a discussão da justificação racional como tentativa de construção de um conhecimento científico e, ao final, caminhando no sentido das peculiaridades das ciências culturais, o papel da dogmática e da retórica para o discurso jurídico.

Em seguida, o capítulo 3 cuida especificamente da problematização do discurso da objetividade inserida na experiência jurídica, focando o estudo na jurisdição constitucional e, mais detidamente, em como a hermenêutica jurídico-constitucional desenvolve os métodos e princí-

pios interpretativos que, encarnados deste ideal, encerram o mais puro e inseparável subjetivismo.

Por seu turno, o presente trabalho se encerra com as Considerações Finais, nas quais é demonstrado que quando se cuida de processos interpretativos, principalmente no âmbito jurídico-constitucional, toda tentativa de elevar uma decisão judicial a mais cristalina objetividade tão almejada pela experiência jurídica se torna enxague, eis que todo ponto de partida eleito para fundamentar a decisão é dotado de valoração e, sendo assim, a tarefa hermenêutica é necessariamente revestida de inafastável carga subjetiva.

No tocante à metodologia empregada, registre-se que o método científico utilizado foi o dedutivo, eis que se preocupou inicialmente em trabalhar conceitos gerais e basilares, imprescindíveis para a compreensão da problemática proposta, desaguando em proposições particulares e localizadas.

A pesquisa realizada neste trabalho é classificada como bibliográfica, pois envolve primordialmente o levantamento bibliográfico das obras e publicações acadêmicas que tratam do assunto objeto deste estudo.

## 2 Observação, linguagem e conhecimento: problemas centrais da teoria do conhecimento

### 2.1 A justificação racional como tentativa de construção do conhecimento científico

Este capítulo inaugural se reserva à descrição dos principais problemas enfrentados pela Teoria do Conhecimento, especialmente aqueles ligados à linguagem como forma de exteriorizar as aferições humanas, e a maneira pela qual se marca a passagem de uma simples observação para o que se chama de conhecimento e, deste, para o conhecimento científico.

O interesse aqui não é esgotar o conteúdo desta matéria, mas essa formulação teórica que marca o conhecimento científico, fundado numa justificação racional por meio de uma aferição intersubjetiva que exceda os limites do indivíduo, servirá de paradigma para, no capítulo seguinte, desenvolver o conceito da objetividade construída pelo discurso jurídico proposto pelo professor argentino José Vilanova trazido na obra de Inocência Mártires Coelho, referência deste trabalho.

De início, vale transcrever o seguinte diálogo:

Então lhe disse Pilatos: Logo, tu és rei? Respondeu Jesus: Tu dizes que sou rei, Eu para isso nasci e para isso vim ao mundo, a fim de dar testemunho da verdade. Todo aquele que é da verdade ouve a minha voz. Perguntou-lhe Pilatos: Que é a verdade?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BIBLIA SAGRADA. Tradução: João Ferreira de Almeida. rev. e atual. 2 ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009, p. 1090 – 1091.

Jesus nada respondeu.

Essa intrigante narrativa se dá quando Jesus é interrogado por Pilatos, então representante do império romano na Judeia, no limiar da crucificação. Aparentemente desconcertado pelo fato de não encontrar nada que o incrimine a tal ponto de desejarem o pior dos castigos, Pilatos, no afã de encontrar algum motivo que justifique os judeus quererem a morte do seu mestre, finaliza seu diálogo questionando *que é a verdade?*

É possível notar, desde aqueles tempos, alías, de muitos anteriores, a preocupação que o homem tem em perquirir sobre *a verdade*. Na ocasião, nem o Mestre respondeu.

Não é novidade afirmar que nossos sentidos são limitados e, como tal, nossa representação de mundo é igualmente limitada. Existem frequências sonoras que são apenas percebidas pelos golfinhos, não pelos humanos, o que não significa dizer que essas frequências não existam. Igualmente, as aves de rapina têm uma capacidade visual muito superior a nossa, logo alguns detalhes passam despercebidos de nossa circunscrita visão. Isso sem falar nos mais diversos testes de ilusão que servem para enganar o cérebro.

Com a finitude dos nossos sentidos enxergamos um mundo igualmente finito, próprio de nossa natureza, logo aquilo que vemos, ouvimos ou sentimos são representações limitadas, longe de significarem a verdadeira natureza das coisas, senão apenas aquilo que nos alcança.

Existindo a verdade, e dada essa indissociável limitação humana, apenas enxergamos sua representação imperfeita e inacabada, sua sombra, seu vulto, na melhor acepção alegórica de Platão.

Como forma de exteriorizar essas representações ora dispostas o homem criou uma representação própria, a linguagem, na qual Niet-

zsche, filósofo alemão do século XIX, explicita como mera “transposição sonora de uma excitação nervosa”<sup>2</sup>. Assim sendo, continua o filósofo, “concluir a partir de uma excitação nervosa uma causa primeira exterior a nós, isso é já até onde chega uma aplicação falsa e injustificável do princípio da razão”<sup>3</sup>. Ou seja, não cabe ao homem, dada sua indissociável natureza finita, estabelecer *o que é*, senão *o que lhe parece ser*, logo esta representação linguística, tida para ele como *metáfora*, não é apta a descrever a realidade como tal. Desta feita, designar algo como duro, frio ou vermelho não passa de meras transposições puramente arbitrárias que, de tão reproduzidas por gerações e gerações,

(...) acaba por adquirir, para o homem, a mesma significação como se ela fosse a única imagem necessária e como se esta relação entre a excitação nervosa de origem e a imagem produzida fosse uma relação de estrita causalidade.<sup>4</sup>

Além de tudo, é imperioso destacar o papel da observação neste processo de representação linguística, ou mais propriamente, no que se denomina de *conhecimento*. É quando se fala de observação é importante deixar claro que não estamos nos limitando estritamente ao sentido da visão. Se partirmos desta perspectiva primitiva, estamos desconsiderando, por exemplo, a possibilidade dos deficientes visuais manifestarem suas próprias observações de mundo (igualmente válidas). Assim sendo, deve-se partir do princípio que as ferramentas utilizadas na observação são aferições sensoriais, a saber, visuais, táteis, auditivas etc.

2 NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extramoral**. Tradução: Noéli Correia de Melo Sobrinho. Disponível em: <<http://ensaios.files.wordpress.com/2008/03/sobre-a-verdade-e-a-mentira-no-sentido-extramoral.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012, p. 3.

3 Idem, p. 4.

4 *Ibidem*, p. 7.

Mas a pergunta que se coloca é: como meras observações ganham status de conhecimento?

No enfrentamento desta problemática, os estudiosos da Teoria do Conhecimento afirmam que existe sim um processo que marca a passagem da mera opinião para o conhecimento, estabelecida na assertiva da superação dos limites sensoriais do indivíduo para uma aferição intersubjetiva, ou seja, aberta e possível a todo e qualquer indivíduo que, reproduzindo os caminhos traçados pelo indivíduo primitivo, poderá chegar ao mesmo resultado.

Prosseguindo, ainda de acordo com a Teoria do Conhecimento, é imprescindível que a observação seja apoiada numa *justificação racional*, através de *sistemas explicativos*, elementares de um conhecimento dito científico.

De acordo como o Miniaurélio Século XXI Escolar de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, sistema é o “conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada”<sup>5</sup>. Para o professor Jézio Hernani Bonfim Gutierre da Universidade Estadual Paulista (UNESP), a construção de sistemas bem explicativos “possibilitam a justificação racional de opiniões verdadeiras, bem como a previsão da ocorrência de eventos no mundo”<sup>6</sup>. Para este mestre, ciente de que esse processo de justificação racional é, todavia, vago e genérico, há de dar destaque para o seu papel relevante na definição do chamado “conhecimento empírico, entendido como conhecimento do mundo observável”<sup>7</sup>.

De fato, não é possível afirmar categoricamente que a construção de um sistema, ainda que apresentado sob uma justificação racional convincente, é suficiente para explicar a real natureza de dado fenômeno.

5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 639.

6 GUTIERRE, J. H. B.; GONZALEZ, Maria Eunice Quilici; BROENS, Mariana Claudia. **Teoria do Conhecimento**. 2010. Disponível em: <<http://barnard.ead.unesp.br/course/view.php?id=107>>. Acesso em: 15 set. 2012, p. 6.

7 Idem, p. 16.

Apenas para uma exemplificação didática, mister lançar mão de um sistema astrofísico que permaneceu intocável até a primeira metade do século XVI: a teoria geocêntrica ptolomaica. Para esta teoria, elaborada pelo astrônomo e matemático grego Ptolomeu, fundada em premissas aristotélicas, a Terra se encontrava no centro do universo e os demais corpos celestes, incluindo o Sol, giravam em torno dela. Todavia, Copérnico, insatisfeito com o sistema de Ptolomeu e que era adotado pela Igreja, propôs uma profunda ruptura de paradigma, afirmando que o centro da Terra não é o centro do mundo, mas apenas o da gravidade e da esfera lunar e que os corpos celestes giram em torno do Sol, finalizando que o centro do mundo, portanto está perto do Sol: é a teoria heliocêntrica.

Para os professores Alexandre Medeiros, do Departamento de Física da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), e Maria Amélia Monteiro, da Escola Politécnica da Universidade Estadual de Pernambuco (UPE),

Copérnico atribuiu à Terra um movimento diário em torno do Sol e da esfera das estrelas fixas. Além de contrariar certos preceitos vigentes da física aristotélica, contrariava também as expectativas do senso comum, as quais harmonizavam-se entre si.<sup>8</sup>

O que se pretende demonstrar é que mesmo justificações racionais apoiadas em pressupostos matemáticos ou em métodos racionais de análise e síntese bem concatenados, como os propostos por René Descartes, não nos permite inferir que o que se vê ou o que se busca demonstrar é o que efetivamente é.

<sup>8</sup> MEDEIROS, Alexandre; MONTEIRO, Maria Amélia. **A invisibilidade dos pressupostos e das limitações da teoria copernicana nos livros didáticos de física.** Cad. Cat. Ens. Fís. V. 19: p. 28-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://150.162.1.115/index.php/fisica/article/viewFile/9293/8584>>. Acesso em: 18 set. 2012, p. 36.

Se por exemplo adeptos da teoria geocêntrica e da teoria heliocêntrica fossem, na mesma ocasião, espectadores do pôr-do-sol no horizonte (naquela típica paisagem merecedora da melhor das molduras), cada grupo descreveria o mesmo fenômeno observável de maneira diversa. Para os primeiros, o Sol percorreria novamente seu caminho descendente, numa trajetória constante e invariável em torno da Terra, enquanto que, para os últimos, a Terra estaria realizando seu balé diário e eterno em torno do Sol. Mas perceba que ambos viram a mesma coisa, porém interpretaram suas observações de seu modo.

De tal sorte, infere-se: as coisas são à medida que dizemos que são.

Em relação ao argumento científico, enquanto *ciência da natureza*, esse processo de reputação de teorias é condição para a evolução da própria ciência, ou seja, tal argumento científico apoiado numa justificação racional experimentável permanece válido até que, no desencadeamento de um novo processo de justificação, um novo argumento surja integrado a elementos ainda ignorados, num caminho *ad infinitum*.

Processo diferente é o que ocorre, por exemplo, nas *ciências do espírito*, mais precisamente no Direito, pelo qual se direciona este estudo.

## 2.2 O papel da dogmática e da retórica no discurso jurídico

Diferentemente do que ocorre nas ciências da natureza, para onde esse processo de refutação de teorias é de exclusão, ou seja, não é possível que as leis do universo sejam regidas pela teoria geocêntrica e pela teoria heliocêntrica ao mesmo tempo, já que uma anula a outra, para as *ciências do espírito* duas teorias contraditórias, numa verdadeira antinomia, podem conviver uma com a outra concomitantemente, sem que isso re-

sulte na anulação de todo o sistema, utilizando-se para eventual solução os critérios de classificação das leis, por exemplo.

Neste restrito campo de abordagem próprio das ciências culturais que é a experiência jurídica, a mais difundida linguagem utilizada é o argumento dogmático.

Numa tentativa de sintetizar como esse argumento dogmático é construído, o magistrado Eudes dos Prazeres França escreve que

(...) a abordagem do caso jurídico (conflito social) tem como ponto inicial a fixação de conjunto de afirmações com justificativa, na perspectiva das partes, em normas de conduta sociais (leis). Estas afirmações se constituem em premissas de direito que vão em busca de uma conclusão (decisão judicial) para um caso concreto, tomando como fundamento uma norma jurídica.<sup>9</sup>

Percebe-se, a partir de tal descrição, a similitude que o argumento dogmático tem com o silogismo. Este é construído a partir de uma premissa maior mais uma premissa menor chegando-se a uma conclusão, que é a consequência das duas anteriores. Por exemplo, “todo homem é mortal” (premissa maior), “João é homem” (premissa menor), “logo, João é mortal” (conclusão).

Esse tipo de construção enraizada no argumento dogmático-jurídico não se mostra apta, todavia, a resolver todas as contingências do nosso complexo cotidiano, “prova disto é a existência de lacuna na lei, a possibilidade de decisões *contra legem* e as contradições intersistemáticas”<sup>10</sup>, as famosas antinomias.

9 FRANÇA, Eudes dos Prazeres. A nova hermenêutica jurídica e os horizontes não estruturais do direito: dogmática jurídica dos conflitos e dos textos à decisão concreta. *Revista da ESMape*, v. 13, n. 27, p. 133-144, jan./jun. 2008, p. 137.

10 CARDOZO, Teodomiro Noronha. Teoria da argumentação jurídica: exigência de correção nos discursos jurídico e prático geral. *Revista da ESMape*, v. 9, n. 20, p. 23-44 - Tomo II, jul./dez., 2004, p. 27.

Porém os tribunais brasileiros, especialmente os superiores, insistem em fórmulas pré-moldadas e estanques que engessam a atividade jurisdicional, como se fosse possível encaixotar as vicissitudes do dia-dia.

A saída para esse silogismo pragmático que o argumento dogmático está inserido é através do entimema, também conhecido como silogismo retórico ou falso silogismo.

Para os retóricos clássicos, o entimema não era considerado um argumento em si, mas apenas um método de argumentação de um procedimento dedutivo<sup>11</sup>.

Por seu turno, o entimema se caracteriza por possuir uma ou mais premissas implícitas, ocultas, como por exemplo, “todo quadrúpede tem quatro patas, logo o cavalo é um quadrúpede” (a premissa “o cavalo tem quatro patas” está implícita, não aparecendo na estrutura).

A argumentação jurídica entimemática pode ser aplicada naquelas normas que admitem uma, duas, até dez interpretações possíveis, a exemplo da expressão “durante o dia” que justifica a entrada em casa alheia disciplinada no inciso XI do festejado artigo 5º da Constituição Federal, de tal sorte que a aplicação do silogismo se torna infrutífera já que, para este, se exige inexoravelmente que a premissa maior se revista de um argumento universal e inflexível<sup>12</sup>.

Esse desprendimento do modelo dogmático é ferrenhamente defendido pelo ilustre professor da Faculdade de Direito do Recife João Maurício Adeodato para o qual, fazendo uma análise de todo o contexto, afirma que as concepções ontológicas, dicotomicamente opostas às retóricas, “têm prevalecido nas concepções filosóficas do Ocidente, de

11 *Idem*, p. 26.

12 *Ibidem*, p. 27.

sulte na anulação de todo o sistema, utilizando-se para eventual solução os critérios de classificação das leis, por exemplo.

Neste restrito campo de abordagem próprio das ciências culturais que é a experiência jurídica, a mais difundida linguagem utilizada é o argumento dogmático.

Numa tentativa de sintetizar como esse argumento dogmático é construído, o magistrado Eudes dos Prazeres França escreve que

(...) a abordagem do caso jurídico (conflito social) tem como ponto inicial a fixação de conjunto de afirmações com justificativa, na perspectiva das partes, em normas de conduta sociais (leis). Estas afirmações se constituem em premissas de direito que vão em busca de uma conclusão (decisão judicial) para um caso concreto, tomando como fundamento uma norma jurídica.<sup>9</sup>

Percebe-se, a partir de tal descrição, a similitude que o argumento dogmático tem com o silogismo. Este é construído a partir de uma premissa maior mais uma premissa menor chegando-se a uma conclusão, que é a consequência das duas anteriores. Por exemplo, “todo homem é mortal” (premissa maior), “João é homem” (premissa menor), “logo, João é mortal” (conclusão).

Esse tipo de construção enraizada no argumento dogmático-jurídico não se mostra apta, todavia, a resolver todas as contingências do nosso complexo cotidiano, “prova disto é a existência de lacuna na lei, a possibilidade de decisões *contra legem* e as contradições intersistemáticas”<sup>10</sup>, as famosas antinomias.

9 FRANÇA, Eudes dos Prazeres. A nova hermenêutica jurídica e os horizontes não estruturais do direito: dogmática jurídica dos conflitos e dos textos à decisão concreta. *Revista da ESMape*, v. 13, n. 27, p. 133-144, jan./jun. 2008, p. 137.

10 CARDOZO, Teodomiro Noronha. Teoria da argumentação jurídica: exigência de correção nos discursos jurídico e prático geral. *Revista da ESMape*, v. 9, n. 20, p. 23-44 – Tomo II, jul./dez., 2004, p. 27.

Porém os tribunais brasileiros, especialmente os superiores, insistem em fórmulas pré-moldadas e estanques que engessam a atividade jurisdicional, como se fosse possível encaixotar as vicissitudes do dia-dia.

A saída para esse silogismo pragmático que o argumento dogmático está inserido é através do entimema, também conhecido como silogismo retórico ou falso silogismo.

Para os retóricos clássicos, o entimema não era considerado um argumento em si, mas apenas um método de argumentação de um procedimento dedutivo<sup>11</sup>.

Por seu turno, o entimema se caracteriza por possuir uma ou mais premissas implícitas, ocultas, como por exemplo, “todo quadrúpede tem quatro patas, logo o cavalo é um quadrúpede” (a premissa “o cavalo tem quatro patas” está implícita, não aparecendo na estrutura).

A argumentação jurídica entimemática pode ser aplicada naquelas normas que admitem uma, duas, até dez interpretações possíveis, a exemplo da expressão “durante o dia” que justifica a entrada em casa alheia disciplinada no inciso XI do festejado artigo 5º da Constituição Federal, de tal sorte que a aplicação do silogismo se torna infrutífera já que, para este, se exige inexoravelmente que a premissa maior se revista de um argumento universal e inflexível<sup>12</sup>.

Esse desprendimento do modelo dogmático é ferrenhamente defendido pelo ilustre professor da Faculdade de Direito do Recife João Maurício Adeodato para o qual, fazendo uma análise de todo o contexto, afirma que as concepções ontológicas, dicotomicamente opostas às retóricas, “têm prevalecido nas concepções filosóficas do Ocidente, de

11 *Idem*, p. 26.

12 *Ibidem*, p. 27.

todo o mundo, sobretudo após a vitória dos monoteísmos e a defesa intransigente de sua própria verdade”.<sup>13</sup>

Para ele a grande resistência encontrada pela retórica se deve ao fato dela surgir ligada à sofística e, em razão disto, herdar o preconceito contra esta.<sup>14</sup>

E esse preconceito herdado dos sofistas é fruto do intenso debate que houve entre a escola socrática (representada por Sócrates e Platão) e a escola sofística (capitaneada por Protágoras e Górgias). Para os socráticos, o conhecimento deveria ser transmitido desprovido de qualquer sentimento de compensação, especialmente financeira, pois o filósofo seria, na verdade, o “parteiro das ideias” (numa referência às parteiras que ajudam a mãe a dar a luz), preocupado unicamente em facilitar o acesso ao conhecimento. Em decorrência desse espírito, era comum ver Sócrates andando descalço e maltrapilho pelas ruas, como um mendigo mesmo. Do contrário, os sofistas adoravam realizar aparições públicas e se oferecer para ministrar seus ensinamentos aos jovens, desde que fossem pagos para isso. Além do mais, os sofistas eram contratados para defender, advogar, na praça pública os interesses de outros cidadãos, utilizando-se de estratégias de argumentação, numa perspectiva relativista, oposto às concepções absolutas e universais de Sócrates.

Por seu turno, ainda em defesa da retórica, Adeodato tenta por um fim nesta concepção desfavorável, assim patrocinando:

Tenta-se assim cooperar para combater um equívoco bem difundido, não apenas entre o vulgo, mas também no meio filosófico, qual seja, o de que retórica é exclusivamente ornamento e estratégia para influir

13 ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para o estudo do direito. *Revista Sequência*, nº 56, p. 55-82, jun. 2008, p. 58.

14 *Idem*, p. 59.

na opinião dos incautos. Mesmo considerando a importância dessa função, a retórica vai muito além dela e pode servir como instrumento para situar o seu humano de modo mais adequado no mundo, tanto no que concerne ao conhecimento quanto naquilo que diz respeito ao relacionamento com os demais seres humanos”.<sup>15</sup>

Superadas essas linhas introdutórias e fincadas as bases teóricas de compreensão da temática do presente estudo, é necessário agora dar um passo a frente.

Ficou disposto que para categorizarmos um conhecimento comum em conhecimento científico é necessário, após atingirmos uma aferição intersubjetiva que ultrapasse os limites do indivíduo, proceder com uma justificação racional a fim de podermos conhecer o objeto observável (cognoscível). No que tange ao campo restrito do Direito, esse processo de conhecimento alicerçado numa justificação racional de uma linguagem própria é submetido à disciplina da hermenêutica que “pressupõe uma investigação sobre o universal jurídico, ou seja, sobre a *coisa* direito e o *modo de conhecê-la*”.<sup>16</sup>

15 ADEODATO, João Maurício. *Op. Cit.*, p. 57-58.

16 COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105, destaque do original.

### 3 O problema da hermenêutica constitucional na construção do discurso da objetividade para fugir da subjetividade do direito

#### 3.1 A hermenêutica jurídico-constitucional como espécie da hermenêutica geral: o recrudescimento de antigos problemas retirados da história da interpretação

Avançando na temática, o que se busca neste capítulo é, com base nas propostas trazidas pela Teoria do Conhecimento, trazer à tona o conceito de objetividade apontado por José Vilanova. Objetividade esta construída e inserida pela experiência jurídica e que serve de alguma forma para fundamentar seu discurso enquanto ciência.

Como já dito alhures, o processo de reputação de teorias no âmbito das leis físicas é própria de sua evolução, não sendo concebido que leis opostas convivam harmoniosamente dentro do mesmo sistema. Isso se deve pelo fato delas exprimirem *o que é*, como sínteses de uma experiência por um método empírico-indutivo.

Do contrário, no mundo ético, em geral, e no mundo jurídico, em especial, “as *leis morais* não recebem as suas verdades das condutas que intentam regular, porque não expressam o que *é*, mas apenas o que *deve ser*”.<sup>17</sup>

Por isso é que dizemos que as leis físicas têm natureza descritiva, ou seja, são constituídas de um processo de *explicação* do fenômeno observado, já que é inconcebível julgar a natureza. Ora, o vento venta, a maré marceia e a tartaruga tartarugueia. No mundo do *ser* não há deliberação: uma manga não delibera com a mangueira sobre o momento oportuno

<sup>17</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 106, destaque do original.

de cair da árvore, ela não questiona se o dia está frio, se o chão está lamacento ou se alguém vai comê-la. A manga, no tempo oportuno, simplesmente cai.

Todavia, as leis morais são prescritivas, se ocupam em determinar e orientar o comportamento humano, constituindo um ato gnosiológico de *compreensão*, já que ao homem é permitido deliberar.

E esse *dever ser* é necessariamente dotado de uma imensa carga valorativa.

Mas não poderia ser diferente. Em apertada síntese, é o que o mestre Miguel Reale procurou explicitar na sua Teoria Tridimensional do Direito pelo qual a *norma* é o resultado da expressão de *valores* atribuídos a determinados *atos histórico-sociais*<sup>18</sup>.

E esse processo de valoração conseqüentemente traz alguns nós gordios que o operador do direito precisa desatar.

O fenômeno mais claro que se pode perceber é que a linguagem jurídica é por demais polissêmica, dotada de múltiplos significados e, não raras vezes, impregnada de uma abstração e generalidade ímpar. Imagine-se o esforço que o operador do direito terá ao tentar emprestar um significado à expressão “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, CF), “duração razoável do processo” (art. 5º, LXXVIII, CF), proteção legal “desde a concepção” (art. 2º, CC), para ficar só nesses exemplos. Ou seja, aquela perspectiva clássica de Montesquieu de que o juiz é apenas a boca que pronuncia as sentenças da lei não serve mais.

É justamente disso que cuida a hermenêutica jurídica: a implementação de métodos e técnicas para a correta interpretação da lei.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 497 et seq.

De toda sorte é importante ressaltar que essa interpretação realizada, essa tentativa de diminuir o abismo que separa a generalidade e abstração da norma e a singularidade e concretude da vida, não encerra o debate acerca de sua correta aplicação, já que ela é feita num ambiente próprio, determinado e irrepetível,

(...) com indivíduos situados e datados, historicamente condicionados, portanto, cujas ideias e valores, para não dizer preconceitos e ideologia, se não determinam, pelo menos condicionam, em larga medida, sua visão do direito e da justiça.<sup>19</sup>

Logo, se é assim, a interpretação de uma norma não se encerra nela mesma, pois esse movimento de realização concreta de direito é dinâmico, transmutável, assim como o é a surpreendente e imprevisível magia da vida.

Pegando de empréstimo os ensinamentos do professor argentino Carlos Cossio, essas novas leituras da jurisprudência não podem ser confundidas com erros teóricos, pois

as *viragens* de jurisprudência não são correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração na consciência jurídica, de resto absolutamente normais, porque toda a experiência jurídica é de natureza *estimativa*, e essas oscilações axiológicas ocorrem no âmbito mais geral de valoração de uma mesma lei”.<sup>20</sup>

Neste sentido, o fenômeno do ativismo judicial, permissivo dessas *viragens*, não parece vir na contramão da realização da justiça pelo direito. Por mais que o legislador fosse criativo jamais conseguiria abarcar todas as contingências sociais que se modulam e transmutam numa

19 COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 109.

20 *Apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 110, destaque do original.

velocidade incomum. Isso sem falar na prática cada vez mais comum dos legisladores que, em dada matéria sensível e, não rara, polêmica, reservam-se ao direito da omissão, transferindo a responsabilidade da resposta estatal para o Poder Judiciário, numa verdadeira *politização* da Justiça, já que a este não é dada a prerrogativa de se eximir de julgar sob a alegação de lacuna da lei.

É nesse espaço que se fomenta o exercício da criatividade interpretativa do juiz, principalmente quando se refere à jurisdição constitucional que, a rigor, não conhece limites. Primeiro, porque as cortes constitucionais se situam fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais<sup>21</sup>. Segundo, porque seus preceitos normativos são deliberadamente abertos, indeterminados e plurissignificativos<sup>22</sup>.

Mas uma questão agora se torna imperiosa, sendo ela mesma a força motriz deste trabalho: se estes preceitos normativos são plurissignificativos, qual o critério de escolha entre um e outro? Noutras palavras, é possível emprestar objetividade na escolha do signo aplicado à decisão?

De notável influência para esta obra, pontuais são as considerações do renomado professor Mártires Coelho para quem, nesse processo de interpretação, há sempre um “resíduo incômodo” de voluntarismo e livre convencimento, de arbítrio mesmo. Senão vejamos:

Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete; se, no desempenho dessa tarefa, resta sempre uma irreduzível margem de livre apreciação pelos sujeitos da interpretação; se,

21 É nesse sentido que o jurista alemão Friedrich Muller apelida a Constituição de um Estado de “metacódigo”, favorecedora da dicotomia superior-inferior e deste processo de afastamento, de exclusão mesmo: **Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

22 COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 111-112.

mesmo quando aplicamos uma lei por subsunção, só o fazemos depois de escolhê-la por valoração; se, afinal, tudo for verdadeiro – e parece que o é, ao menos em princípio –, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica aponta para o imperativo de se recuar ao máximo o momento subjetivo da decisão e reduzir ao mínimo aquele ‘resíduo incômodo’ de voluntarismo e de livre convencimento, que se faz presente em toda tarefa hermenêutica. Afinal, em maior ou menor medida, alguma dose de arbítrio sempre está presente quando se interpretam e se aplicam normas a situações concretas.<sup>23</sup>

De sorte que toda decisão, por mais técnica e objetiva que pretenda parecer, está em maior ou menor grau sujeita a algum elemento de arbítrio.

Paremos para analisar: a escolha do tema deste trabalho, a seleção da bibliografia a ser utilizada, a distribuição dos tópicos aqui apresentados são frutos de uma experiência pessoal própria e única, dotada de uma visão prévia e determinada, propriamente subjetiva. Daí, se o sujeito traz consigo todos esses conceitos e valores, até mesmo preconceitos, oriundos de sua particular experiência de vida, não é permitido falarmos em um sujeito neutro e imparcial. Assim também o é o juiz. De tal maneira que qualquer decisão dita por objetiva carrega consigo uma inafastável carga pessoal, subjetiva.

Todavia, existe uma razão em se insistir na construção desta objetividade do discurso jurídico: a de que se permita algum controle e avaliação por terceiros não participantes da elaboração deste discurso. Não é por outro motivo que um dos princípios norteadores da atividade da Administração Pública é o da publicidade e, mais especificamente, há no ordenamento jurídico pátrio expressa disposição constitucional no sentido de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões emanadas serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF).

<sup>23</sup> *Idem*, p. 126.

Caminhando sobre esse terreno árido e rochoso, e sendo imprescindível estabelecer algum parâmetro quanto ao conceito de objetividade (problemática especialmente importante e que determina os rumos deste trabalho), será merecedora de transcrição a lição proferida pelo ilustre jurista e professor argentino José Vilanova, na sua obra *Filosofia de Iderecho y fenomenología existencial*, para quem aquilo que de início é apenas subjetivo pode se tornar objetivo, definindo esta passagem como uma *intersubjetividade transcendental*, noutras palavras, é possível que uma verdade particular se apresente como verdadeira para todos, nestes exatos termos:

Em suma – como anota – o objeto e suas características, que eu enuncio, devem valer não somente para mim, aqui e agora, mas também para qualquer sujeito que se ponha nas minhas condições. O sujeito que realiza um ato de conhecimento transcende o seu mero existir contingente, fático e presente, e se coloca no ponto de vista denominado *transcendental*. Daí que a objetividade se defina como a *intersubjetividade transcendental*, já que ela tem validade não só para mim enquanto sujeito cognoscente, mas também para todos os demais sujeitos que se colocam ou possam colocar-se na posição do sujeito transcendental. Esta intersubjetividade transcendental caracteriza ou constitui a objetividade.<sup>24</sup>

O que se percebe é que essa passagem de mera subjetividade para uma intersubjetividade transcendental – a quem Vilanova denomina de objetividade – em que o ato de conhecimento exercido pelo indivíduo pode ser reproduzido por qualquer um que se ponha nas mesmas condições, não é por acaso o que proposto pelos estudiosos da Teoria do Conhecimento e filósofos em geral a qualificar a maneira pela qual uma mera opinião pode se tornar um conhecimento e, a partir daí, adquirir o *status* de ciência, já explicitado no capítulo anterior.

<sup>24</sup> *Apud* COELHO, Inocência Mártires. *Op. Cit.*, p. 128, destaque do original.

Dando destaque a esse ponto – que é de extrema relevância para o espírito que se propõe este trabalho – é necessário lançar mão mais uma vez das preciosas lições do professor Gutierre da UNESP que assim pontua:

Em outras palavras, embora as observações sejam universalmente empregadas na fundação de nossas crenças, elas são, ao fim e ao cabo, potencialmente frágeis. Por isso, caso se busque uma fundamentação observacional mais robusta, deve ser ela alicerçada sobre bases mais sólidas. Alcançar essas bases seguras é talvez um dos problemas mais complexos e recalitrantes da história da filosofia e não seria possível descrever todos os meandros dessa antiga busca. Mas podemos dizer muito superficialmente que existe um procedimento básico normalmente lembrado quando se procura mitigar a fragilidade essencial de nossas observações individuais subjetivas. Uma observação individual, embora relevante, só adquire peso sólido para a fundamentação de uma opinião caso faça parte de um sistema que congrege a contribuição potencial de outros observadores. Inevitavelmente, condições de observação são variáveis – os observadores são distintos e apresentam acuidades diferenciadas; as condições de tempo e espaço também nunca são rigorosamente as mesmas. O que propicia a confiança que se atribui à observação não é tanto o peso do resultado observacional individual, mas a força do conjunto potencial de observações empregadas para a fundamentação de determinada crença. Quando levamos em conta a afirmação: ‘Existe um mico-leão dourado no setor 5 da reserva florestal de Boracéia’ isso se deve não à impressão sensorial de uma única pessoa, mas à suposição de que essa é uma aferição não subjetiva, isto é, não restrita à impressão isolada de uma única pessoa, mas a todo o conjunto de pessoas que venham a observar o setor 5 da reserva florestal de Boracéia, uma aferição intersubjetiva, aberta a todo e qualquer indivíduo.<sup>25</sup>

Se para a cientificidade de um conhecimento é necessário superar os limites individuais e alcançar esta aferição intersubjetiva, aberta a todos, quanto mais ao tratarmos de um Direito que, não diferentemente, pretenda ser reconhecido como ciência.

25 GUTIERRE, J. H. B.; GONZALEZ, Maria Eunice Quilici; BROENS, Mariana Claudia. *Op. Cit.*, p. 15.

Além do mais, como já dito em outra oportunidade, todo conhecimento científico necessita de elementos tipológicos, categorizadores, reunidos em qualidades comuns a uma série de fenômenos – denominado sistema, sendo este próprio sua justificação racional.

Todavia, a grande dificuldade enfrentada pelo Direito é de que, dentre todas as ciências culturais, é talvez o que mais necessita de elementos tipológicos, classificatórios, de esquemas ideais ou modelos, que prefiguram normativamente uma conduta<sup>26</sup>.

Nesta perspectiva, chama atenção a “necessidade de se pensar o Direito também como *linguagem* ou, no mínimo, sob a compreensão de que ele está vinculado *existencialmente* à linguagem”<sup>27</sup> e, uma vez aceita essa concepção linguística da experiência jurídica, onde “as palavras da lei, por serem recolhidas na linguagem comum, terão normalmente mais de um significado – o significado *nuclear* e os significados *marginais*”<sup>28</sup>, extrai-se que a efetividade do Direito reside cada vez mais na interpretação que é dada aos signos normativos pelos tribunais pelo qual, segundo Kelsen, está ele desta maneira autorizado a criar para o caso concreto a norma que considere mais satisfatória além do que, quanto ao conteúdo de sua decisão, este nunca poderá ser determinado pela norma preexistente de Direito substantivo, funcionando assim como verdadeiro legislador<sup>29</sup>.

Como consequência desta constatação impõe-se que o texto jurídico inaugural “é apenas um *pré*-texto e um pretexto para o começo da sua atividade, e que o *texto final* será ‘escrito’ na e pela interpretação”.<sup>30</sup>

26 REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 56.

27 COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 142, destaque do original.

28 *Idem*, p. 145, destaque do original.

29 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 211-212.

30 BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 149, destaque do original.

### 3.2 Métodos e princípios da interpretação constitucional: a construção pela doutrina constitucional de fórmulas de alcunha objetiva como tentativa de subtrair uma insuperável subjetividade

Sendo a espécie mais relevante de toda interpretação jurídica, a interpretação constitucional cuida exatamente de determinar e fixar o sentido das normas da lei fundamental com vistas a solucionar os problemas de ordem prática que ora se impõem.

Dessa maneira, a doutrina constitucional elegeu métodos e princípios dos mais variados possíveis que, conjuntamente, procuram fundamentar o exercício da criatividade interpretativa do juiz, dando a ela roupagem de objetividade nos seus pressupostos.

E, em razão desta variedade de construções promovida pela doutrina, até certo ponto desordenada, é que reside o grande problema enfrentado pelos intérpretes/aplicadores: a inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho<sup>31</sup>.

Desta maneira, exatamente por serem desprovidos de uma teoria que dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o acesso à Constituição, Mártires Coelho, citando o professor italiano Giuseppe Zacaria, aduz que estes intérpretes/aplicadores acabam escolhendo seus instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhe pacifiquem a consciência, mas certamente nada dirá sobre a racionalidade dessas opções. É que, resume, “o método não pode explicar a eleição do método”<sup>32</sup>.

31 COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 157.

32 COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 158, destaque do original.

De resto, passa-se agora a pontuar os principais instrumentos – métodos e princípios – eleitos pela doutrina constitucional e igualmente trazidos na obra do professor Mártires Coelho.

Quanto aos métodos, estes são classificados em: método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional.

O método jurídico ou hermenêutico clássico segue as regras tradicionais da hermenêutica desenvolvidas por Savigny para quem, na interpretação da lei, deve-se buscar a verdadeira intenção nela consubstanciada, noutros termos a *mens legis*, partindo-se de elementos gramaticais, históricos, lógicos e finalísticos, na perspectiva de que o legislador é soberano sendo o juiz apenas a boca que pronuncia as palavras da lei.

O método tópico-problemático proposto por Theodor Viehweg estabelece que a atividade interpretativa reside num problema, entendido este como uma situação que admite mais de uma resposta, sendo então a tópica (parte integrante da retórica) a melhor técnica aplicável. Em outras palavras, é um método tópico orientado ao problema.

Já o método hermenêutico-concretizador aponta que a leitura de qualquer texto normativo começa pela pré-compreensão do intérprete, a quem compete concretizar a norma.

Por seu turno, o método científico-estrutural é baseado na ideia da Constituição como instrumento de integração, não devendo ela ser vista unicamente sob o ponto de vista jurídico-formal, mas sobretudo sob uma perspectiva política e sociológica.

O método normativo-estruturante parte da premissa que existe uma implicação necessária entre o programa normativo, que são os preceitos

jurídicos, e o âmbito normativo, que é a realidade, ou seja, a norma não se restringe ao texto, mas deve buscar apoio fora do ordenamento a fim de tornar eficazes seus propósitos normalizadores.

Finalmente, o método da comparação constitucional propõe que seja realizada uma comparação entre os diferentes textos constitucionais, num processo de busca e constatação de pontos comuns e divergentes para otimização do seu trabalho.

Já em relação aos princípios interpretativos, são assim dispostos: princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou harmonização, princípio da correção funcional, princípio da eficácia integradora, princípio da força normativa da Constituição, princípio da máxima efetividade, princípio da interpretação conforme a Constituição e princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Pelo princípio da unidade da Constituição sustenta-se que as normas fundamentais não devem ser vistas de forma isolada, mas integradas num sistema unitário de regras e princípios com vistas a evitar suas possíveis contradições.

O princípio da concordância prática ou da harmonização estabelece que, não sendo possível estabelecer qualquer hierarquia entre os preceitos constitucionais, é somente no momento da aplicação do texto ao caso concreto que se pode ponderar os bens ou valores em conflito.

O princípio da correção funcional assenta que o trabalho do intérprete não pode subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional estabelecido na Constituição.

O princípio da eficácia integradora se afirma no ideal de que, no papel interpretativo, deve-se dar mais importância aos critérios que

favoreçam a integração social e a unidade política estampada na lei fundamental.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar preferência àqueles pontos de vista que lhes confirmam maior eficácia.

Já o princípio da máxima efetividade orienta os aplicadores para que interpretem as normas fundamentais em ordem a otimizar-lhes sua eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

Quanto ao princípio da interpretação conforme a Constituição extrai-se que, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, deve-se eleger aquele que as torne constitucionais e não a que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade.

Ainda, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, assentado nas ideias de que o processo interpretativo deve se pautar na ponderação, bom senso, justa medida, equidade, proibição de excesso, prudência etc.

Por fim, depois dessa enxurrada de fórmulas e de engenhosidades desenhadas pela qual o intérprete pode sacar de sua manga, ou melhor, de sua toga, só resta enunciar a irretocável observação do professor Mártires Coelho para quem estes instrumentos, cujos nomes um tanto exotéricos e com definições que se misturam, mais confundem do que orientam os que adentram o labirinto de sua utilização<sup>33</sup>.

Em síntese, como se não bastasse a intransponível condição subjetiva afeta ao processo interpretativo, os métodos e princípios interpretativo-constitucionais, que têm o condão de dar ares de objetividade ao discurso jurídico, encerram enunciados vagos, pueris, confusos e ema-

<sup>33</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.*, p. 158.

ranhados que, ao revés, só demonstra a impossibilidade da experiência jurídica fornecer uma objetividade límpida e cristalina, sem os vícios destas aferições discricionárias.

#### 4 Considerações finais

De todo o exposto, é possível inferir as presentes considerações que no decorrer do trabalho puderam ser constatadas.

A um, de acordo com a Teoria do Conhecimento, o modo de enxergarmos os fenômenos observáveis expressam apenas um dos ângulos pelo qual o objeto cognoscível se apresenta para o observador, o que não significa que existam outros ângulos igualmente existentes, identicamente válidos e que podem expressar a natureza deste mesmo objeto. Neste passo, a ciência apoia suas observações em justificações racionais que extrapolem os limites sensoriais de um indivíduo particular e, estabelecidas através de sistemas explicativos e métodos racionais, esta intersubjetividade pode vir a alcançar o *status* de conhecimento científico, ainda que não se encerre nele mesmo, já que o processo de descoberta de novos horizontes e de reputação de teorias é condição para a evolução da própria ciência.

A dois, visto o Direito como conhecimento científico, espécie das chamadas ciências culturais, também este deve apoiar seus pressupostos em justificações racionais pelo qual essa investigação sobre o universo jurídico e o modo de conhecê-lo particularmente cumpre à Hermenêutica, em especial à Hermenêutica Constitucional que, em decorrência da influência kelseniana, se encontra no topo da pirâmide da estrutura jurídica.

A três, todo processo interpretativo, que tem por função superar o abismo que separa a generalidade da norma e a singularidade do caso concre-

to, é realizado por indivíduos situados, datados e historicamente condicionados, que acabam por refletir as reflexões daquele particular contexto e ambiente, determinantes para estabelecer uma particular visão de direito e justiça. Daí o intenso fenômeno observado na experiência jurídica que é das *viragens* de jurisprudência e, de certo modo, do fomentado ativismo judicial.

A quatro, se o processo interpretativo é realizado num contexto específico e determinante para seu resultado, quando feito no âmbito da jurisdição constitucional parece não encontrar limites, eis que seus preceitos normativos são deliberadamente plurissignificativos, indeterminados e abertos. Neste sentido, a doutrina constitucionalista elegeu métodos e princípios interpretativos sob o discurso de emprestar alguma objetividade na decisão judicial.

A cinco, por esta objetividade leia-se intersubjetividade transcendental, naquela mesma acepção trabalhada pela Teoria do Conhecimento. Desta feita, infere-se que a objetividade do discurso jurídico reside numa particular subjetividade, sendo na realidade o seu núcleo, e que tem validade quando possa ser observada e avaliada por todos quanto se ponham na qualidade deste sujeito cognoscente, a saber, o intérprete/aplicador.

A seis, se já não bastasse a irremediável carga subjetiva inserida no processo interpretativo-constitucional, os métodos e princípios ditos por objetivos e eleitos pela doutrina são, por definição, vagos e imprecisos, constatando-se que essas ferramentas mais confundem e assolam os intérpretes que clareiam seu mister institucional.

A sete, restou comprovado que a experiência jurídica, ao lidar com os processos interpretativo-constitucionais na decisão judicial, é construída pela manipulação de métodos e princípios que, sob um discurso de objetividade, encerram na sua pulsante realidade em manifestações valorativas e pré-determinadas, próprias de uma visão condicionante e essencialmente subjetiva.

### The construction of the discourse of objectivity by legal experience

#### Abstract

The present article to show a construction built by a legal experience, strongly studied, by the doctrine as grounds to justify its speech as a science: the objectivity. Therefore, based on the methodological assumptions established by epistemology that sets the passage of an observation into knowledge, that results in scientific knowledge, this concept of clear and hermetic objectivity inserted in legal discourse is, according to the Argentine master José Vilanova, the results

of individual perceptions that have become available to other cognoscente subjects, constituting at last of a transcendental intersubjectivity, with a considerable valuable load, especially when treated within the constitutional jurisdiction, marked by vague and inaccurate statements.

**Keywords:** Epistemology. Objectivity. Legal discourse. Constitutional hermeneutics.

#### Referências

- ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para o estudo do direito. **Revista Sequência**, n. 56, p. 55-82, jun. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BÍBLIA SAGRADA. Tradução: João Ferreira de Almeida. rev. e atual. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.
- CARDOZO, Teodomiro Noronha. Teoria da Argumentação Jurídica: exigência de correção nos discursos jurídico e prático geral. **Revista da ESMape**, v. 9, n. 20, p. 23-44 – Tomo II, jul./dez., 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: o minidicionário da língua portuguesa. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FRANÇA, Eudes dos Prazeres. A nova Hermenêutica Jurídica e os horizontes não estruturais do Direito: dogmática jurídica dos conflitos e dos textos à decisão concreta. **Revista da ESMape**, v. 13, n. 27, p. 133-144, jan./jun., 2008.

GUTIERRE, J. H. B.; GONZALEZ, Maria Eunice Quicili; BROENS, Mariana Claudia. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://barnard.ead.unesp.br/course/view.php?id=107>>. Acesso em: 15 set. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEDEIROS, Alexandre; MONTEIRO, Maria Amélia. **A invisibilidade dos pressupostos e das limitações da teoria copernicana nos livros didáticos de física**. Cad. Cat. Ens. Fís. V.19: p. 28-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://150.162.1.115/index.php/fisica/article/viewFile/9293/8584>>. Acesso em: 18 set. 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extramoral**. Tradução: Noéli Correia de Melo Sobrinho. Disponível

em: <<http://ensaius.files.wordpress.com/2008/03/sobre-a-verdade-e-a-mentira-no-sentido-extramoral.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

#### Referência do texto

FRANÇA, Jefferson Luiz de.. A construção do discurso da objetividade pela experiência jurídica. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 173-202, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 3 maio. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## Por uma etnografia do discurso da toga: um olhar antropológico sobre a corte especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

### José Soares de Moraes

Mestrando em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, com foco em Antropologia Jurídica, cujo objeto de estudo é a cultura jurídica da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por meio do discurso empreendido durante a realização de suas sessões semanais. Bacharel em Direito. Possui o Curso de Preparação à Magistratura pela ESMape. Especialização em Direito Público pela ESMape. Especialização em Gestão Governamental pela FCAP. Oficial da Polícia Militar de Pernambuco no posto de Capitão.

### Resumo

Este texto pretende lançar uma proposta para elaborar uma etnografia sobre o discurso proferido pelos Desembargadores durante os julgamentos realizados nas sessões da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, a partir de referenciais teórico e metodológico

fornecidos pela antropologia, especialmente da antropologia jurídica e do método da análise crítica do discurso.

**Palavras-chave:** Antropologia Jurídica; Etnografia; Discurso Jurídico; Pluralismo Jurídico.

### Introdução

Como objeto de estudo de um projeto de pesquisa que vem sendo realizado no Programa de Pós-Graduação em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco, e pautado na área de concentração da antropologia jurídica, este artigo propõe uma breve abordagem etnográfica sobre o discurso jurídico proferido pelos Desembargadores

durante o ritual das sessões da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Através de uma observação sistemática e pontuais registros da interação gerada nos debates em que estes Magistrados utilizam dos argumentos retóricos para prolatar suas decisões.

Enquanto no campo jurídico, tem sido notado um significativo aumento do interesse pelas referências antropológicas, alguns antropólogos, por sua vez, passaram a se interessar pela compreensão dos domínios no campo do direito. Afinal, o antropólogo elabora em sua etnografia<sup>1</sup> a tradução da língua e cultura do campo investigado para o seu próprio idioma utilizando o referencial teórico e metodológico da antropologia.

E nessa perspectiva, o campo do direito parece se apresentar um campo social passível de ser analisado sob o “olhar” antropológico. Por ser o direito uma das sínteses culturais transmitidas ao indivíduo, obra da cultura, e, portanto, transformado pelo homem.

Com um recorte do discurso centrado no âmbito do Poder Judiciário Estadual, esperamos “descobrir” o que está sendo produzido durante o ritual das sessões de sua Corte Especial, a forma pela qual as decisões são tomadas, a linguagem que é transmitida, em que momento, para quem, o que significa, o impacto social, o simbolismo e a performance dos atores envolvidos.

Nesse âmbito de análise, tomando como referência os pressupostos e diretrizes epistemológicas de uma antropologia interpretativa, a hermenêutica representa tanto para o direito como para

1 A Etnografia é um sinal distintivo da Antropologia. Apesar das controvérsias apontadas pelos diversos autores, apresenta-se como uma forma específica de construção de uma narrativa sobre um grupo social pesquisado. Para Clifford Geertz, a Etnografia é considerada uma descrição densa por englobar uma multiplicidade de estruturas complexas que o Antropólogo deve apreender e apresentar. De acordo com o mesmo autor, fazer Etnografia é como “construir uma leitura” de um manuscrito estranho, que possui incoerências e exemplos transitórios. GEERTZ, Clifford. **Uma descrição densa**: Por uma teoria interpretativa da cultura. In: A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, p. 13-41, 1989.

a antropologia um importante referencial comum. Tanto que para Clifford Geertz (1997, p.18) o trabalho do antropólogo pode ser comparado ao que poderia ser compreendido como uma espécie de um “novo filólogo”.

O que nos dá curiosidade científica, em buscar explicações de um fenômeno que constrói acordos e consensos, pelo menos provisórios, visando, do ponto de vista jurídico, à resolução dos conflitos de interesses da sociedade; e do ponto de vista antropológico, à instalação de uma categoria “conflito”, cujo entendimento em Max Gluckman (1991, p.71), se apresenta como um dos motores da ação social, adquirindo sentidos e significados atribuídos pelos atores em contextos culturais particulares.

Pretendemos, a partir desta análise, lançar mão da antropologia, não só dos seus métodos de pesquisa, mas também de seu arsenal teórico, para investigar o discurso jurídico empreendido nessas audiências. Numa tentativa de leitura voltada para a pluralidade dos atos praticados pelos verdadeiros construtores da cultura jurídica, sujeitos às contradições, tensões e intenções, posições políticas, afirmação de valores e as disputas de poder, que nos chamam a ver, nos termos de Pierre Bourdieu (1989, p.41), o efeito simbólico do ato jurídico.

## 1 Antropologia Jurídica: um diálogo entre a Antropologia e o Direito

Ao tentarmos investigar por meio de uma leitura antropológica, o discurso jurídico empreendido nas sessões da Corte Especial, estamos definindo como “grande” marco teórico do nosso trabalho, aquilo que a antropóloga Mariana Carneiro Leão Figueiroa (2010, p.55) faz referência em sua dissertação de mestrado, ao buscar algo que remete ao formalismo do direito, mas que ao mesmo tempo

possa ser relativizado pelo fazer antropológico. E nesse sentido, a mesma autora apregoa um olhar antropológico que ajude a perceber o direito em sua dinamicidade, fundamental para um Estado Democrático e Plural.

Tomando por base tais considerações teóricas, passamos a demarcar algumas características comuns existentes entre o Direito e a Antropologia, tão bem retratadas por Geertz (2001, p.22), quando numa perspectiva comparativa entre os fatos e leis, destacava a forma muito pouco útil, em que sempre colocou em campos opostos o enfoque forense e o enfoque etnográfico das análises jurídicas. Além da visão compartilhada por Assis e Kümpel (2001, p.45):

As conexões do direito com a antropologia são evidentes, visto que o ser humano constitui objeto central dessas duas áreas do conhecimento, motivo pelo qual temas como 'igualdade' e 'diferença' são, ao mesmo tempo, jurídicos e antropológicos. Além disso, o direito constitui um dos aspectos da cultura, e esta constitui objeto específico da antropologia cultural. A antropologia, tal como o direito, também se interessa pelos conflitos sociais, principalmente no que diz respeito à intervenção normativa na decisão jurídica desses conflitos, bem como pelo desdobramento da ordem jurídica diante das transformações culturais, sociais, políticas e econômicas.

A antropologia por sua vez, passou por um período de fortalecimento e enriquecimento de suas bases disciplinares, as quais também compreendem o estudo antropológico dos fenômenos jurídicos. E nesse âmbito de análise, dois dos "pais fundadores" da antropologia, como se concebe até hoje, Bronislaw Malinowski e Radcliff Brown, também são os responsáveis pelo estabelecimento dos paradigmas centrais daquilo que pode ser identificado como: a matriz disciplinar da antropologia jurídica.

Foram esses antropólogos britânicos, que começaram efetivamente a delinear as bases da antropologia jurídica, à medida que alguns estudos passaram a conferir maior atenção aos aspectos puramente científicos da teoria do direito em sociedade, abandonando, assim, qualquer pretensão de conferir utilidade colonial a esses estudos.

E no que diz respeito especificamente ao campo da antropologia jurídica, cujos contornos começaram a se definir de forma mais nítida com Malinowski (2003, p.30), quando chamava a atenção na introdução da obra "Crime e costume na sociedade selvagem", publicada originalmente em 1926, que de todos os ramos da antropologia, o estudo do direito dos povos primitivos é o que até aquele momento vinha recebendo a menor atenção e a menos satisfatória.

As diferentes concepções teórico-metodológicas sustentadas por Malinowski e Brown acabaram ressoando não apenas num cenário exclusivamente antropológico, fazendo-se sentir também em um âmbito jurídico, principalmente através das controvérsias entre Paul Bohannan (1973) e Max Gluckman (1991), que apesar de serem juristas de formação, se converteram em antropólogos sob a influência de Edward Evans-Pritchard.

Entretanto, a distinção das propostas antropológicas é evidente, como lembra o antropólogo Guilherme Tavares Marques Rodrigues (2010): "Enquanto Gluckman está interessado em elaborar generalizações comparativas a partir da constatação de elementos comuns nas diferentes sociedades tribais e antigas, Bohannan, pelo contrário, assumindo uma postura mais relativista, está mais interessado no que é específico da cultura estudada, considerada como uma cultura única" (MARQUES RODRIGUES, 2010, p.221).

## 2 O Pluralismo jurídico como “Marco Teórico”

O despertar pelo interesse ao pluralismo jurídico se deu ao presenciarmos uma das sessões da Corte Especial no ano de 2012, em que constava da pauta o julgamento sobre a constitucionalidade de uma polêmica Lei Municipal promulgada pela Prefeitura da Cidade de Caruaru, a qual versava acerca da regulamentação e disciplinamento dos patrocinadores para realização dos festejos juninos naquela famosa “Capital do Forró”. Chamando-nos atenção, não a decisão do mérito em si, mas a discussão travada em torno de uma temática que envolvia, e ao mesmo tempo evocava uma diversidade de interesses categorizados em instituições como: capitalismo, consumismo, economia, cultura, costumes, família, tradição, povo, comércio, relações contratuais, políticas e pessoais. Fazendo-nos refletir sobre as aspirações de um fenômeno que ganha cada vez mais contorno no Direito Brasileiro: O pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico, que na esteira do pensamento de Geertz (2001, p.67): “interessa ao jurista porque é jurídico e, ao antropólogo, porque é plural”, sempre esteve presente no Brasil. Pois este se desenvolveu dentro de um contexto jurídico pluralista e materializado através do relacionamento entre as diversas bases jurídicas que aqui co-habitaram, tais como as das populações nativas indígenas, as dos colonizadores portugueses, e as dos diversos povos que vieram para cá, tais como a dos africanos, holandeses, ingleses, e posteriormente a dos italianos, poloneses, japoneses, dentre outros que construíram as concepções jurídicas pluralistas retratadas por esta miscelânea de culturas.

O sociólogo português Boaventura de Souza Santos (1991,) numa visão pós-moderna do direito, fixa o conceito chave de “interlegabilidade” na tentativa de dar conta da dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico, nos seguintes termos: “Trata-se, outrossim, da sobreposição, articulação e interpretação de vários espaços jurídicos

misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajetórias pessoais e sociais, quer na rotina morna do cotidiano sem história” (SANTOS, 1991, p.165).

Nessa trilha, a antropologia jurídica tem colocado em evidência esse fenômeno, o qual servirá de material para investigação antropológica do nosso intento metodológico. Lastreado pelo teórico do Direito Brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Jr.(1995, p.16) ao fazer alusão que as sociedades estão em transformação, e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico. Pois segundo ele, é possível que no futuro (não tão distante) esse direito instrumentalizado, uniformizado e generalizado sob a forma estatal de organização venha a implodir, recuperando-se em manifestações espontâneas e localizadas, um direito de muitas faces, peculiar aos grupos e às pessoas que os compõem.

Quando a jurista Deborah Duprat (2009, p.78) defende o direito sob o manto da diversidade cultural, reforça a ideia que o Estado Nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, na sua elaboração e aplicação, deve ter esse marco como inafastável. O que é possível perceber em tal proposição, o alerta que faz também a antropóloga Mariana Figueiroa (2010, p.23) sobre o questionamento acerca da centralidade do Estado na elaboração de normas jurídicas, como sendo o cerne das discussões antropológicas sobre o Pluralismo Jurídico.

Já o jurista Antônio Carlos Wolkmer (1997, p.10) estabelece a existência de um pluralismo jurídico estatal, que é reconhecido, permitido e controlado pelo Estado e um pluralismo jurídico comunitário, que age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independente ao controle estatal.

Fato é que teses sobre a investigação do Pluralismo Jurídico, como as desenvolvidas por Boaventura Sousa Santos (1988), ganha relevância

no debate acadêmico: “[...] chamou a nossa atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais. Trata-se de formas de direito infraestatal, informal, não oficial e mais ou menos costumeiro” (SANTOS, 1988, p.149).

Por fim, as teorias pluralistas não pretendem negar a estrutura jurídica estatal, mas sim, demonstrar que concomitantemente a ela, existem outras formas paralelas de produção de direito. Motivo pelo qual o Professor Olney Queiroz Assis (2001, p.14) revela que uma nova orientação da antropologia jurídica tem auxiliado a corrigir o desvirtuamento teórico que consistiu em suprimir dos estudos acadêmicos a produção jurídica não estatal.

### 3 A Antropologia interpretativa e a análise crítica do discurso jurídico

O chamado pós-modernismo na antropologia está diretamente relacionado ao aparecimento do paradigma hermenêutico e sua influência na disciplina, e que estaria a informar aquilo que vem sendo chamado de “antropologia hermenêutica” ou “antropologia interpretativa”.

A antropóloga Mariana Figueiroa (2010) ressalta a importância pedagógica do discurso jurídico enaltecida por Rita Segato: “[...] a tarefa do antropólogo consiste em estudar como os discursos normativos baseados nos direitos humanos e garantias fundamentais são: produzidos, traduzidos, e materializados em uma variedade de contextos sociais, culturais, e jurídicos” (SEGATO, 2006 apud FIGUEIROA, 2010, p.27).

Para tanto, Geertz (2007, p.65) trabalha conceitos como “sensibilidade jurídica”, um ‘ir’ e ‘vir’ hermenêutico, que diz respeito à maneira

pela qual as instituições formais ou não traduzem uma linguagem simbólica – uma linguagem de imaginação – para uma linguagem de decisão, constituindo um tipo específico de direito e justiça. Para o autor, o importante é traduzir os múltiplos significados atribuídos pelos atores do que sejam o direito e justiça. Tal sensibilidade jurídica revela que o direito constitui e é constitutivo da ordem social, sendo as mesmas, fruto de uma realidade local na qual os atores exprimem suas crenças, suas moralidades, valores, códigos e significados compartilhados.

A construção dos fatos jurídicos na visão de Geertz (2007, p.32) são representações, pois são apresentadas em contextos particulares, para atores particulares, em um tempo situado. Portanto, o direito – assim como a magia, o culto, a ciência, a arte – apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido em um contexto específico.

Ele ainda propõe que, através de uma abordagem semiótica da cultura, o antropólogo consiga ganhar acesso ao mundo conceptual no qual vivem os nossos sujeitos, de forma a podermos, num sentido um tanto mais amplo, conversar com eles. Desse modo, o trabalho do antropólogo seria o exercício da interpretação e da crítica sobre essa representação. Visão essa compartilhada por Boaventura Sousa Santos (1988): “A semiótica, bem como a retórica e a Antropologia Cultural têm dado contributos importantes para o estudo da simbolização jurídica da realidade” (SANTOS, 1988, p.160).

Enquanto Erving Goffman (1985, p.59) ensina que os diversos usos da linguagem denotam maneiras específicas de agir e interagir na arena pública, viabilizando um conjunto de códigos que permite a interação dos atores em situações diversas, mediando conflitos, viabilizando acordos ou explicitando posições e hierarquias.

#### 4 Por uma proposta de pesquisa etnográfica do discurso jurídico

Aproveitando o crédito dado por Lévi-Strauss (1989, p.62) à pesquisa etnográfica, em que nenhuma sociedade é perfeita. Por natureza, todas comportam uma impureza incompatível com as normas que proclamam, e que se traduz de modo concreto numa certa dose de injustiça... Como avaliar essa dose? A pesquisa etnográfica mostra-se como uma possibilidade.

É intenção ainda do presente projeto, em prol da elaboração de uma etnografia do discurso jurídico, tomando como referência e método a análise crítica em Boaventura de Souza Santos (1989, p.14), o qual aponta a reflexão hermenêutica como sendo um caminho para transformar o distante em próximo, o estranho em familiar, através de um discurso racional. No nosso caso, esse discurso será aquele emanado do plenário das sessões objeto desse estudo, visando construir um tratado interpretativo, uma vez que um projeto jurídico-antropológico também pode contemplar uma investigação etnográfica sobre como se opera a construção, representação, e transmissão do conhecimento da prática jurídica.

E Já que a etnografia também pode se tornar um meio de se discutir sobre teoria, na medida em que eleva o escrever e a produção de textos ao nível de crítica e reflexão, aplicaremos os conceitos de rito, linguagem, conflito, poder, autoridade, hierarquia e pluralismo jurídico, além de interpretá-los de maneira compreensiva em uma análise própria da antropologia jurídica.

Durante uma sessão da Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no corrente ano, em meio a um acalorado debate entre os membros daquele colegiado, a proclamação do voto de uma determinada decisão judicial, veio a exclamar: “O judiciário não pode se render

ao clamor público [...], a opinião pública pode ser um ‘cheque sem fundo’ [...], nem tampouco ao poder político [...], aos anseios terrestres [...], com vistas a preservar a isenção do juiz”.

Ainda na mesma sessão, a explanação de outro voto, é concluída com a seguinte afirmativa: “O Poder Judiciário não pode dar as costas para os anseios sociais, muito pelo contrário, deve ouvir a sociedade”.

Noutro julgamento, sobre a instauração ou não, de um procedimento administrativo, as opiniões dos 15 (quinze) Desembargadores presentes foram prolatadas em seus respectivos votos, sob as mais diversas formas, conforme anotamos alguns dos breves posicionamentos:

[...] comportamento incompatível com o cargo; idiosincrasia traumática de ordem familiar; impotência como autoridade; excesso, impropriedade e desvio de linguagem; liberdade de expressão; abuso de poder; atitude de civismo; aula espetáculo; autopromoção; coragem invejada; juiz social e não legalista; preocupação com a polis; explosão de sensibilidade; linguagem ‘xula’; feroz, consigo mesmo; desabafo; não conteve o inconsciente; usou a ‘metralhadora giratória’; usou expressões ‘imnóbraveis’; destemido; imprudente; preocupado com a realidade social; clamando no deserto [...].

Diante desses pontuais registros, surge a nossa concordância com a compreensão em Geertz (1989, p. 17) sobre o objeto da Antropologia, o de ser uma ciência interpretativa, à procura de significados daquilo que é construído pelo homem. E é nessa perspectiva que o trabalho etnográfico envolve, além da própria descoberta, um trabalho de interpretação por parte do antropólogo, posição essa que Paul Bohannan (1973, p.280) entende que é na justaposição de ideias previamente desconexas que se encontra o trabalho de interpretação.

## 5 A metodologia empregada no trabalho de campo

Na condição de “observador” munido das teorias antropológicas como ferramentas necessárias para visualizar nosso campo de estudo, aliada a nossa formação jurídica, e, o que naturalmente (ou pelo menos, inicialmente) possa até dificultar, mas não acreditamos ser empecilho em exercitar o “estranhamento” aconselhado por Roberto Cardoso de Oliveira (2000, p.15) quando adverte ser a primeira experiência do pesquisador de campo, a necessidade da domesticação teórica de seu olhar.

O trabalho de campo será desencadeado por meio da observação, descrição e análise do discurso encampado pelos Desembargadores durante os julgamentos nas sessões realizadas todas as segundas-feiras, a partir das 14h00min, na sala de sessões que fica no 1º andar do prédio, conhecido como Palácio da Justiça, atual sede do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, localizado na Praça da República, s/n, no Bairro de Santo Antônio, nesta cidade do Recife. Conjuntamente à efetivação das técnicas de levantamento documental das notas taquigráficas, e entrevistas com todos os Desembargadores participantes.

A pesquisa compreenderá 03(três) etapas distintas, a saber: Realização de uma observação sistemática (acompanhamento *in loco*) das sessões realizadas semanalmente, sentindo, vivendo e dialogando com o discurso e o ritual do grupo; Esta primeira técnica visa descobrir e observar as regras de comportamento dos Magistrados, e como seus fluxos e formas culturais e simbólicas se articulam. Postulando uma metodologia que no dizer de Geertz (1989, p.25) se afine com o conceito de interpretação semiótica, ou seja, não só procurar o discurso do outro, mas o que o outro está querendo dizer. Além da coleta e apreensão (anotações e memórias), a partir daquilo que foi possível compreender da realidade desse campo jurídico.

Na segunda etapa será realizado um exame minucioso através de uma análise documental nas notas taquigráficas das respectivas sessões. Trata-se de um levantamento com o objetivo de penetrar no mundo do discurso jurídico essencialmente escrito, sob a ótica da análise antropológica, identificando uma multiplicidade de estruturas conceituais complexas (conceitos chaves) como os de: linguagem, ritual, poder, conflito, autoridade, hierarquia e pluralismo jurídico. Na tentativa de esclarecer por meio dessa imersão, o que acontece neste campo, tornando-o mais compreensível.

E por fim a realização de entrevistas narrativas com os 15(quinze) Desembargadores que compõem a Corte Especial em análise. Visando aprofundar o significado de suas participações no ritual daquela Corte de Justiça, como por exemplo: O que sentem quando ali estão? Por que o fazem daquela forma? Como vivenciam o ritual? O que pensam sobre os gestos e o debate (oratória)? Além de confrontar com os pontos eventualmente constatados nas etapas anteriores, culminando com a apresentação das explicações antropológicas, sob a forma de texto etnográfico de tão plural evento.

## Conclusão

Esse trabalho, como essencial da etnografia, envolve além da própria descoberta, um trabalho de interpretação, mormente em que a antropologia jurídica também pode direcionar sua abordagem aos aspectos discursivos inerentes às práticas e representações jurídicas. Isto porque o discurso pode ser considerado como “campo de produção cultural” passível de ser abordado etnograficamente, uma vez que nele são representadas relações simbólicas e de poder referentes ao contexto social em que são produzidas.

## 5 A metodologia empregada no trabalho de campo

Na condição de “observador” munido das teorias antropológicas como ferramentas necessárias para visualizar nosso campo de estudo, aliada a nossa formação jurídica, e, o que naturalmente (ou pelo menos, inicialmente) possa até dificultar, mas não acreditamos ser empecilho em exercitar o “estranhamento” aconselhado por Roberto Cardoso de Oliveira (2000, p.15) quando adverte ser a primeira experiência do pesquisador de campo, a necessidade da domesticação teórica de seu olhar.

O trabalho de campo será desencadeado por meio da observação, descrição e análise do discurso encampado pelos Desembargadores durante os julgamentos nas sessões realizadas todas as segundas-feiras, a partir das 14h00min, na sala de sessões que fica no 1º andar do prédio, conhecido como Palácio da Justiça, atual sede do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, localizado na Praça da República, s/n, no Bairro de Santo Antônio, nesta cidade do Recife. Conjuntamente à efetivação das técnicas de levantamento documental das notas taquigráficas, e entrevistas com todos os Desembargadores participantes.

A pesquisa compreenderá 03(três) etapas distintas, a saber: Realização de uma observação sistemática (acompanhamento *in loco*) das sessões realizadas semanalmente, sentindo, vivendo e dialogando com o discurso e o ritual do grupo; Esta primeira técnica visa descobrir e observar as regras de comportamento dos Magistrados, e como seus fluxos e formas culturais e simbólicas se articulam. Postulando uma metodologia que no dizer de Geertz (1989, p.25) se afine com o conceito de interpretação semiótica, ou seja, não só procurar o discurso do outro, mas o que o outro está querendo dizer. Além da coleta e apreensão (anotações e memórias), a partir daquilo que foi possível compreender da realidade desse campo jurídico.

Na segunda etapa será realizado um exame minucioso através de uma análise documental nas notas taquigráficas das respectivas sessões. Trata-se de um levantamento com o objetivo de penetrar no mundo do discurso jurídico essencialmente escrito, sob a ótica da análise antropológica, identificando uma multiplicidade de estruturas conceituais complexas (conceitos chaves) como os de: linguagem, ritual, poder, conflito, autoridade, hierarquia e pluralismo jurídico. Na tentativa de esclarecer por meio dessa imersão, o que acontece neste campo, tornando-o mais compreensível.

E por fim a realização de entrevistas narrativas com os 15(quinze) Desembargadores que compõem a Corte Especial em análise. Visando aprofundar o significado de suas participações no ritual daquela Corte de Justiça, como por exemplo: O que sentem quando ali estão? Por que o fazem daquela forma? Como vivenciam o ritual? O que pensam sobre os gestos e o debate (oratória)? Além de confrontar com os pontos eventualmente constatados nas etapas anteriores, culminando com a apresentação das explicações antropológicas, sob a forma de texto etnográfico de tão plural evento.

## Conclusão

Esse trabalho, como essencial da etnografia, envolve além da própria descoberta, um trabalho de interpretação, mormente em que a antropologia jurídica também pode direcionar sua abordagem aos aspectos discursivos inerentes às práticas e representações jurídicas. Isto porque o discurso pode ser considerado como “campo de produção cultural” passível de ser abordado etnograficamente, uma vez que nele são representadas relações simbólicas e de poder referentes ao contexto social em que são produzidas.

Sendo assim, se a antropologia jurídica nada mais é do que o estudo sobre as práticas e representações jurídicas a partir de uma perspectiva antropológica, ou, em outros termos, o estudo antropológico da cultura jurídica. É fundamental considerarmos, menos os limites que tal rótulo pode colocar, e mais as possibilidades que se abrem quando interpretarmos o discurso que se apresenta nas sessões a serem estudadas.

Nesse contexto, imaginamos estabelecer um diálogo antropológico com as práticas do judiciário, um poder que sempre procurou fugir da “pecha” se de pautar de forma hermética, e tradicionalmente teve que conviver com a “fama” estereotipada do “manda quem pode e obedece quem tem juízo” como ressonância do “Monismo Jurídico”, que na lição de Wolkmer (1997, p.61) fora instituído sob a influência do absolutismo monárquico na sociedade ocidental por volta dos séc. XVII e XVIII, postulando que dentro de um Estado só caberia um direito.

E hoje se depara com o multiculturalismo da difundida pós-modernidade, o exigindo à incorporação ou reconhecimento de um pluralismo jurídico e práticas jurídicas capazes de permitir a construção de novas subjetividades e a redefinição de experiências sociais, em razão das relações sociais serem cada vez mais complexas. Como sinônimo de projeto democrático de emancipação de sociedades emergentes, a fim de desenvolver questionamentos, e oferecer alternativas à tradicional concepção centralizadora do direito positivo estatal, afastando assim, a possibilidade da “crise” que afeta seriamente a eficácia de suas normas.

Quando na Roma Antiga cunhou-se a expressão: “*Roma locuta, causa finita*” estava-se afirmando o postulado político de que quando o Estado se manifesta, decide a discussão, o litígio, a causa, por império político, chegando ao fim qualquer pretensão, e uma vez decidido, todos deverão acatar. Será que esse axioma tem guarida ainda hoje, num Estado Democrático de Direito, onde se veda a superposição de poderes? Ou

encontra resistência dada à necessidade de um diálogo pleno com a sociedade enquanto pluralidade de novos atores e movimentos sociais?

Essas breves inquietações, sinalizam para um mundo jurídico sempre propenso a reflexões epistemológicas e a debates sobre suas racionalidades, e que, portanto, se apresenta como uma possibilidade premente em ser explorado pela cientificidade da Antropologia Jurídica. Quer em sua chave mais dramática do ritual, quer no seu efeito mais simbólico do discurso. Para tanto, faz-se necessário uma avaliação de como essas questões conquistam importância na Antropologia, e em especial quais os principais desafios impostos ao seu método mais distintivo: A Etnografia. E ao mesmo tempo, funcionará como mapeamento inicial das principais questões norteadas na problematização de uma pesquisa etnográfica, a partir do quadro teórico já assinalado.

Instrumentalizando, doravante, o pretense empreendimento antropológico, com as seguintes guias de investigação: Elaborar uma “descrição densa” do discurso jurídico enquanto cultura, ideologia, valor e de poder desse grupo social, abrindo uma reflexão sobre a influência de outros campos sociais na produção da justiça; Observar a compreensão, função e significado das ações simbólicas, e performances dos atores envolvidos durante o ritual das sessões da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco; Analisar o discurso como manifestação de poder e reivindicação de autoridade pelos magistrados dessa Corte de Justiça e o choque entre paradigmas jurídico-culturais (monismo e pluralismo jurídico).

Sendo assim, se a antropologia jurídica nada mais é do que o estudo sobre as práticas e representações jurídicas a partir de uma perspectiva antropológica, ou, em outros termos, o estudo antropológico da cultura jurídica. É fundamental considerarmos, menos os limites que tal rótulo pode colocar, e mais as possibilidades que se abrem quando interpretarmos o discurso que se apresenta nas sessões a serem estudadas.

Nesse contexto, imaginamos estabelecer um diálogo antropológico com as práticas do judiciário, um poder que sempre procurou fugir da “pecha” se de pautar de forma hermética, e tradicionalmente teve que conviver com a “fama” estereotipada do “manda quem pode e obedece quem tem juízo” como ressonância do “Monismo Jurídico”, que na lição de Wolkmer (1997, p.61) fora instituído sob a influência do absolutismo monárquico na sociedade ocidental por volta dos séc. XVII e XVIII, postulando que dentro de um Estado só caberia um direito.

E hoje se depara com o multiculturalismo da difundida pós-modernidade, o exigindo à incorporação ou reconhecimento de um pluralismo jurídico e práticas jurídicas capazes de permitir a construção de novas subjetividades e a redefinição de experiências sociais, em razão das relações sociais serem cada vez mais complexas. Como sinônimo de projeto democrático de emancipação de sociedades emergentes, a fim de desenvolver questionamentos, e oferecer alternativas à tradicional concepção centralizadora do direito positivo estatal, afastando assim, a possibilidade da “crise” que afeta seriamente a eficácia de suas normas.

Quando na Roma Antiga cunhou-se a expressão: “*Roma locuta, causa finita*” estava-se afirmando o postulado político de que quando o Estado se manifesta, decide a discussão, o litígio, a causa, por império político, chegando ao fim qualquer pretensão, e uma vez decidido, todos deverão acatar. Será que esse axioma tem guarida ainda hoje, num Estado Democrático de Direito, onde se veda a superposição de poderes? Ou

encontra resistência dada à necessidade de um diálogo pleno com a sociedade enquanto pluralidade de novos atores e movimentos sociais?

Essas breves inquietações, sinalizam para um mundo jurídico sempre propenso a reflexões epistemológicas e a debates sobre suas racionalidades, e que, portanto, se apresenta como uma possibilidade premente em ser explorado pela cientificidade da Antropologia Jurídica. Quer em sua chave mais dramática do ritual, quer no seu efeito mais simbólico do discurso. Para tanto, faz-se necessário uma avaliação de como essas questões conquistam importância na Antropologia, e em especial quais os principais desafios impostos ao seu método mais distintivo: A Etnografia. E ao mesmo tempo, funcionará como mapeamento inicial das principais questões norteadas na problematização de uma pesquisa etnográfica, a partir do quadro teórico já assinalado.

Instrumentalizando, doravante, o pretense empreendimento antropológico, com as seguintes guias de investigação: Elaborar uma “descrição densa” do discurso jurídico enquanto cultura, ideologia, valor e de poder desse grupo social, abrindo uma reflexão sobre a influência de outros campos sociais na produção da justiça; Observar a compreensão, função e significado das ações simbólicas, e performances dos atores envolvidos durante o ritual das sessões da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco; Analisar o discurso como manifestação de poder e reivindicação de autoridade pelos magistrados dessa Corte de Justiça e o choque entre paradigmas jurídico-culturais (monismo e pluralismo jurídico).

Sendo assim, se a antropologia jurídica nada mais é do que o estudo sobre as práticas e representações jurídicas a partir de uma perspectiva antropológica, ou, em outros termos, o estudo antropológico da cultura jurídica. É fundamental considerarmos, menos os limites que tal rótulo pode colocar, e mais as possibilidades que se abrem quando interpretarmos o discurso que se apresenta nas sessões a serem estudadas.

Nesse contexto, imaginamos estabelecer um diálogo antropológico com as práticas do judiciário, um poder que sempre procurou fugir da “pecha” se de pautar de forma hermética, e tradicionalmente teve que conviver com a “fama” estereotipada do “manda quem pode e obedece quem tem juízo” como ressonância do “Monismo Jurídico”, que na lição de Wolkmer (1997, p.61) fora instituído sob a influência do absolutismo monárquico na sociedade ocidental por volta dos séc. XVII e XVIII, postulando que dentro de um Estado só caberia um direito.

E hoje se depara com o multiculturalismo da difundida pós-modernidade, o exigindo à incorporação ou reconhecimento de um pluralismo jurídico e práticas jurídicas capazes de permitir a construção de novas subjetividades e a redefinição de experiências sociais, em razão das relações sociais serem cada vez mais complexas. Como sinônimo de projeto democrático de emancipação de sociedades emergentes, a fim de desenvolver questionamentos, e oferecer alternativas à tradicional concepção centralizadora do direito positivo estatal, afastando assim, a possibilidade da “crise” que afeta seriamente a eficácia de suas normas.

Quando na Roma Antiga cunhou-se a expressão: “*Roma locuta, causa finita*” estava-se afirmando o postulado político de que quando o Estado se manifesta, decide a discussão, o litígio, a causa, por império político, chegando ao fim qualquer pretensão, e uma vez decidido, todos deverão acatar. Será que esse axioma tem guarida ainda hoje, num Estado Democrático de Direito, onde se veda a superposição de poderes? Ou

encontra resistência dada à necessidade de um diálogo pleno com a sociedade enquanto pluralidade de novos atores e movimentos sociais?

Essas breves inquietações, sinalizam para um mundo jurídico sempre propenso a reflexões epistemológicas e a debates sobre suas racionalidades, e que, portanto, se apresenta como uma possibilidade premente em ser explorado pela cientificidade da Antropologia Jurídica. Quer em sua chave mais dramática do ritual, quer no seu efeito mais simbólico do discurso. Para tanto, faz-se necessário uma avaliação de como essas questões conquistam importância na Antropologia, e em especial quais os principais desafios impostos ao seu método mais distintivo: A Etnografia. E ao mesmo tempo, funcionará como mapeamento inicial das principais questões norteadas na problematização de uma pesquisa etnográfica, a partir do quadro teórico já assinalado.

Instrumentalizando, doravante, o pretense empreendimento antropológico, com as seguintes guias de investigação: Elaborar uma “descrição densa” do discurso jurídico enquanto cultura, ideologia, valor e de poder desse grupo social, abrindo uma reflexão sobre a influência de outros campos sociais na produção da justiça; Observar a compreensão, função e significado das ações simbólicas, e performances dos atores envolvidos durante o ritual das sessões da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco; Analisar o discurso como manifestação de poder e reivindicação de autoridade pelos magistrados dessa Corte de Justiça e o choque entre paradigmas jurídico-culturais (monismo e pluralismo jurídico).

**Ethnography speech toga: an anthropological about the special court of the Court of Justice of the State of Pernambuco**

**Abstract**

This text intends to launch a proposal to develop an ethnography of the speech given by the Magistrates during the trials conducted in sessions of the Special Court of the Justice Tribunal of Pernambuco State, from theoretical and methodological benchmarks provided by anthropology, especially legal anthropology and the critical analysis method of the speech.

**Keywords:** Legal Anthropology, Ethnography, Legal Speech, Legal Pluralism.

**Referências**

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

AZAN JÚNIOR, Celso. **Antropologia e interpretação: explicação e compreensão nas antropologias de Lévi-Strauss e Geertz**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1993.

BOHANNAN, Paul. **Justice an judgement among the tiv**. Londres: Oxford, 1968.

\_\_\_\_\_. **Etnografia e comparação em antropologia do direito**. In: DAVIS, Shelton. **Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívidas e de contrato**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: DIFEL, 1989.

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. **A presença do autor e a pós-mo-**

**deridade em antropologia**. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 21, p. 133-157, jul. 1988.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Entre o estruturalismo e a hermenêutica antropológica**. *Anuário Antropológico* 85, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 289-295, 1986.

\_\_\_\_\_. **Sobre o pensamento antropológico**. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

\_\_\_\_\_. **O trabalho do antropólogo**. 2. Ed. São Paulo: UNESP, 2000.

DAVIS, Shelton. **Antropologia do Direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

DENZIN, N. K. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. Trad. Sandra Regina Netz. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

ERIKSEN, Thomas Hylland. **História da antropologia**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FELDMAN-BIANCO, Bela (org). **A antropologia das sociedades contemporâneas**. São Paulo: Global, 1987.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1995.

FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão. **Ad argumentandum tantum: um olhar antropológico acerca do processo criminal da morte do Cacique Xicão Xukuru**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2010.

**Ethnography speech toga: an anthropological about the special court of the Court of Justice of the State of Pernambuco**

**Abstract**

This text intends to launch a proposal to develop an ethnography of the speech given by the Magistrates during the trials conducted in sessions of the Special Court of the Justice Tribunal of Pernambuco State, from theoretical and methodological benchmarks provided by anthropology, especially legal anthropology and the critical analysis method of the speech.

**Keywords:** Legal Anthropology, Ethnography, Legal Speech, Legal Pluralism.

**Referências**

- ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- AZAN JÚNIOR, Celso. **Antropologia e interpretação**: explicação e compreensão nas antropologias de Lévi-Strauss e Geertz. Campinas: Editora da UNICAMP, 1993.
- BOHANNAN, Paul. **Justice an judgement among the tiv**. Londres: Oxford, 1968.
- \_\_\_\_\_. **Etnografia e comparação em antropologia do direito**. In: DAVIS, Shelton. **Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívidas e de contrato**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: DIFEL, 1989.
- CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. **A presença do autor e a pós-mo-**

**deridade em antropologia**. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 21, p. 133-157, jul. 1988.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Entre o estruturalismo e a hermenêutica antropológica**. *Anuário Antropológico* 85, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 289-295, 1986.

\_\_\_\_\_. **Sobre o pensamento antropológico**. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

\_\_\_\_\_. **O trabalho do antropólogo**. 2. Ed. São Paulo: UNESP, 2000.

DAVIS, Shelton. **Antropologia do Direito**: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

DENZIN, N. K. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. Trad. Sandra Regina Netz. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

ERIKSEN, Thomas Hylland. **História da antropologia**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FELDMAN-BIANCO, Bela (org). **A antropologia das sociedades contemporâneas**. São Paulo: Global, 1987.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1995.

FIGUEIROA, Mariana Carneiro Leão. **Ad argumentandum tantum: um olhar antropológico acerca do processo criminal da morte do Cacique Xicão Xukuru**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2010.

FISCHER, Michael. **Da antropologia interpretativa à antropologia crítica**. Anuário Antropológico 83, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Teoria, técnica e prática – A tarefa de uma nova Antropologia**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

\_\_\_\_\_. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa** – Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Nova luz sobre a antropologia** – Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GIUMBELLI, E. **Para além do trabalho de campo: reflexões supostamente malinowskianas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. vol. 17, n. 48, fev. 2002.

GLUCKMAN, Max. **The judicial process among the barotse of Northern Rhodesia (Zambia)**. Manchester: Manchester Univ., 1967.

\_\_\_\_\_. **Custom and conflict**. Oxford: Blackwell, 1991.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.

KANT DE LIMA, Roberto. **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KROTZ, Esteban. **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales em el estudio del derecho**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural dois**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Os argonautas do pacífico ocidental**. São Paulo: Abril, 1978 (Coleção os Pensadores).

\_\_\_\_\_. **Crime e costume na sociedade selvagem**. (trad.) DIAS, M. C. C. Brasília: UNB, 2003.

MARQUES RODRIGUES, Guilherme Tavares. **Antropologia e direito: a justiça como possibilidade jurídica**. Tese de doutorado. Marília: UNESP, 2010.

PEDRO, E. R. **Análise crítica do discurso**. Lisboa: Caminho, 1997.

PEIRANO, Mariza. **Uma antropologia no plural**. Brasília: UNB, 1991.

\_\_\_\_\_. **A favor da etnografia**. Versão original. Brasília: UNB, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito**. Revista crítica de ciências sociais n 24. Faculdade de economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. Coimbra-Portugal, março, 1988.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. ALVES, Elizete Lazoni. **Iniciação do conhecimento da antropologia jurídica. Por onde caminha a humanidade?** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** São Paulo: Cultrix, 1991.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica.** São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TODOROV, Tzvetan. **Os gêneros do discurso.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, A. C. **O pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** São Paulo: Alfa-ômega, 1997.

#### Referência do texto

MORAIS, José Soares de. Por uma etnografia do discurso da toga: um olhar antropológico sobre a corte especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 203-222, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## O direito do transexual operado à adequação de sua identidade jurídica a sua identidade psicossocial

**Káren Savanna Brilhante Alves**

Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pela ESMape. Bacharela em Direito.

### Resumo

A presente obra tem como objetivo principal expor as razões pelas quais o direito à alteração do prenome e do sexo constantes no registro civil de nascimento do transexual submetido à cirurgia de transgenitalização merece ser guardada na conjuntura jurídico-social brasileira. Parte-se da premissa que o Direito deve acompanhar transformações e atender os clamores e anseios da sociedade contemporânea, sob pena de atuar em desfavor desta. Dada à relevância do tema, tratar-se-á a referida tutela sob a ótica jurídico-constitucional, propondo-se, após os delineamentos iniciais necessários, uma análise dos direitos personalíssimos incidentes ao caso, que fundamentam o direito do indivíduo de proceder com a alteração dos dados pertinentes, fundamental ao emparelhamento de sua identidade civil com a sua identidade psicossocial.

A ausência de legislação específica sobre a matéria, não tem o condão de impedir a alteração necessária no assentamento de nascimento do transexual operado, porquanto esta é corolário da dignidade da pessoa humana, macroprincípio em que se fundamenta toda ordem constitucional vigente. Trata-se, enfim, de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, consubstanciada na revisão da literatura existente no tocante aos interesses tutelados pela Constituição Federal, bem como na análise da legislação infraconstitucional vigente, buscando, de maneira sucinta e objetiva, apresentar considerações gerais para a construção do conhecimento e relevância do tema.

**Palavras-chaves:** Redesignação sexual. Registro civil de nascimento. Prenome e sexo.

## Introdução

É critério para a designação do prenome de indivíduo na ocasião da lavratura de seu registro civil de nascimento, a definição de seu sexo. Este por sua vez, é definido relevando-se apenas os aspectos da genitália externa do infante.

Todavia, a identificação do gênero de um indivíduo não dimana exclusivamente de aspectos anatômicos, razão pela qual deve ser apreciado sob uma perspectiva pluridimensional.

Com efeito, indivíduos podem apresentar um profundo aviltamento por seu sexo biológico acompanhado de um desejo tremendo de pertencer ao gênero oposto, sendo esta a característica imanente da transexualidade. O transexual é severamente inconformado com sua realidade fática, apresentando verdadeira repulsa por seu próprio corpo, o que lhe acarreta, no mais das vezes, a perda do desejo de viver, ante a angústia e a depressão que lhe acometem, decorrentes da sua condição aliada a toda discriminação e preconceitos que sofre em seu meio social.

Indo mais adiante, observa-se que a inadequação físico-psíquica do transexual é capaz de macular gravosamente sua integridade, porquanto abala o desdobramento de sua personalidade, não sendo admissível que o Estado observe inerte a situação de angústia e infelicidade em que vivem as pessoas que desejam haver adequado seu sexo anatômico ao seu sexo psicossocial.

Nesse prisma, é com espeque, máxime nos direitos constitucionais à saúde e à felicidade, entre outros, que possui o Poder Público o dever de custear, através do Sistema Único de Saúde (SUS), todo o tratamento médico-cirúrgico de transgenitalização, dos cidadãos que dele necessitam.

Destarte, uma vez realizada a adequação do sexo biológico ao sexo real do indivíduo, se impõe o ajustamento do seu sexo jurídico ao seu sexo psicossocial, devendo o Estado promover a adequação da identificação civil do indivíduo redesignado, divisando seu bem estar e sua saúde psíquica.

## 1 Apontamentos acerca da transexualidade

Antes de adentrar na análise jurídica da possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização, vulgarmente conhecida por cirurgia de mudança de sexo, e seus reflexos, faz-se necessário definir sexo e sexualidade.

Não obstante a similaridade das nomenclaturas sugerir o contrário, tais termos possuem conceitos diversos. A sexualidade consiste na expressão psicossocial do ser humano, resultante da integração das dimensões sexuais apresentadas pelo indivíduo. A palavra sexo, por seu turno, não obstante apresentar definição que varia conforme o referencial adotado, cuida-se de um dos mais relevantes traços para identificação do indivíduo, sendo responsável por sua qualificação como macho ou fêmea, nesta, porém, não se esgotando.<sup>1</sup>

Destarte, a definição do “sexo real” de um indivíduo decorre necessariamente da conjugação de diversos critérios. Partindo da classificação do jurista Stanzione, tem-se que o sexo se apresenta como um fato composto, com variações de tipos e subtipos quanto aos aspectos cromossômico, gonático, morfológico, psicológico, legal.<sup>2</sup>

1 SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo:** aspectos médicos-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 173.

2 STANZIONE, Pasquale *apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34.

O sexo cromossômico, também denominado de genético, é determinado no momento da fecundação do novo ser. O sexo gonático, conhecido ainda por sexo endócrino, é aquele decorrente das gônadas, isto é, das glândulas reprodutoras, que quando masculinas são representadas pelos testículos e quando femininas são representadas pelos ovários.

O sexo morfológico, por sua vez, resulta da formação das estruturas genitais internas e externas. Cinge-se na aparência ou na forma de uma pessoa no âmbito genital. No que toca ao sexo psicológico, este consiste em uma série de características que poderiam ser descritas como a reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos. Reação esta diferente em razão do sexo ao qual ele pertence, sendo que, de um modo geral, indivíduos do mesmo sexo apresentam reação semelhante.<sup>3</sup>

Por derradeiro, o sexo legal, também conhecido por sexo civil ou sexo jurídico, consiste na designação sexual atribuída ao indivíduo, ainda impúbere, no momento da lavratura de seu Registro Civil de Nascimento, com fulcro na sua aparência anatômica externa. Ultrapassada a conceituação multifacetária de sexo, convém trazer à baila apontamentos acerca da transexualidade.

Ainda persiste o posicionamento que analisa a transexualidade como “transtorno de identidade de gênero”, também conhecido por “disforia de gênero” ou “hermafroditismo psíquico”, assentado na Classificação Internacional de Doenças sob o CID 10 F-64.0 e caracterizando-se pelo desejo de viver e ser aceito como membro do sexo oposto ao que biologicamente apresenta.

Tal posicionamento, entretanto, não será sustentado no presente trabalho. Neste, será adotada a ideia de que a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de

3 SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo:** aspectos médicos-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 173.

gênero.<sup>4</sup> Refutar-se-á aqui, o entendimento de que a sexualidade é obra exclusiva da natureza e que por isso, a identidade sexual do indivíduo deve refletir com exatidão os aspectos atribuídos comumente sua genitália externa.

No que tange a construção do temperamento humano é inegável a sua gama de potencialidades<sup>5</sup>, sendo forçoso concluir que a experiência pessoal e o ambiente cultural em que se encontra inserido o indivíduo influenciam o comportamento adotado pelo mesmo. Em verdade, de uma análise antropológica, verifica-se que muito pouco de instinto há no comportamento humano, sendo este, praticamente em sua totalidade, resultado de um aprendizado socialmente condicionado.<sup>6</sup>

Nessa ordem de ideias, o corpo humano sexualmente considerado é consequência das normas sociais de gênero, que condicionam o pênis à masculinidade e a vagina à feminilidade, impelindo a todo instante os indivíduos a permanecerem reproduzindo em suas interações cotidianas os estereótipos instituídos.<sup>7</sup>

Hodiernamente, o entendimento da transexualidade como transtorno psiquiátrico vem sendo refutado, porquanto a formação da sexualidade humana é por demais, subjetiva, não se apresentando, na órbita do explicável.<sup>8</sup> Em verdade, o ser humano simplesmente não é tão evidente

4 BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade.** São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 15. (Coleção Primeiros Passos; v. 328).

5 MARTINS, Simone. A produção discursiva de um novo paradigma sexual: a transexualidade. **Revista CEJ,** Brasília, Ano XII, nº 42, p. 91-97, jul/set. 2008.

6 PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transsexualismo:** o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

7 BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade.** São Paulo: Brasiliense. 2008, p. 18. (Coleção Primeiros Passos; v. 328).

8 MURTA, Daniela. **Paradoxos entre o acesso a saúde e a patologização:** algumas considerações sobre a psiquiatrização da transexualidade. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST40/Daniela\\_Murta\\_40.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST40/Daniela_Murta_40.pdf)> Acesso em 17 abr. 2013.

quanto se pretende, fazendo-se necessário o reconhecimento de sua heterogeneidade, no intuito de modificar o discurso segregador em que se lastreia a cultura vigente, para assim, permitir livre desenvolvimento sexual de qualquer ser humano.

Feitos os apontamentos pertinentes acerca da transexualidade, imperioso se faz distingui-la de outras formas de vivência da sexualidade que são comumente confundidas por leigos.

Não obstante a praxe, o termo homossexual designa tanto homens quanto mulheres, que apresentem sua libido orientada para as pessoas que apresentem o sexo biológico semelhante ao seu. Difere-se do transexual por não desejar pertencer ao sexo oposto, uma vez que o homossexual não rejeita sua anatomia, tampouco sua genitália externa, sendo esta estimulada e aceita no ato sexual.

No que toca à bissexualidade, é comum entre as pessoas a ideia equivocada de que o bissexual encontra-se numa fase transitória, da qual resultará em uma escolha pela homossexualidade ou pela heterossexualidade. No entanto, o bissexual, que não repudia seu sexo biológico, distingue-se dos demais tipos sexuais, por sentir atração tanto por homens quanto por mulheres, indiscriminadamente. Em verdade, encontram-se satisfeitos em sua condição fluida.<sup>9</sup>

Destarte, assim como a transexualidade, a bissexualidade é uma vivência identitária, uma orientação sexual autônoma construída e desenvolvida com amparo na experiência psicossocial particular do indivíduo, não se tratando, pois, de imaturidade sexual.

No que concerne ao travestismo, *permissa venia* ao entendimento que o considera um transtorno psicológico, desprezando essa conceituação

9 PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 119.

caterra, tem-se que a palavra travesti serve, em suma, à designação do indivíduo que faz uso de vestes típicos do sexo oposto.<sup>10</sup>

Sublinhe-se que tal conduta não é fruto de uma insatisfação do indivíduo com seu sexo anatômico. Diferentemente dos transexuais, que se vestem com roupas atribuídas ao sexo biológico oposto ao que possui para lhes se expressarem psicossocialmente, os travestis as utilizam por funcionam como meio à excitação sexual.<sup>11</sup>

Em arremedo de conclusão do presente tópico, tem-se, em suma, que a orientação sexual vivenciada por cada indivíduo não se define pela genitália externa e pelas características biológicas que apresenta. Ademais, indiferentemente da orientação sexual adotada, não se pode olvidar que o respeito à autonomia das pessoas é imprescindível à construção da sociedade justa e solidária tão almejada pela Constituição Cidadã em vigor, consituindo, porquanto, uma afronta à ordem democrática vigente, o desrespeito à liberdade e à dignidade alheia.<sup>12</sup>

A seguir, serão apresentados alguns dos direitos constitucionais que servem de alicerce à luta pelo direito das minorias sexuais, com especial enfoque para os transexuais e a possibilidade de alteração de seu registro civil de nascimento, após a realização da cirurgia de redesignação de sexo biológico.

10 SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual:** estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.52.

11 SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo:** aspectos médicos-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 160.

12 RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: **Seminário internacional: as minorias e o direito.** Série cadernos do CEJ; vol. 24. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. 2003, p.178.

## 2 Direitos de personalidade correlatos

Os direitos de personalidade são direitos objetivos que visam proteger os atributos exclusivos e intrínsecos de cada indivíduo que compõem a própria personalidade humana. Visam, primordialmente, o comprometimento social na valorização dos aspectos existenciais do ser humano, no intuito de que qualquer indivíduo seja resguardado na sua inteireza física e psíquica, sendo respeitada a autonomia de sua vontade e garantido o mínimo existencial necessário ao seu bem estar.<sup>13</sup>

Feita essa conceituação, convém tecer breves comentários acerca de alguns direitos do ser humano, que por via reflexa, sustentam o direito à identidade sexual.

O direito à vida, expressamente assegurado na Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, apresenta dupla acepção, porquanto abarca o direito de não ser morto, bem como o direito a uma vida digna.

Por sua vez, o direito a privacidade qualifica-se pela autonomia do indivíduo em se expor apenas quando quiser, livre de intromissões. No que toca à intimidade dos transexuais, o preconceito e a discriminação amplamente difundidos contra os mesmos não permitem olvidar de que tais indivíduos são objetos do julgo alheio.

A igualdade, por outra banda, encontra-se expressamente resguardada pela Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*<sup>14</sup>. Deve ser lembrada principalmente em sua acepção material, divisando tratamento igualitário entre os indivíduos que se apresentem em situações equivalentes,

13 FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 179.

14 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)." Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 maio 2013.

e tratamento desigual, na medida de suas desigualdades, àqueles se que encontram em condições desiguais.

Na seara da sexualidade, são reflexos do direito à igualdade, a não discriminação do indivíduo por sua orientação sexual e a possibilidade de alteração do estado sexual, quando assim desejado e necessário à realização da felicidade do indivíduo, porquanto que todos têm direito a esta.

No que concerne à liberdade, esta é elencada, em nossa Carta Magna, como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A ideia de liberdade encontra-se intimamente relacionada ao regime democrático, porquanto este é garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais.<sup>15</sup> No que diz respeito à formação da identidade sexual, é certo que seu exercício encontra guarida no princípio constitucional da liberdade, porquanto a sexualidade é intrínseca à natureza humana, que não se realiza, sem o respeito àquela.<sup>16</sup>

Por seu turno, o direito a felicidade é assegurado constitucionalmente no inciso IV do artigo 3º da Lei Maior, que declara como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie e outras formas de discriminação. Assim, tem-se que é dever do Estado promover a felicidade de todos os cidadãos sem distinção de qualquer natureza.

Por essa causa, a Lei Maior elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica nacional, havendo uma opção expressa pela pessoa em si mesma. É dizer: a dignidade da pessoa humana foi consagrada como valor nuclear da ordem constitucional.<sup>17</sup> No que concerne à sexualidade, âmbito em que se insere a transexualidade, “não é

15 SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 234.

16 DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/16\\_-\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/16_-_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2013.

17 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62-63.

justo que se imponha a um semelhante o suplício de ser aquilo que ele não é, sob pena de se lhe negar o superior direito à felicidade”<sup>18</sup>.

O artigo 13 do Código Civil Brasileiro versa sobre o direito ao próprio corpo<sup>19</sup>. De uma interpretação apressada do mencionado dispositivo legal, tem-se como inadmissível pelo ordenamento pátrio a intervenção cirúrgica de adequação do sexo biológico com o sexo psicossocial do transexual. Todavia, a supremacia do texto constitucional exige que as normas infraconstitucionais se apresentem em harmonia com seus valores e preceitos legais, sob pena de padecerem do vício insanável da inconstitucionalidade.<sup>20</sup>

Por esta razão, é que não obstante o subjetivismo do termo “bons costumes”, presente no mencionado artigo de lei, não é possível uma interpretação amplamente discricionária. Deve o intérprete, no processo de qualificação das condutas sociais como bons costumes, ponderar acerca de sua existência, fundamentos e efeitos, rechaçando os costumes encharcados de ignorância e egoísmo e carentes de plausibilidade moral e legal, ainda que adotados pela maioria.

De igual sorte, não deve se caracterizar como “diminuição permanente da integridade física”, a adequação físico-psíquica, realizada por meio da cirurgia de transgenitalização, posto que esta divisa, em verdade, a preservação da saúde psíquica do transexual, sendo forçoso, desde logo, concluir que o artigo de lei em voga não é impedimento legal à redesignação do estado sexual, quando necessária à realização do direito à felicidade do indivíduo.

18 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 160.

19 “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.” Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 18 maio 2013.

20 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.47.

Por outro prisma, ainda sobre direitos da personalidade que possuem incidência sobre o tema abordado, tem-se que para o exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é fundamental a satisfação das necessidades mais elementares do indivíduo e entre elas, encontra-se o desdobramento da sexualidade.

Esta é atributo componente da personalidade humana, é essencial para o bem estar de qualquer ser humano, apresentando reflexos, nas zonas individual, interpessoal e social. Substancia-se no direito do indivíduo em ser reconhecido e aceito socialmente pelo que é, em outras palavras, no direito de ser amado e respeitado pela sociedade, pela inteireza de sua essência como ser humano.

Com efeito, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, encontra-se intimamente relacionado à efetivação do direito constitucional à saúde, que no caso do transexual, está conectado à possibilidade de adequação de seu sexo biológico com o seu sexo psicossocial.

Ainda divagando sobre o direito à saúde, não se pode olvidar que por vezes, mesmo quando livre do risco de morte ou violência, a incolumidade, física e psíquica do ser humano, padece de cuidados, que se não atendidos, podem prejudicar o seu pleno desenvolvimento e o exercício de sua personalidade e nesta hipótese é que se insere o transexual.<sup>21</sup> Por esta razão, o direito a redesignação do sexo é subjetivo àqueles que necessitam da adequação corpo-mente para o exercício pleno de sua personalidade.

Saliente-se, porém que isso não implica em considerar os transexuais como portadores de transtorno mental ou equivalente, porquanto a saúde é prerrogativa básica de bem estar para qualquer ser humano, devendo sempre ser promovida, inobstante a natureza do fato que venha relegando à infelicidade o indivíduo.

21 VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexuais: adequação de sexo. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano III, n.º31,31 de julho de 1999.

Destarte, negar o *status* de doença à transexualidade não implica em negar assistência à saúde ao transexual no que concerne a sua insatisfação físico-psíquica, haja vista a abrangência universal do direito em apreço, independente dos caracteres particulares do indivíduo ou das condições em a mesma se apresente.

Em verdade, a inadequação físico-psíquica do transexual afeta de modo abrangente a sua incolumidade, mormente psicológica, uma vez que abala o desdobramento de sua personalidade, máxime no âmbito sexual, sendo evidente que nenhum prejuízo haverá para o transexual que deseje, em submeter-se ao procedimento cirúrgico de adequação sexual, ao revés.

### 3 Redesignação sexual

#### 3.1 Do procedimento cirúrgico e da possibilidade de adequação do Registro Civil de Nascimento à nova realidade

A Constituição Federal assegura a todos o direito a uma existência digna, não sendo, desse modo, aceitável que o Estado observe inerte a situação de angústia e infelicidade em que vivem as pessoas que necessitam haver adequada sua identidade jurídica à sua identidade social para o exercício do direito à dignidade humana.

Nessa ordem de ideias, a realização da cirurgia de transgenitalização, é o procedimento capaz de assegurar a integridade da sua saúde psicológica, necessária ao gozo de uma felicidade plena, não se tratando, portanto, de cirurgia estética.

Assim, tem o Poder Público o dever de custear todo o tratamento necessário ao sucesso da cirurgia de redesignação sexual, em favor dos cidadãos que necessitam para promoção ou restabelecimento do seu bem-estar, submeter-se a uma cirurgia de transgenitalização.

Nessa ordem de ideias, tendo em vista a natureza irreversível do procedimento e suas implicações posteriores, necessário se faz que o indivíduo que se submeterá à cirurgia em voga, seja acompanhado por uma equipe médica multidisciplinar, composta por, pelo menos, um endocrinologista, um psiquiatra, um psicólogo e um cirurgião plástico, que analisarão o grau de feminilidade ou masculinidade do paciente<sup>22</sup>, no intuito de assegurar o sucesso do procedimento, ou seja, a satisfação do indivíduo operado em sua nova condição.

Com efeito, o acompanhamento deve ser iniciado antes da cirurgia e permanecer após a sua realização, pelo tempo que for necessário à reintegração do transexual operado na sociedade. Importância especial apresenta o acompanhamento psicológico, em face das dificuldades inerentes, nos mais das vezes, à decisão de alteração de *status* sexual, tais como a ausência do suporte familiar, e o transcurso da demanda judicial aforada com o intuito de adequar sua identidade jurídica à sua identidade psicossocial.

Por outra banda, uma vez realizada a adequação do sexo anatômico ao sexo psicossocial, imperioso se faz o ajustamento do sexo legal àquele, sob pena de tornar ainda mais infame a situação vivenciada pelo indivíduo cirurgiado em seu meio social.

Destarte, reconhecendo, o Estado, a eficácia da cirurgia de transgenitalização, possibilitando, inclusive, sua realização através do Sistema

22 VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Adequação do sexo do transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos.** Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

Único de Saúde (SUS)<sup>23</sup>, deve igualmente, na seara jurídica, prover o bem estar e a saúde psíquica do transexual redesignado, permitindo a adequação de sua identificação civil à sua nova realidade.

Em verdade, permitir a adequação do prenome e do sexo designados no registro civil do transexual operado, é tão relevante quanto à própria realização da cirurgia de transgenitalização, porquanto qualquer conduta diversa implicaria na manutenção descabida e cruel da angústia e dos constrangimentos sofridos pelo indivíduo durante toda sua, ferindo de morte seu direito à uma vida digna<sup>24</sup>, razão pela qual impõe-se uma interpretação teleológica dos dispositivos legais infraconstitucionais que incidem na situação em análise.

O registro civil é instituto criado pelo Direito para dar autenticidade, publicidade, eficácia e segurança aos atos jurídicos.<sup>25</sup> No que concerne ao prenome, recorde-se que este, em geral é definitivo, qualificando o indivíduo durante toda sua vida. Cuida-se, em verdade, do principal elemento identificador da pessoa na sociedade brasileira.

Assim, devido a sua importância, vindo ao mundo com vida, prontamente deve ser assentado o registro civil do infante, designando neste, entre outros dados, o seu nome e sexo civil.

O nome é constituído pelo prenome, que é escolhido de acordo com o seu sexo biológico e pelo patronímico da família. *In casu*, antes de submeter-se à cirurgia de transgenitalização, no mais das vezes, o transexual já é conhecido em seu meio social por prenome condizente a com sua identidade psicossocial, diverso do que consta em seu registro de nascimento.

23 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.707 de 18 de agosto de 2008**, que institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transsexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: < [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html) >. Acessado em: 10 maio 2013.

24 DUTRA, Mariana Silva Campos. **A tutela do transexual no ordenamento jurídico pátrio**. Disponível em: < [http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/21\\_06.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/21_06.pdf) >. Acesso em: 15 abr. 2013.

25 FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 164.

Nos termos da redação dada pela Lei nº 9.708 de 18 de novembro de 1998 ao artigo 58 da Lei nº 6.015/73, que versa sobre os registros públicos e dá outras providências, é possível a substituição do prenome por apelidos públicos notórios.

Desta feita, através de uma interpretação sistemática e teleológica da Lei de Registros Públicos, à luz dos valores albergados pela Constituição Federal vigente, é possível a adequação do nome civil do transexual operado ou não, desde que cuide-se de apelido público e notório, mormente quando seu prenome civil lhe causa infortúnio de toda ordem.

De outra sorte, considerando a eventual hipótese do transexual não haver adotado em qualquer pseudônimo no decorrer de sua vida, é certo que ainda sim é possível a substituição de seu prenome por outro mais adequado a sua nova realidade fática.

É pertinente observar que o parágrafo único do artigo 55 da Lei de Registros Públicos revela a intenção do legislador em não permitir que o prenome seja motivo de execração pública para indivíduo, quando assevera que os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores.

Ora, a manutenção do sexo e do prenome jurídico do indivíduo que houve, através da cirurgia de redesignação sexual, adequado seu sexo anatômico ao seu sexo psicossocial, afronta a *mens legis*, bem como os axiomas constitucionais, porquanto a manutenção de tal descompasso fará de seu usuário, alvo fácil de preconceitos e discriminações, que o submeterão a situações infames e vexatórias, razão pela qual a adequação se impõe.

No que concerne ao gênero, sua designação no assentamento de nascimento é realizada considerando apenas a genitália externa do impúbere. Recorde-se, todavia, que a definição do sexo é plurivetorial, de modo

que ao logo da existência do indivíduo, pode surgir uma incoincidência entre os sexos psicossocial e biológico.

Ora, o princípio da veracidade que norteia o registro público que divisa, sobretudo, a segurança jurídica não pode servir de alicerce ao escárnio social do indivíduo. Tal princípio deve ser interpretado em consonância ao princípio da contemporaneidade, segundo o qual os registros públicos devem ser fiéis aos fatos da vida do indivíduo, sendo a modificação de seu sexo anatômico, bastante relevante em sua vida.

Assim, particularizando a hipótese do transexual, é inadmissível, após a realização da redesignação sexual, a manutenção em seu registro civil de nascimento do gênero que lhe foi atribuído na ocasião da lavratura de seu assentamento de nascimento.

É oportuno ainda salientar, que o assentamento de nascimento anota o fato do nascimento, possuindo efeito declaratório e não constitutivo. Por esta causa, é relativa sua presunção de veracidade, podendo o fato atestado no registro ser desconstituído mediante prova da ocorrência de erro ou falsidade, nos termos do artigo 1.604 do Digesto Civil brasileiro.

No que concerne ao transexual, o direito de vê adequado, a sua realidade fática, o *status* sexual declarado em sua identificação civil não se respalda em erro, tampouco em falsidade. Funda-se, todavia, na Lei Maior que lhe assegura o direito subjetivo de pertencer ao gênero que se identifica psicossocialmente, devendo ser rechaçada toda e qualquer legislação infraconstitucional que ofenda os preceitos insculpidos na Lei Maior.

Desse modo, tem-se que a alteração do nome e do sexo constantes no assentamento de nascimento do indivíduo submetido à cirurgia de transgenitalização é corolário natural do princípio da dignidade da pessoa humana, macroprincípio em que se funda todo ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.2 Efeitos jurídicos da alteração realizada no nome e no sexo constantes no Registro Civil de Nascimento do transexual operado

A segurança jurídica é princípio e tarefa do Estado Democrático de Direito que pugna, para a sua efetividade, a presença, no ordenamento jurídico pátrio, de instrumentos que assegurem a sua preservação, e por via de consequência, a estabilidade das interações sociais. O registro público é um deles, razão pela qual apresenta como norte o princípio da imutabilidade do nome e princípio da veracidade.

Conforme já exaustivamente consignado alhures, a dignidade da pessoa humana “é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais”<sup>26</sup>, de modo que toda interpretação das normas que compõem a legislação brasileira, seja esta constitucional ou infraconstitucional, deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, não por ser este absoluto, haja vista que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais, mas sim por sua relevância no campo da hermenêutica jurídica.

Com efeito, havendo aparente colisão entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, como ocorre nesse particular, deve-se prezar pela manutenção de ambos os valores constitucionais envolvidos, buscando “uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro”.<sup>27</sup>

26 FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p.395.

27 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.

Ora, não se pode olvidar da realidade dos fatos, no intuito de preservar a intimidade do redesignado, em flagrante prejuízo à segurança jurídica, tampouco é possível deixar de adequar a identificação civil do indivíduo redesignado à sua nova realidade, sob pena de condená-lo escárnio social perpétuo.

Destarte, possibilitar a alteração do prenome e do sexo do redesignado, através de uma averbação em seu registro civil de nascimento, atribuindo a mesma efeitos *ex nunc*, com menção expressa de que a averbação decorreu de decisão judicial, é a conduta mais saudável e justa a ser adotada, preservando-se o espírito da Constituição Cidadã.

Deve-se ainda ter em vista a proibição de consignar no registro o termo “transexual”, bem como qualquer referência à alteração realizada em outros documentos do indivíduo, devendo nestes apenas constar o nome e o sexo judicialmente reconhecidos, sob pena de manter a situação discriminatória e constrangedora.

Em assim agindo, assegura-se a necessária preservação da segurança necessária à coletividade em relação à identidade do transexual redesignado, bem como a realização do direito deste à vida digna e dos demais direitos constitucionais que alicerçaram a possibilidade da adequação de seu prenome e seu sexo civil a sua nova realidade.

Uma vez realizada a adequação da identidade civil à realidade fática do redesignado, divaga-se acerca de suas consequências no mundo jurídico, máxime na seara do direito de família.

Assim como os demais seres humanos, o transexual anseia por amor, sendo sua consequência natural o desejo de viver em comunhão e constituir uma família. Nesse ponto, indaga-se: é dever do homem ou da mulher que alterou seu sexo e nome mediante a autorização judicial, por haver se submetido a uma cirurgia de transgenitalização, informar

tal fato ao seu pretense cônjuge? Em sendo casado, faz-se necessário o consentimento de seu consorte para que o indivíduo possa promover sua mudança de sexo?

Com efeito, após a adequação física e legal à verdade psicossocial do transexual, este definitivamente passará a integrar o sexo outrora oposto, livrando-se do estigma de ser ‘transexual’, passando a ser considerado homem ou mulher.

Todavia, considerando que, para a preservação da intimidade do indivíduo, afora a averbação em seu assentamento de nascimento, não deverá constar em seus outros documentos qualquer menção de que o nome e o sexo apresentados são oriundos de autorização judicial, um futuro cônjuge encontrar-se-á a mercê da lealdade e da coragem do transexual operado em compartilhar o seu passado incomum.

Por essa causa é que sendo desvendada pelo consorte a verdade omitida pelo ex-transexual, em até quatro anos da data da celebração do matrimônio, o consorte “enganado” poderá requerer a sua anulação, nos termos do artigo 1.556 cumulado com o inciso I do artigo 1.557 e inciso II do artigo 178, todos do novel Código Civil.<sup>28</sup>

Todavia, é conveniente recordar que a incapacidade para procriação não é condição para validade do casamento, razão pela qual não sendo possível a sua anulação por essa causa. “Deve o casamento ter por base o amor e não a reprodução.”<sup>29</sup>

28 “Art. 1556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.”

“Art. 1557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;”

“Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acessado em: 10 maio 2013.

29 VIEIRA, Tereza Rodrigues. O transexual e o direito de família. In: **A leitura: Caderno ESM-PA**. Belém, v. 3, n. 4, p.76, maio 2010.

Ademais, assevere-se que como qualquer cidadão que preencha os requisitos estipulados, é possível ao transexual submeter-se ao processo de reprodução assistida ou de adoção, porquanto “garantido pela Constituição seu direito de constituir família, para realizar-se íntima e afetivamente, a fim de poder, dentro de seu grupo familiar, desenvolver, juntamente com os seus, o livre desenvolvimento de sua personalidade.”<sup>30</sup>

Outra situação digna de nota é a do indivíduo casado que deseja submeter-se ao processo de transgenitalização para adequar sua identidade anatômica e civil à sua realidade psíquica. Há quem sustente que na hipótese do transexual ser casado e não desejar o fim do enlace matrimonial, dependerá, para submeter-se à cirurgia, do consentimento expresso do consorte.<sup>31</sup> *Permissa venia*, tal entendimento não merece acolhida.

Ora, considerando a natureza personalíssima da definição do *status* sexual que possui cada indivíduo, é inaceitável que a necessidade do transexual de adequar seu sexo anatômico e civil ao seu sexo psíquico esteja condicionada a vontade de terceiro. Com efeito, nada, nem a existência de filhos menores do casal, justifica a condenação de um dos cônjuges a uma vida de angústia e infelicidade ante sua inadequação física-psíquica, em favor de pretensos interesses “superiores” da comunidade familiar.

Firme-se, portanto, que não estando de acordo o consorte do indivíduo que deseja submeter-se ao processo de redesignação sexual, o mesmo poderá apenas requerer a dissolução do vínculo conjugal através do divórcio, não sendo exequível a anulação do casamento por esse motivo. No que toca ao divórcio, saliente-se que não será possível a atribuição de falta ao redesignado pela realização do procedimento, tendo em vista o escopo legítimo da redesignação sexual, qual seja a promoção de sua saúde.

30 SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.156.

31 *Ibidem*, p.124.

Por fim, no que concerne ao direito sucessório, assevere-se que mesmo após a modificação da identidade civil do transexual operado, subsiste seu direito constitucional à herança. Nos termos da legislação que rege a matéria, deve-se sempre que possível, primar pela preservação da real vontade do testador de modo que basta que o beneficiário seja identificável, e não identificado, para que permaneça válida disposição legal ou testamentária em seu favor.<sup>32</sup>

Assim, não bastassem os direitos constitucionais envolvidos, mormente o direito à herança, denota-se que também pela legislação infraconstitucional é assegurado ao transexual, indiferentemente de já haver sido ou não redesignado em sua identificação civil, o recebimento de herança deixada em seu favor, seja ela legítima ou testamentária, não incorrendo qualquer hipótese de incapacidade sucessória.

Por arremate, assevere-se que independente da seara jurídica em que se situe o transexual em um caso concreto, a aplicação do direito deverá sempre pautar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, ante a sua natureza ética e hermenêutica.<sup>33</sup>

Cuida-se, destarte, de princípio ético inafastável, porquanto instrumento balizador de interpretação de qualquer norma legal inserida no ordenamento jurídico pátrio, seja de caráter constitucional ou infraconstitucional, mormente quando envolvidos direitos fundamentais, haja vista o fim último do Direito: a realização da felicidade humana.

32 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões, São Paulo: Atlas, 2009, p. 247.

33 RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7004/4982>>. Acesso em: 18 mai 2013.

## Considerações finais

O ponto central do presente artigo científico consubstanciou-se na análise da controvérsia legislativa acerca da possibilidade, ou não, de alteração do prenome e do sexo no registro civil de nascimento do transexual submetido à cirurgia de transgenitalização, considerando as características peculiares do direito a identidade sexual desse indivíduo.

Em apertada síntese, firmou-se que a identidade sexual, sendo atributo componente da personalidade, é tremendamente relevante para o bem estar do indivíduo, uma vez que apresenta reflexos em todos os seus prismas de atuação na sociedade.

Hodiernamente, o Poder Público já reconhece a necessidade de adequação do sexo biológico com o sexo psicossocial do indivíduo transexual, de modo que é possível a realização da cirurgia de transgenitalização através do Sistema Único de Saúde (SUS).

Igualmente na seara jurídica, deve o Estado prover o bem estar e a saúde psíquica do transexual, permitindo a adequação da identificação civil do redesignado à sua nova realidade, sob pena de persistir em sua vida constrangimentos e humilhações em razão do descompasso em voga.

Assim, não obstante a Lei nº 6.015/73 não prever expressamente a possibilidade de alteração do prenome e do sexo na identificação civil do indivíduo submetido a uma cirurgia de redesignação sexual, a mesma não deve servir de óbice a sua realização, devendo ser interpretada de forma sistemática e teleológica, à luz dos preceitos insculpidos na Constituição Federal, máxime no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentáculo de toda ordem jurídica brasileira.

Em verdade, o princípio em testilha deve ser tido como um instrumento balizador de interpretação para todo e qualquer dispositivo de lei, máxime quando no caso concreto encontra-se em risco a tutela de direitos constitucionais elementares, tal como o direito ao livre exercício da identidade sexual, que para o transexual deve abarcar a possibilidade de adequar ao seu sexo psicossocial, o seu sexo anatômico, bem como o seu sexo jurídico.

**The right of transsexuals operated the adequacy of their legal identity to their psychosocial identity**

## Abstract

The present essay has as major achievement to expose the reasons why the transsexual who has been submitted to a sex reassignment surgery should have the guaranteed right to the change of forename and gender in the birth certificate in the Brazilian legal system. Starting from the premise that the Law must go in pursuit of the transformations of the contemporary society and to correspond to its aspirations, under the penalty of acting against society. Given the relevance of the subject, the referred guardianship will be approached under the legal and constitutional perspective, proposing, after the initial necessary delimitation, an analysis of the fundamental rights relevant to the case, that substantiate the individual right to proceed with the alteration of pertinent data, primordial to correlate the individual

civil identity with the psychosocial one. The absence of specified legislation about the subject can't hinder the necessary change in the birth certificate of the transsexual submitted to a sex reassignment surgery, because it's the corollary of the dignity of human beings, macro-principle in which the entire current constitutional order is substantiated. It is, after all, a qualitative, bibliographic and documental research, based on the review of existent literature about the behalf tutored by Federal Constitution, so as in the analysis of the legislation in force, longing for, in a short and objective way, showing general considerations to the building of the knowledge and relevance of this theme.

**Keywords:** Rex reassignment surgery. Birth certificate. Forename and gender.

## Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 515 p.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção Primeiros Passos; v. 328). 190 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 608 p.

\_\_\_\_\_. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/16\\_\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em: 18 maio 2013.

DUTRA, Mariana Silva Campos. **A tutela do transexual no ordenamento jurídico pátrio**. Disponível em: < [http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/21\\_06.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/21_06.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus Liberdade de Expressão e Informação**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000. 208 p.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1101 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. 508 p.

MARTINS, Simone. A produção discursiva de um novo paradigma sexual: a transexualidade. **Revista CEJ**, Brasília, a. XII, n. 42, p. 91-97, jul/set. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. xli, 1486 p.

MURTA, Daniela. **Paradoxos entre o acesso a saúde e a patologização: algumas considerações sobre a psiquiatrização da transexualidade**. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST40/Daniela\\_Murta\\_40.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST40/Daniela_Murta_40.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transsexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 289 p.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. **Seminário internacional: as minorias e o direito**. Série cadernos do CEJ; vol. 24. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. p.165-185, 2003.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7004/4982>>. Acesso em: 18 maio 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 926 p.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médicos-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 173 p.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 276 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**, São Paulo: Atlas, 2009. 420 p.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Adequação do sexo do transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos**. Disponível em: <<http://www3.mackenzie.br/editora/index.php/ptp/article/viewFile/1113/822>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. O transexual e o direito de família. **A leitura: Caderno ESMAPA**. Belém, v. 3, n. 4, p. 75-79, maio 2010.

\_\_\_\_\_. Transexuais: Adequação de Sexo. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, a. III, n. 31, p. 32-33, jul. 1999.

#### Referência do texto

ALVES, Káren Savanna Brilhante. O direito do transexual operado à adequação de sua identidade jurídica a sua identidade psicossocial. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 36, p. 223-248, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 7 maio 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## Breves considerações sobre *Habeas Corpus*: admissibilidade e cabimento nas transgressões disciplinares da Polícia Militar do Estado de Pernambuco

### Marcondes Bezerra de Souza

Militar/PMPE. Pós-Graduado em Engenharia Econômica e de Avaliações – UFPE/2001.

Pós-Graduado em Direito Público – ESMAPE/2010.

Advogado não militante. Professor de Direito Administrativo e Constitucional, NEME e Instituto Ariadnes-Limoeiro. Especialista Legislação de Trânsito – PMPE.

Leciona cursos preparatórios para concursos em Limoeiro.

### Resumo

Com fulcro nos ditames da Constituição Federal de 1988 e nas Legislações Infraconstitucionais consultadas e esmiuçadas neste trabalho é cediço que existe muito por fazer para efetivar as garantias e direitos insculpidos na “Leis das Leis”. Os códigos disciplinares militares, especificado por cada instituição militar dentro dos Estados, e principalmente a Legislação Disciplinar da Polícia Militar de Pernambuco precisa está em conformidade com o texto Constitucional, inconcebível que se admita regulamentos disciplinares que não convém de procedimento na apuração de infrações administrativas disciplinares militares, prezando pelo

fim colimado ao estado democrático de direito, que haja mudança e adequação da instituição militar a novel ordem constitucional, sem que exista prejuízo para hierarquia e disciplina militar, viga mestra de um órgão de Segurança Pública “Polícia Militar de Pernambuco”, com quase 200 anos de história e glória. Os Policiais Militares quando não observam os imperativos da hierarquia e disciplina ficam sujeitos ao ditames legais de seus códigos disciplinares, impondo-lhe sanções (punições) disciplinares militares indo desde uma simples advertência por escrito ou verbal, até a prisão (cerceamento de liberdade), ou ainda mais grave o licenciamento

jo ex-officio ou exclusão a bem da disciplina. A hermenêutica desempenhada pelo judiciário não tem divergido de muitos doutrinadores. Entretanto, os tribunais regionais têm desempenhado um papel fundamental a fim de atualizar a jurisprudência, reconhecendo não

somente aqueles pressupostos, porém outras práticas irregulares normativas e procedimentais que ensejam o cabimento do Habeas Corpus.

**Palavras-chave:** Habeas Corpus. Polícia Militar de Pernambuco. Disciplina. Punição

## Introdução

O presente trabalho científico tem por objeto de estudo o *Habeas Corpus*, como fundamento de aplicabilidade e cabimento nas transgressões disciplinares na organização Polícia Militar do Estado de Pernambuco. Órgão de Segurança Pública, com fundamento na Constituição Federal de 1988, em seu artigo. 144 § 5º. Tendo como ideia e fulcro principal o remédio constitucional do *Habeas Corpus*, no seu cabimento e admissibilidade frente às punições disciplinares militares, principalmente atrelados à doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores, tais qual o STF – Supremo Tribunal Federal. E STM – Superior Tribunal Militar.

A Carta Constitucional de 1988 estatuiu no seu art. 42 *In Verbis*: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Uma vez que nossa *Carta Magna* é clara no seu art. 5º, LXI “ninguém será preso se não em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime militar, definidos em Lei;” fica límpido o texto do ordenamento maior fazendo alusão ao cabimento da prisão nas infrações disciplinares no âmbito da disciplina castrense, seja no nível

federal (Marinha, Exército e Aeronáutica) e estadual (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares).

A finalidade deste trabalho é escrever sobre o cabimento e admissibilidade do remédio heroico, *Habeas Corpus*, especificando, fundamentando e teorizando sua aplicabilidade prática destacando a condição de ação penal de conhecimento com rito pormenorizado e específico. Fazendo alusão a casos concretos especificado na doutrina e jurisprudência a importância nos pilares basilares das corporações militares, com fim colimado na hierarquia e disciplina “Caserna” de modo *Lato Sensu*.

Partindo desses pressupostos o trabalho teve como objetivo geral estudar como o *Habeas Corpus* é teorizado e aplicado na Polícia Militar do Estado de Pernambuco. Para tanto, foram elaborados os seguintes objetivos específicos: escrever sobre a Polícia Militar do Estado de Pernambuco; identificar a aplicabilidade do *Habeas Corpus* nas transgressões disciplinares na corporação do Estado de PE.

Quanto aos aspectos metodológicos utilizados no trabalho, no que se refere aos seus objetivos, define-se como descritivo. Segundo Gil (2002), “visa à descrição das características de determinada população ou fenômeno ou ainda, o estabelecimento de relações entre variáveis”.

O presente trabalho classifica-se do ponto de vista da abordagem do problema, como qualitativo e, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, como bibliográfico. De acordo com Marconi e Lakatos (2004), “a pesquisa qualitativa analisa e interpreta aspectos mais profundos, descrevendo a complexidades do comportamento humano”. Segundo Gil (2002) “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em materiais já elaborados, principalmente livros e artigos científicos”. Neste sentido, os dados deste trabalho foram coletados através de livros e de *sites* pesquisados na Internet, com a finalidade de atender o objetivo proposto.

O trabalho foi estruturado em três capítulos. Sendo que:

No Capítulo I – A Profissão Policial Militar – aborda toda legislação pertinente à profissão bem como as características do Labor Policial Militar.

No Capítulo II – Remédios Constitucionais na Carta Magna de 1988 – consta da Constitucionalização do *Habeas Corpus*, seu conceito e Natureza Jurídica, sua Legitimidade Ativa e Passiva.

No Capítulo III – Admissibilidade e Cabimento do Habeas Corpus nas Transgressões Disciplinares Militares – encontra-se uma análise da punição disciplinar e da sanção administrativa imposta ao Militar do Estado de Pernambuco.

A disciplina é o respeito à Hierarquia no Meio Militar decorrem de um conjunto de vínculos racionais e morais que ligam o militar à pátria e ao serviço tais deveres estão disposto no art. 30, I a IV, do estatuto dos militares estaduais, *in verbis*: “A dedicação integral ao serviço Policial Militar e a fidelidade à instituição a que pertence, mesmo com o sacrifício da própria vida”.

## CAPÍTULO I

### A PROFISSÃO POLICIAL MILITAR

A Lei nº 6783, de 16 de Outubro de 1974 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Pernambuco), especifica no art. 19, cargo Policial Militar é aquele que só pode ser exercido por policial militar em serviço ativo. O art. 22 define função Policial Militar, obrigações estas que devem ser compatíveis com o correspondente grau hierárquico e definidas em legislações ou regulamentação específicas a cada organização militar.

Destarte, os Servidores Militares são regidos por Estatutos próprios “Legislações Castrenses” que discriminam os seus direitos e obrigações pertinentes ao exercício de seu *Labor* como funcionário diferenciado que é não podendo fazer movimentos grevistas e/ou associar-se para tal fim, pois é vedada na Norma Constitucional.

O Estatuto dos Polícias Militares do Estado de Pernambuco define em seu art. 12, a hierarquia e a disciplina são a base institucional da Polícia Militar. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. Na Polícia Militar de Pernambuco existem hoje respectivamente os seguintes postos e graduações, citados aqui em ordem decrescente: Oficiais superiores (Coronel PM, Tenente-Coronel PM e Major PM); Oficiais intermediários (Capitão PM); Oficiais subalternos (Primeiro-Tenente PM e Segundo-Tenente PM); Graduados Subtenentes e Sargentos (Subtenente PM, Primeiro-Sargento PM, Segundo-Sargento PM e Terceiro Sargento PM); Cabos e Soldados (Cabo PM Soldado PM); Praças especiais (Aspirante-a-Oficial PM, Alunos-Oficiais PM “Cadetes”); Praças (Alunos do Curso de Formação de Sargentos PM e Cursos de Formação de Cabos PM). Nas Policiais Militares Instituídas nas 26 (vinte e seis) unidades da Federação e o Distrito Federal, excluindo os postos relativos a oficiais gerais que não existem em tais corporações os demais postos e graduações seguem a mesma hierarquia e denominações utilizadas no Exército Brasileiro.

As patentes e graduações, com prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em plenitudes aos oficiais e praças da ativa, da reserva ou reformados das Forças Armadas (Exército, Aeronáutica e Marinha), das Policiais Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos territórios e do Distrito Federal, sendo-lhes privativos os títulos, postos, graduações e uniformes militares. A lei maior estabelece no seu art. 42, § 1º:

Aplicam-se aos militares dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, além do que vier a ser fixado em Lei, as disposições do art. 14,

§ 8º, do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a Lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

As Polícias Militares e Corpos de Bombeiros o art. 125, § 4º estatui que competem à Justiça Militar Estadual processar e julgar os Policiais Militares e Bombeiros Militares nos crimes militares definidos em Lei, cabendo ao Tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduações das praças. Como é cedido a nível Estadual termos a Justiça Militar especial para dirimir e julgar os crimes e transgressões militares, a qual é denominada Auditoria Militar. Órgão especializado para julgamento das contendas militares atrelado ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

## 1.1 Características do labor Policial Militar

O servidor Policial Militar em função das atribuições e competências, também do Regime Laboral que lhe é imposto, e ainda as diversas legislações a seguir no ordenamento militar, tais como, código disciplinar, código penal militar, código de processo penal militar, regulamento de continência, regulamento de serviços gerais pertinentes à estrutura hierarquizada dos quartelamentos, dentre as legislações pertinente ao Direito Comum; estão os referendados servidores especiais sobre rígida disciplina militarizada com escalonamento vertical funcional, sendo sancionado mais severamente.

Destarte o risco de vida, seja nos treinamentos, na sua rotina diária ou no caso excepcional e eminente de Guerra declarada, é sempre possível àqueles que se dedica a atividade Policial Militar acontecer eventos extraordinários que a função os obriga a permanecer no exercício da função. De modo que podemos afirmar com certeza que a função

militar exige o comprometimento da própria vida, direito assegurado constitucionalmente, sendo uma garantia individual de todo cidadão.

A partir do momento em que o jovem soldado faz o julgamento perante o pavilhão nacional assume o real comprometimento com os preceitos, legislações, código de ética Policial Militar e outros valores típicos dos militares estaduais.

Tal juramento e compromisso estão prescritos nos art. 31 e 32, da Lei nº 6783, 16 de Outubro de 1974 – Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Pernambuco, proferindo as seguintes palavras:

Todo cidadão, após ingressar na Polícia Militar mediante inclusão, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres Policiais Militares e manifesta a sua firme disposição de bem cumpri-los.

O compromisso a que se refere o artigo anterior terá caráter solene e será prestado na presença da tropa, tão logo o Policial Militar tenha adquirido um grau de instrução compatível com o perfeito entendimento de seus deveres como integrante da Polícia Militar, conforme os seguintes dizeres:

Ao ingressar na Polícia Militar do Estado de Pernambuco, prometo regular a minha conduta pelos preceitos da moral, cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinada e dedicar-me inteiramente ao serviço Policial Militar, à manutenção da Ordem Pública e à segurança da comunidade, mesmo com o risco da própria vida.

O Policial Militar em serviço ativo, de acordo com a legislação de movimentação de praças e oficiais, de conformidade e a necessidade do serviço ser movimentado mediante ato de transferência para qualquer

região do estado, seja zona da mata, agreste e sertão, para servir nas diversas organizações militares espalhada na circunscrição estadual.

A hierarquia e disciplina a que estão submetidos os militares estaduais que, de conformidade com o art. 12 do Estatuto dos Militares, são a base institucional de toda organização militar estadual, com certeza são as características frisantes dos profissionais dos militares do estado. Tendo em vista a não observância rigidamente aos preceitos legais e regulamentares ficam sujeitos à prisão disciplinar militar, a qual é cumprida nos quartéis.

A merecedora observância e importância de tais preceitos foram evidenciadas e especificadas pelo ilustre e insigne, Fortunato, segundo o qual:

As características maiores das forças armadas são a rígida disciplina e a hierarquia rigorosa, não cabendo a seus integrantes qualquer manifestação opinativa contra as determinações ou as pessoas de seus superiores, mesmo após estarem na reserva. Em outras palavras, os oficiais da reserva não podem fazer críticas aos oficiais da ativa, podendo ser punidos. Fortunato (2000).

Tal característica por analogia e prescrito no próprio texto constitucional é aplicável aos Policiais Militar Estadual. Não obstante tais especificidades e imposições institucionais a que são submetidos os militares, a CF/88, apesar do significado avanço que trouxe em matéria de direitos e garantias individuais e direitos sociais, restringiu alguns e, diga-se de passagem, importantes, direitos aos militares.

## 1.2 Poderes hierárquico e disciplinar

Está pacificado tanto na doutrina e na jurisprudência que os poderes hierárquicos e disciplinares convivem harmoniosamente com outros poderes, tais como vinculado, discricionário, regulamentar e de polícia, os quais constituem poderes administrativos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000) conceitua poder disciplinar é o que cabe à administração pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Assim como a ilustre autora enfatiza que a hierárquica é um princípio, um critério de organização administrativa, em decorrência do qual um órgão se situa em plano de superioridade com respeito a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros mais, e assim por diante, dando lugar a uma característica pirâmide; em seu ápice encontra-se o chefe do poder executivo, de onde emanam as diretrizes para os órgãos inferiores; estes, por sua vez, fornecem os elementos e preparam as decisões dos órgãos superiores.

A Polícia Militar de Pernambuco, como órgão detentor do aspecto estruturado em forma piramidal hierarquizado em todos os seus patamares, submetido também ao poder disciplinar para que a autoridade administrativa tenha competência disciplinar sobre determinado funcionário, pois é o que se observa no cotidiano das organizações militares estaduais.

Em conformidade com a legislação castrense, Lei 6783/1974, diz expressamente:

Art. 12 – A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Polícia Militar. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia Policial Militar é a ordenação de autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura da Polícia Militar. A organização se faz por postos

ou graduações; dentro de um mesmo posto ou de uma mesma graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação o respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e a acatamento integral das leis, regulamentos normas e disposições que fundamentam o organismo Policial Militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

O art. 42 da Carta Constitucional de 1988 coloca a hierarquia e a disciplina como base das organizações militares estaduais, assim como no Distrito Federal. Isto qualifica e reafirma a finalidade e importância de tais institutos no meio Militar.

O culto aos símbolos nacionais; a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; a disciplina e o respeito à hierarquia; o rigoroso cumprimento das obrigações e ordens; e a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

A administração pública militar previdente contra possíveis deslizos e falhas impõem medidas coercitivas a fim de fazer valer suas regras sobre aqueles que estão sob seus poderes, tanto hierárquico quanto disciplinar.

Da satisfação de cumprimento de tais normas e regras surgem os regulamentos disciplinares, que no meio militar, especificamente, são bastante rígidos, ficando o Servidor Militar Estadual sujeito a punições disciplinares severas, inclusive restringindo sua liberdade como exemplo poderia citar uma punição de prisão cumprida no quartelamento.

Os regulamentos disciplinares militares vislumbram uma visão simplista e pormenorizada a forma e os instrumentos de concretude de valor e observância aos militares dispostos nos estatutos dos policiais militares estaduais.

### 1.3 Punição disciplinar militar estadual

A expressão punição disciplinar, quando seguida do adjetivo militar, tem o seu conceito esmiuçado, pois a disciplina militar é uma disciplina diferenciada se tomada em relação à disciplina posta aos servidores civis do estado, Distrito Federal, União e Município, uma vez que é pormenorizado de institutos e conceitos próprios, estando os militares estaduais sujeitos a imposições de tratamentos e comportamentos sobre responsabilidade imperativa da autoridade superior, exemplo, um capitão PM, dar ordens legais a um tenente PM, pela situação de hierarquia e comandamento, o oficial subalterno (Tenente) deve obedecer. Estando a aludido oficial atrelado a preceitos, normas, obrigações e deveres da legislação Castrense. O que de regra não existe em relação aos funcionários civis (A hierarquia e disciplina) é abrandado, não existindo tanto formalismo quanto para os militares.

A lei nº 11817, código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco, em seu art. 1º reza:

O código disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco tem por finalidade instituir o regime disciplinar dos militares estaduais, cabendo-lhe especificar e classificar as transgressões disciplinares militares, estabelecer normas relativas à amplitude e aplicação de penas disciplinares, classificar o comportamento das praças, definir os recursos disciplinares e suas formas de interposição, além de regulamentar as recompensas especificadas no Estatuto dos Militares Estaduais.

Ainda a própria codificação em seu art. 13, reza que:

Transgressão disciplinar militar, para os fins deste código, é toda ação ou omissão praticada por militar estadual. Que viole os preceitos da ética e os valores militares, ou, que contrarie os deveres e obrigações

a que o mesmo está submetido, constituindo-se em manifestações elementares e simples que não possam ser tipificadas como crime ou contravenção.

É cediço que a transgressão disciplinar, diferencia-se do crime propriamente militar, pois aquela na violação a manifestação elementar e simples, e o crime militar, na expressão mais complexa e acentuada anormal da tipificação na Legislação Castrense. A transgressão disciplinar constituir-se pela não observação de disposição regulamentar Castrense ou de ordem emanadas dos superiores hierárquicos, de um modo geral. A transgressão disciplinar somente os militares estão sujeitos, enquanto os crimes militares quando impróprio ou próprio poderá ser cometido por qualquer cidadão.

É sabido que o conceito e especificidade de transgressão disciplinar é bastante elástico, assim como o poder discricionário da autoridade militar em seus diversos escalões, que tendem o poder disciplinar, portanto depende tão somente do seu livre arbítrio considera como transgressão disciplinar todas as ações ou omissões que vá de encontro a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe Policial Militar e outras prescrições estatuídas na legislação castrense, assim como aquelas praticadas contra normas e ordens de serviços, emanadas de autoridade competente superior.

As transgressões disciplinares com elasticidade conceitual e não prevista na lei, pois hoje as policiais militares de todas as unidades federativas, adequaram suas legislações disciplinares em consonância com o texto constitucional de 1988, uma vez que a nova *Carta Magna* especificou com relação tanto ao processo administrativo quanto ao judicial todas as garantias preceituadas no artigo 5º, inciso LV.

A determinação da gravidade da punição disciplinar é definida por meio de um julgamento previsto nos arts. 21 a 23 do código disciplinar,

que considera critérios objetivos e subjetivos, relacionados ao objeto da transgressão e também a situação do transgressor; malgrado a extensão dos mesmos, cremos ser pertinente suas transcrições:

Art. 21 o julgamento das transgressões disciplinares deve ser procedido de uma análise que considere: I – Os antecedentes do transgressor; II – As causas que a determinaram; III – A natureza dos fatos ou dos atos que a envolveram; IV – As consequências que dela possam advir. Parágrafo único. Em quaisquer instâncias a que submetido o transgressor, o julgamento dar-se-á em respeito ao amplo direito de defesa e ao devido processo legal.

Art. 22 no julgamento das transgressões disciplinares militares podem ser levantadas causas que as justifiquem, ou circunstâncias que as atenuem ou agravem.

Art. 23 – são causas de justificação: I – Ter sido cometida à transgressão na prática de ação meritória, no interesse do serviço ou da Ordem Pública; II – Ter sido cometida a transgressão em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, III – Ter sido cometida a transgressão em decorrência de caso fortuito ou força maior, plenamente comprovado e justificado; e IV – Ter sido cometida a transgressão em decorrência da falta de melhores esclarecimentos, quando da emissão da ordem, ou de vendo tais circunstâncias serem plenamente comprovadas e justificadas.

A advertência, de acordo com o art. 28 § 3º, Código Disciplinar Militar Estadual, é a forma mais branda de punir, consistindo como orientação verbal ao transgressor, não indo para ficha disciplinar do Policial Militar. Repreensão é a censura enérgica do transgressor, feito por escrito. Prisão disciplinar compete à autoridade que aplicar a primeira prisão ao militar ajuizar da conveniência e necessidade de encarcerar o mesmo, tendo em vista os altos interesses da ação educação da coletividade e a elevação do moral da tropa; no caso de não haver encarceramento, esta circunstância deverá ser fundamentalmente, publicada em boletim da organização militar estadual, conferindo-se ao militar.

A prerrogativa especial de permanecer no quartel (art. 28, § 10). Licenciamento e exclusão a bem da disciplina consistem no afastamento ex-ofício do Militar Estadual das fileiras de sua corporação, conforme previsto aos aspirantes a oficial e as demais praças, após o devido procedimento processo administrativo disciplinar militar. (art.30).

Das punições disciplinares militares que estão submetidos dos Policiais Militares do Estado de Pernambuco, pelo menos quatro (Detenção, prisão, licenciamento a bem da disciplina e exclusão a bem da disciplina), traz consequências desastrosas e desarrazoada a vida do Policial Militar punido, pois a prisão e a detenção são espécies disciplinares que cerceiam o direito de ir e vir do militar, ultrapassando a esfera pessoal do Servidor meliciano, ultrapassando suas vaidades e situação íntima (pessoal) para atingir seus familiares, sem contar é certo com os prejuízos ora funcionais atrelados a tais punições, atingindo ainda sua carreira dentro da instituição militarizada.

## 2 Remédios constitucionais na Carta Magna de 1988

A Carta Constitucional de 1988, conhecida como “Constituição cidadã” trouxe a baila, diversos direitos e garantias fundamentais para toda a sociedade brasileira. Esta constituição é diametralmente oposta ao que se passou no Brasil durante mais de 20, (vinte), anos de ditadura militar, regime de exceção, no qual o país passou por muitas crises de ordem institucional.

Com a citada carta vieram à tona diversos direitos que no regime de exceção não nos eram garantidos, tais como, a garantia de imprensa, liberdade e tantos direitos retirados dos cidadãos, visto que o regime militar autoritário não deixava o poder sair de suas mãos, sempre atrelado a cúpula “Generais das Forças Armadas”, isto fazia dos brasileiros “Maria

vai com as outras”. A abertura foi crescente e é chegado o momento de uma democratização em todos os setores da sociedade. O povo não suportava mais os militares no poder, aceitando um regime presidencialista de governantes civis.

Com as Leis das Leis, as garantias e direitos fundamentais vieram à tona, tais quais liberdades de associação; liberdade de imprensa; direito de propriedade; liberdade de ir e vir, através do instituto do Habeas Corpus; mandado de segurança; mandado de injunção tantos outros inúmeros direitos.

A Carta Constitucional prevê no art. 5º, LXVIII, que “conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação me sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. O constitucionalista, Alexandre de Moraes (2000), diz que: “O *Habeas Corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ao Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo o direito do individuo de ir, vir e ficar”.

### 2.1 *Habeas Corpus*

A Lei das Leis prevê o *Habeas Corpus* como garantia individual e coletiva dos cidadãos, dizendo que será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVIII). O *Habeas Corpus* tem duas espécies, em caráter preventivo ou repressivo (liberatório). O instituto preventivo será posto quando o cidadão e/ou individuo em qualquer situação de ter sua liberdade molestada “locomoção” em via de concretizar.

O direito do *Habeas Corpus* está ligado a uma garantia, da qual é liberdade de locomoção. É a própria Carta Constitucional que menciona “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entre, permanecer ou dele sair com seus bens” (art.5º, XV). No arcabouço jurídico infraconstitucional.

### 2.1.1 Conceito e natureza jurídica

O termo “Habeas Corpus” é oriundo do verbo latino Habeas, de Habeo (ter, tomar, andar com) e Corpus (corpo), e indica a essencialidade do remédio constitucional, de forma que a tradução é tome a pessoa presa e apresente ao magistrado/autoridade judiciária, para julgamento do caso concreto.

Ao contrário das Constituições pretéritas, a Carta de 1988 reservou um dispositivo que garante a liberdade de locomoção (direito de ir, vir e ficar), em tempo de paz, em toda circunscrição do território brasileiro, sem necessidade e autorização de quem quer que seja. Deixando bem explícito que todas as pessoas nacionais ou estrangeiras têm direito a se locomover livremente por praças, pontes, prédios públicos, etc. não sendo tolhidos de seus direitos e garantias para locomoção.

O insigne e ilustre Constitucionalista José Afonso da Silva (2002), esclarece que:

O direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir e vir, e ficar, parar estacionar. O direito de circular consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público [...] Benjamin Constant dizia que todas as Constituições Francesas reconheciam a liberdade individual; contudo esta nunca deixara de ser constantemente violada, e isso porque

uma simples declaração não basta; são necessárias salvaguardas positivas. É que a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de garantias contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados em conjunto, direito de segurança essas regras exigem que as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conforme com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas, que atendam ao princípio da legalidade, ao devido processo legal.

### 2.1.2 Legitimidade ativa e passiva

Não há exigência de capacidade postulatória para aplicabilidade do remédio jurídico “Habeas Corpus”, qualquer pessoa pode impetrar, sendo maior de idade ou menor, nacional ou estrangeiro, com capacidade civil reduzida, desde que escreva no papel o fato e real situação demonstrando o abuso do direito de ir, vir. E ficar por parte da autoridade de coatora; inclusive o próprio paciente. Na lição do penalista Tourinho Filho (1990), caso o impetrante seja advogado, ou mesmo outra pessoa sem capacidade postulatória, não existirá necessidade de o paciente lhe outorgar procuração. Até mesmo o Ministério Público pode deduzir uma pretensão liberatória. Entretanto, ao juiz é vedado impetrá-lo, a menos que seja paciente.

A pessoa jurídica pode figurar no polo ativo, mas, na atual ordem normativa brasileira não há possibilidade de ser paciente, uma vez que não dispõe de liberdade física de locomoção (direito de ir, vir e ficar). Portanto no polo passivo estará o coator, seja ele quem for autoridade ou não, por exemplo, se uma pessoa e internada no Hospital Particular com um problema grave, e submete-se a uma cirurgia, a família não tendo condições para adimplir a dívida, poderá o diretor/proprietária sofrer a impetração do *Habeas Corpus*, com intuito de liberar o enfermo daquele centro médico; isto é reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Comumente as autoridades são: Delegado de Polícia, Agente de investigação, Juiz ou Tribunal.

### 3 Admissibilidade e cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares

#### 3.1 Do *Habeas Corpus*

O art. 5º, CF/88, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dispõe que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à LIBERDADE, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXVIII – conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

O art. 142, parágrafo 2º, da CF reza que “não caberá *Habeas Corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Isto é, quanto à situação dos militares das forças armadas, Marinha, Exército e Aeronáutica. Enquanto que, para os militares estaduais no art. 42, § 1º, a CF/88, reza que:

Os membros das Policiais Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos estados, do Distrito Federal e dos territórios. § 1º Aplicam-se

aos militares dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 142, §§ 2º e 3º, CF/88, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X. Sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Conforme foi descrito no início deste trabalho, a punição disciplinar é a sanção administrativa imposta ao Militar Estadual, com o objetivo de fortalecer a disciplina, a partir da reeducação do transgressor penalizado e de coletividade a que ele pertence, visando evitar a prática de novas transgressões, estando de conformidade com art. 27 do código disciplinar dos militares estaduais de Pernambuco.

Fazendo uma análise minuciosa e criteriosa na doutrina, jurisprudência e do próprio dispositivo constitucional, o último veda o *Habeas Corpus* é por demais contrários ao arcabouço jurídico posto em nosso país, tendo em vista o writ não se aplicar quando o cerceamento da liberdade fora em consequência de punição disciplinar militar. Se fizermos uma comparação e o entrelaçamento com o que reza o art. 5º, LXVIII, pode-se conceber incongruência de que, nos casos de punição Castrense, estariam autorizadas a ilegalidade ou o abuso do poder, situações e práticas que devem ser extirpadas da normatização jurídica do país.

Princípios democráticos são muitos bons onde há relações sociais de condenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles, filhos, soldados ou monges. Caso o judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se superpovoarão de advogados e despachantes.

Uma mera advertência, por motivo de desalinho ou má conduta, dará lugar a pendengas judiciais intermináveis, e, com elas, a inexorável

derrocada da hierarquia e da disciplina. Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoal e do amor próprio – e poucos são os que a tem por temperamento –, o militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem o que vã será a hierarquia, e, inócuo, o espírito castrense.

Em sentido contextualmente oposto, Pontes de Miranda, citado por Alexandre de Moraes (2000), admitia a impetração do remédio heroico constitucional “Habeas Corpus”, na hipótese de transgressões disciplinares militares, desde que o controle jurisdicional se limitasse ao exame dos pressupostos de legalidade, quais fossem: hierarquia poder disciplinar ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente.

Sobre os limites da apreciação pelo poder judiciário, no caso concreto de ato discricionário, a administrativista, Maria Sylvia (2000) admite pacificamente a questão, por quanto que “não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da administração pública, conhecidos sob a denominação de mérito “oportunidade e convivência””.

Nesta mesma linha de raciocínio, admite a impetração do Habeas Corpus, Jorge César de Assis (2001), deste modo:

Forçoso reconhecer, entretanto, que a vedação constitucional do cabimento do Habeas Corpus, nas transgressões disciplinares (art. 142, § 2º), não afasta a apreciação pelo judiciário quanto a legalidade ou inconstitucionalidade dos atos disciplinares, já que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). E capacitado para assim proceder, i e, por advogado, fale ao disposto no art. 5º, LIV, LV C/C os art. 133 e 134 da CF/88.

No contexto do caso concreto é possível vislumbra e esmiuçar a dificuldade para se entender o contexto de aplicabilidade no writ nas questões disciplinares militares, uma vez que muitas opiniões são di-

vergentes tanto nos meios doutrinários, quanto nas decisões dos tribunais superiores.

No embasamento teórico de Univaldo Corrêa (1988), a preservação da disciplina e da hierarquia militar é fator fundamental para a sobrevivência das Organizações Militares, e que a possibilidade que tem as autoridades militares de aplicarem punições, imediatamente após o fato que registra a transgressão, representa uma correção e uma exemplaridade imediata, que trará, por certo, reflexos junto aos integrantes da corporação. Mas se o ato administrativo é ilegal ou foi desenvolvido com abuso de poder, o poder judiciário tem o dever de intervir.

Como fica explicitado no art. 142, § 2º, da CF/88, não veda a concessão do remédio heroico, apenas limita, restringe ao caso concreto. Esta restrição é quando nos deparamos com a questão do ato punitivo disciplinar militar emanado de autoridade militar incompetente, sem observância das formalidades legais e sem os pressupostos funcionais, dentre os quais: hierarquia; poder disciplinar; ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada.

O constituinte derivado de um lado proíbe e do outro permite, é evidente que a limitação/proibição ficou atrelado a regra geral registrada na própria descrição do writ. O ilustre Mestre Univaldo Corrêa (1988), a despeito do tema, assim se pronunciou:

[...] É uma proibição limitada pela própria Constituição. Assim, se tal punição disciplinar militar tenha sido aplicada segundo os requisitos que a mesma LEI MAIOR estipula para a ocorrência desse tipo de petição [Petição de Habeas Corpus], que acabou se tornando na ação de maior e mais rápido efeito em nossas CORTES DE JUSTIÇA, a alternativa do Habeas Corpus é cabível. Por isso basta que se verifique que a punição disciplinar tenha sido aplicada, por exemplo, por autoridade militar sem poderes para tal, ou que o tempo de punição seja além do que os regulamentos disciplinares preveem para o nível daquela autoridade militar.

A própria legislação infraconstitucional castrense, código de processo penal militar – CPPM admite o remédio heroico “Habeas Corpus” nas punições disciplinares militares. Trata-se de exceções no parágrafo único do art. 466, ressalvadas somente as punições disciplinares militares aplicadas em conformidade com os regulamentos disciplinares das Forças Armadas e também as punições disciplinares contextualizadas aos Oficiais e praças das Policiais Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, de acordo com os regulamentos disciplinares específico, atrelado a cada estado da federação.

## Considerações finais

Concluindo o trabalho retorno a argumentos e fundamentos jurídicos-teóricos apresentados no início dos capítulos para afirmar uma posição acertada e plausível do que fora exposto nas várias linhas escrita.

Especificou-se logo no primeiro capítulo a profissão Policial Militar, *Labor* este por demais criticável, pois exerce o papel de Segurança Pública interna na circunscrição de um Estado da Federação, atrelados a regulamentos disciplinares entres tantas outras legislações castrense (código penal militar, código processo penal militar, regulamentos de continências etc), além é claro do pouco reconhecimento na percepção de subsídios/remuneração, uma vez que Segurança Pública ainda não é caso para discussão, planejamento e um aparato técnico-científico para se colocar na ordem do dia de nosos governantes, até que nossa Polícia Militar de Pernambuco vem modificando tanto a questão remuneratória, quanto estrutural. (apetrechos como coletes a prova de bala, armas sofisticada “Pistola.40, metralhadora.40” etc). Os Policiais Militares de um modo geral tem seu reconhecimento Constitucional, firmado no art. 144, § 5º, CF/88, além de sua legislação disciplinar, lei 11.817/2000, e seu estatuto próprio, com suas obrigações, direitos e deveres inerentes

a sua profissão “Policial Militar”, se diferenciando dos outros servidores civis do estado. Os militares estaduais são submetidos por exercer tal *munus* público a uma rígida disciplina e hierarquia, formalizado e cobrado no seio de sua organização militar estadual, diante de toda uma estrutura verticalizada com suas peculiaridades e nuanças.

No segundo capítulo procurei esmiuçar e especificar os direitos fundamentais, os quais foram reconhecidos como essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana, inserido entre eles o direito a liberdade de locomoção, amparado pelo instituto do Habeas Corpus, pois as diversas constituições brasileiras têm previsto expressamente o instituto, admitindo sua atualização nos casos de ilegalidade e abuso do poder, reconhecendo a exceção do cabimento apenas nas punições disciplinares militares.

Quanto ao cabimento e admissibilidade do writ constitucional, temos divergências tanto doutrinal, quanto jurisprudenciais, porém é notório nas entreliãs deste trabalho científicos que muitos autores de elevada conduta intelectual, que no caso é a corrente predominante pelo cabimento do remédio heróico nas questões disciplinares militares, principalmente no que é pertinente a questão da legalidade do ato, a competência da autoridade militar que promanou a punição e também no aspecto da fundamentação do ato administrativo disciplinar, o que a maioria dos tribunais não concebe é a questão do “mérito administrativo”, em respeito a questão do administrador público militar ser amparado pela discricionariedade, baseado no poder hierárquico e disciplinar atrelado as organizações militares, ou casernas que muitos doutrinadores argumentam.

Em última análise, fora observada com minúcia, tanto na interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 142, § 2º, CF/88 e art. 42, § 1º, CF/88, respectivamente o primeiro aplicado as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e o segundo as Policiais Militares dos Estados e Distrito Federal.

Verificou-se que o controle judicial da administração castrense quanto ao controle de legalidade, é pacífico entre os doutores, não sendo convergente especificamente quanto ao controle judicial por intermédio do *Habeas Corpus*, nas transgressões disciplinares militares.

Entretanto, com a nova Constituição Cidadã de 1988, inúmeras possibilidades de admissibilidade foram reconhecidas pela doutrina, sem que exista invasão da competência administrativa castrense.

**Brief observations on habeas corpus: eligibility and disciplinary proceedings fit well military police State Pernambuco**

### Abstract

Fulcrum with the dictates of the 1988 Constitution and the Laws infra consulted and teased in this work is that there is too stale to be done to effect the rights guarantees and sculptured in the "Laws of the Laws." The military disciplinary codes, specified by each military institution within states, and especially the Police Disciplinary Legislation Military Pernambuco need is in accordance with the Constitutional text, assuming inconceivable that there should be disciplinary regulations of procedure in determining administrative disciplinary infractions military order collimated by valuing the democratic rule of law, there is change and adaptation of the military a novel constitutional order, there is no prejudice to military discipline and hierarchy, girder organ Public Security "military Police of Pernambuco" with almost 200 years of history and glory.

The Military Police when they do not respect the imperatives of hierarchy and discipline are subject to the legal dictates of their disciplinary codes by imposing sanctions (punishments) military disciplinary measures ranging from a simple verbal or written warning, to the prison (restriction of freedom), or even more severe licencimanejo ex-officio or exclusion for the sake of discipline. Hermeneutics performed by the judiciary has diverged from many scholars. However, regional courts have played a key role in order to update the law, recognizing not only those assumptions, however other normative and procedural irregularities that lead the pertinence of Habeas Corpus.

**Keywords:** Habeas Corpus. Military Police of Pernambuco. Discipline. Punishment.

### Referências

ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto**. Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**: Decreto – lei nº 1002, de 21-10-1969/organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 11. ed. Aum. – São Paulo: Saraiva, 1996 – (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 05 de outubro de 1988, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CORRÊA, Univaldo. **A Justiça Militar e a Constituição de 1988**: Uma visão crítica. 1991.517.F. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de direito, universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FORTUNATO, André Luís Alcântara. **A impetração de habeas corpus nas punições disciplinares**. 2000. 53 f. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

GIL, Antonio C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCONI, Marina A.; LAKATOS, Eva M. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1990. 4.v.

#### Referência do texto

SOUZA, Marcondes Bezerra de. Breves considerações sobre *Habeas Corpus*: admissibilidade e cabimento nas transgressões disciplinares da polícia militar do Estado de Pernambuco. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 249-274, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## O dano moral reflexo ou em ricochete: doutrina e jurisprudência no Brasil

**Otávio Luis Leal de Vasconcelos**

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE

### Resumo

O presente estudo objetiva analisar o instituto do dano moral por ricochete ou dano moral reflexo, e sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, através de uma releitura sobre a perspectiva doutrinária e jurisprudencial à luz de uma legalidade totalmente modificada por um direito pós-moderno. Isso porque, as teorias sobre responsabilidade civil, e em especial, o dano moral, sofreram inúmeras consequências decorrente de uma leitura civil-constitucional e principalmente da tutela jurisdicional pautada em princípios como o da dignidade da pessoa humana. Para o exame do tema, necessário se faz a apreciação da influência do direito alienígena na construção do conceito

do dano moral por ricochete, prejudice d'afetacion, sobretudo o direito francês. Assim, a partir da construção do conceito, examinamos as incursões da doutrina sobre a problemática da aplicabilidade do instituto, face a equívocos conceituais recorrentes que geram, inclusive, dificuldade no emprego e adoção pelos tribunais do dano moral reflexo com uma maior segurança. Por fim, pesquisa como os tribunais vêm utilizando esta espécie de dano moral em sua jurisprudência e possíveis abordagens que possam levar a uma aplicação mais uniforme do instituto.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Dano Moral. Ricochete. Legitimação.

## Introdução

O presente estudo busca analisar o dano moral reflexo ou por ricochete, instituto com seus primeiros julgados na França que remontam o final do século XIX e início do XX e que foi fruto de fortes embates doutrinários até a sua plena aceitação naquele país.

O ordenamento jurídico francês foi cenário fértil para teoria que admitia a plena reparabilidade do dano moral reflexo ou por ricochete. O código civil francês, influenciado pelo que a doutrina chamava de princípio geral da responsabilidade civil, possibilitou o crescimento da corrente que via no instituto uma reparação legítima.

No Brasil, mais tardiamente, o dano moral reflexo ou por ricochete, foi pouco a pouco fazendo parte das discussões dos tribunais e entre os doutrinadores, e, ainda hoje, encontra fortes objeções quanto a sua aplicabilidade. Sobretudo, diante de questionamentos atinentes ao problema dos legitimados para agir nas demandas que versam sobre a compensação por danos morais.

Para tanto, imperioso que se estabelecesse os parâmetros utilizados de uma maneira geral, para avaliar possíveis apontamentos que permitissem uma aplicação com mais segurança jurídica, seja pelos civilistas em seus estudos, seja pelos operadores do direito na prática forense.

A mudança do paradigma patrimonialista, influenciado pelo giro hermenêutico que se deu com a viragem voltada para a valorização da pessoa humana como centro axiológico nos ordenamentos jurídicos, acabou por influenciar sobremaneira o Direito Civil, principalmente, a partir da incorporação no texto Constitucional da cláusula geral de proteção a dignidade da pessoa humana. Neste senda, se deu forte proteção aos direitos da personalidade que acabaram por encontrar cenário próspero para aplicação de reparações oriundas de danos morais.

Todavia, havia uma preocupação quanto a possibilidade da criação de uma cadeia infinita de legitimados a buscar a reparação moral, quando em decorrência de um terceiro que se dizia atingido reflexamente pelo dano direto.

Assim, buscou-se a análise do instituto nos moldes a que se deu o presente estudo, para uma abordagem mais ampla, e menos pontual do dano moral reflexo visando um tratamento mais unívoco sobre o assunto.

## 1 A Origem do dano moral reflexo ou em ricochete

A ofensa a bem jurídico de terceiros diretamente envolvidos com o sofrimento experimentado pelo principal prejudicado em razão do evento danoso, o dano por ricochete ou reflexo, encontra seus primeiros julgados na França. Já em 13 de fevereiro de 1923, a Corte de Casação francesa aplicara o instituto conforme se depreende do artigo, “A indenização do prejuízo moral no Direito Francês”<sup>1</sup>, de Philippe Pierre<sup>2</sup>, professor de Direito Privado da Universidade de Rennes.

Wilson Melo da Silva, aponta que a temática afeta ao dano moral por ricochete ou reflexo, pudera já ser encontrada em 1897. Segundo o autor, o Tribunal de Nîme em aresto de 11 de novembro daquele ano tratou sobre o tema quando discutiu quais parentes da vítima teriam o direito a reclamar a indenização por prejuízos morais, consignando o referido julgado que só teriam direito parentes ligados à vítima por estreito laços de sangue<sup>3</sup>.

1 Título original: “L’indemnisation du préjudice moral en Droit français” Acesso em: 10 de setembro de 2012.

2 PIERRE, Philippe. **L’indemnisation du préjudice moral en Droit français**. Disponível em: [http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/201112/prejudice\\_moral\\_etude-fr.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/201112/prejudice_moral_etude-fr.pdf). Acesso em: 10 de setembro de 2012.

3 Cf. SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 149.

Segundo o supracitado autor, na França os autores Perreau e Dorville, se debruçaram sobre o problema dos legitimados ao direito de reclamar a indenização por prejuízos morais para parentes da vítima:

Perreau se dedicou mais às regras práticas da reparação e, opinando sobre quais os parentes da vítima que teriam o direito de reclamar a indenização por prejuízos morais, estendeu este direito até os parentes do 12º grau civil...Dorville, autor de substanciosa monografia sobre a questão perfilhou a doutrina. Apenas se sentiu embaraçado, ele que se tornou um dos baluartes da tese da reparabilidade, diante da objeção referente ao número ilimitado das vítimas, que pudesse pleitear a reparação.<sup>4</sup>

A doutrina francesa, na lição de Yvone Lambert-Faivre, conceitua o *dommage par ricochet*, como conjunto de prejuízos sofridos por um terceiro vítima do fato de um dano corporal inicial que atinge a vítima imediata. Denota-se deste conceito, que para classificar ou não o dano como dano em ricochete se leva em consideração o aspecto subjetivo do dano, ou seja, o sujeito da relação jurídica, daí a distinção de vítima mediata e imediata.

O dano moral por ricochete encontrou na França um campo propício para seu surgimento. A codificação francesa, especificamente em seu artigo 1.382<sup>5</sup>, contém o que a doutrina convencionou apontar como princípio geral da responsabilidade civil. Isto porque, o referido artigo prevê que todo e qualquer dano deve ser reparado.

Carlos Alberto Bittar credita a abrangência verificada pelo artigo supra, como o verdadeiro fator que gerou a sustentação para os pleitos de reparação por danos morais:

4 SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 149

5 "Art. 1382: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"

Ora, no plano das codificações, credita-se à francesa a sufragarão do princípio geral da responsabilidade civil (art. 1382), entendendo-se, conforme anotado, que estava nas cogitações de seus fatores a abrangência de todo e qualquer dano. Daí a invocação da norma também para a sustentação dos pleitos de reparação de danos morais, tanto por fato próprio, ou por de terceiro vinculado ou de coisa sob guarda do agente (art. 1384), que a jurisprudência vem concedendo na prática, sem prévias limitações.<sup>6</sup>

Do que se conclui que a amplitude da expressão *dommage*<sup>7</sup> da norma francesa, possibilitou a aplicação do instituto do dano por ricochete pela Corte de Cassação já nos idos de 1923.

## 2 Aplicação no Direito Brasileiro: Doutrina e Jurisprudência

No Brasil, a reparação do dano moral reflexo ou por ricochete, assim como o próprio instituto do dano moral puro, sofreu mitigações advindas da tese da negativa de concessão a reparabilidade deste tipo de dano. A construção do conceito e sua aplicação está atrelada a inicial noção de que o dano moral estaria necessariamente atrelado à lesão a um bem patrimonial, não havendo, portanto, um dano moral por lesão a um bem eminentemente extrapatrimonial.

A experiência jurídica foi aos poucos transformando a posição inicialmente posta pela doutrina e jurisprudência nos tribunais brasileiros até se chegar ao estágio da plena reparabilidade dos danos morais.

6 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar – 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

7 Dano

## 2.1 A Doutrina

Os primeiros levantes no Brasil sobre a aplicação do instituto, tal qual ocorreu na França quando do surgimento desta espécie de dano, girou em torno principalmente do fato da morte de parente e de suas repercussões no núcleo familiar, conforme nos ensina Carlos Alberto Bittar:

“As questões discutidas entre nós giravam em torno, principalmente, do fato da morte de parente e das repercussões que gera no seio familiar. Alicerçadas na observação de que a morte produz, a par de danos puramente morais, alguns de caráter econômico como por exemplo, os efeitos negativos advindos para a mulher e filhos menores pelo passamento de marido e pai, que os sustenta. [...] Foi exatamente em função desse debate, envolvendo indenizabilidade, ou não, de danos morais, e o respectivo alcance, que os tribunais enfrentaram a problemática em análise, em seus diferentes meandros, oscilando entre a concessão, ou não, de indenização, e o cabimento, ou não, em relação a certos parentes, ou a pessoas unidas sem casamento”<sup>8</sup>

Ademais, a construção de seu conceito e aplicação é apontado pelo autor como um dos verdadeiros responsáveis pelo atual estágio da plena reparação do dano moral no ordenamento brasileiro:

Com efeito, superada a fase inicial, em um estágio intermediário foi acolhida a tese da reparabilidade de danos morais reflexos, exigindo-se a existência de consequências patrimoniais negativas, em caso de lesão a componentes dos circuitos da moral e da afetividade humana. Sustentou-se, então, nessa hipótese, a patrimonialidade indireta da obrigação legal de indenizar danos de ordem moral. Embora limitativa – e até mesmo negativista do dano moral puro, quando examinada a fundo – essa posição abriu espaço para a absorção da ideia da reparabilidade plena.<sup>9</sup>

8 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar – 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

9 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar – 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

É possível delinear a partir do excerto acima, que o dano moral reflexo quando da sua aplicação inicial no Brasil estava atrelado a vinculação ao elemento patrimonial, o que se justifica através da vertente patrimonialista que vigia a época. Ocorre que, paulatinamente essa noção foi sendo substituída e o conceito de dano moral reflexo, deixou necessariamente de estar atrelado a um dano patrimonial.

Delineado o cenário das primeiras incursões sobre o tema no Brasil, passemos a análise dos conceitos trabalhados pela doutrina. E aqui, a partir dos estudos empreendidos é possível identificar ao menos três tipos distintos de conceituação do dano moral indireto, reflexo ou em ricochete.

A primeira corrente, tal qual a doutrina francesa, leva em consideração o aspecto subjetivo da lesão, ou seja, o sujeito passivo, a vítima do interesse lesado. A segunda corrente tem como foco o elemento objetivo da relação jurídica tutelada, qual seja: o dano em si, para esta corrente o dano moral reflexo está intrinsecamente atrelado a um dano patrimonial anterior sendo o conseqüente o dano extrapatrimonial; e por fim, uma corrente que mistura os aspectos objetivos quando analisa o dano; e em um segundo momento, os subjetivos em que se verifica os sujeitos lesados. Analisemos, portanto, cada uma delas.

Dentre os integrantes da corrente que conceitua o dano moral reflexo ou em ricochete, tal qual a doutrina francesa, através do seu aspecto subjetivo, ou seja, a lesão que atinge reflexamente um terceiro interessado na relação jurídica, podemos citar: Sérgio Severo, Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Nehemias Domingos de Melo e Sérgio Cavalieri. Senão vejamos.

Para Sérgio Severo, o dano por ricochete é aquele que tem por fato gerador a lesão ao interesse de uma terceira pessoa; seria uma conse-

quência do evento danoso. E completa afirmando que se trata de um interesse próprio.<sup>10</sup>

No caso de lesão a interesse extrapatrimoniais defende que o dano por ricochete gera o que é chamado de *préjudice d'affection*:

Há fortes resistências à reparação do *préjudice d'affection*. Muitos consideram-no como a comercialização da dor, uma indignidade, pois o sofrimento e o desgosto não podem gerar benefícios. Trata-se neste caso, de uma variante do *pretium doloris*. (...) O prejuízo de afeição é, por essência, o dano moral em sentido estrito, muitas vezes confundido com o próprio gênero de que é espécie, daí a forte restrição à indenizabilidade deste tipo de dano, a qual perdurou até recentemente em nosso Direito.<sup>11</sup>

Nesta linha que ressalta o aspecto subjetivo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho trazem o dano reflexo ou em ricochete como oriundo do Direito Francês e conceitualmente o caracterizam como “o prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima ligada à vítima direta da atuação ilícita”<sup>12</sup>. E complementam ressaltando que não obstante a dificuldade da caracterização do dano moral reflexo ou em ricochete, nada obsta a responsabilidade civil do infrator, desde que demonstrado o prejuízo à vítima indireta.<sup>13</sup>

Outro que leva em consideração o sujeito atingido pelo dano é Flávio Tartuce, para quem o dano moral direto seria aquele que atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva (autoestima), ou objetiva (repercussão social da honra). Já o dano indireto ou por ricochete seria aquele

10 Cf. SEVERO, Sérgio. **Os Danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 23.

11 Cf. *Ibidem*.

12 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol III: Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

13 Cf. *Ibidem*. p. 88.

que atinge a pessoa de forma reflexa. Cita como exemplo, a morte de pessoa da família ou perda de um objeto de estima (valor afetivo). Por fim acrescenta, que teriam legitimidade, nos casos de lesão a outra pessoa, todo lesado indireto. E faz referência aos casos de lesão a personalidade do morto conforme artigo 12 do Código Civil.<sup>14</sup>

Na visão do supracitado autor, no que é seguido por Nehemias Domingos de Melo<sup>15</sup>, o que existe no artigo 12 do Código Civil de 2002 nada mais é do que a legitimidade dos lesados indiretos, para ele, temos nestes casos aquilo que a doutrina denomina de dano indireto ou dano em ricochete.<sup>16</sup>

Ousamos discordar em parte, da peremptoriedade da noção absoluta de que o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil<sup>17</sup> se trata sempre de dano em ricochete. Na lição de Pontes de Miranda sobre os sujeitos de direito e termo da relação jurídica temos:

[..] Sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores. Poder-se-ia dizer sujeito do direito, sujeito da pretensão, sujeito da ação, sujeito da exceção. Em vez disso, emprega-se, em geral, a expressão “sujeito de direito”, sendo raras as demais, posto que adequadas, e preferem-se outras – titular de direito, titular da pretensão, titular da ação, titular da exceção – para se caracterizar cada degrau de efeito dos fatos jurídicos de que se nomeia o sujeito. O ser sujeito é a titularidade. Não se confunde ela com o exercício do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, que pode tocar a outrem, por lei ou por ato jurídico próprio

14 Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, V. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2010. p. 400.

15 Cf. MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 244.

16 Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 5 ed. Forense: São Paulo: Método, 2009. p. 186

17 “Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau.”

do titular. Às vezes, o sistema jurídico estabelece outro direito e outro exercício (=por outra pessoa) quando o titular não pode exercer os direitos e o que teria de os exercer por ele não o pode por algum tempo.<sup>18</sup>

Ora, o morto não poderia ser sujeito de direitos, certo que sua capacidade de direito extingue-se com o fato jurídico: morte.<sup>19</sup> No entanto, buscou o ordenamento jurídico preservar os direitos oriundos da personalidade do morto, tutelando sua proteção. Deste modo, muito embora seja o *de cuius* o ente que figuraria ativamente na relação jurídica fundamental, juntamente com o agente causador dos danos aos direitos oriundos de sua personalidade, devido a impossibilidade de se existir um direito sem sujeito,<sup>20</sup> o sistema jurídico transmite a relação jurídica, aos parentes próximos, visando dar efetividade a proteção a estes direitos.

Sobre a transmissão da relação jurídica, Pontes de Miranda ensina que:

enquanto direitos (inclusive créditos), pretensões, ações e exceções são transmissíveis, não o é de regra a relação jurídica. De modo que a transmissão é a passagem do direito, pretensão, ação ou exceção a outra relação jurídica que aquela que nasceu.[...] Mas é certo que os sistemas jurídicos poderiam conceber a transmissão da relação jurídica mesma, porque se está no plano da eficácia, onde tudo pode a técnica legislativa;<sup>21</sup>

No caso de lesão aos direitos da personalidade do morto, ou transfeccia deles como prefere Paulo Lôbo,<sup>22</sup> temos que, baseado na teoria ponteana, o que incide é justamente a transmissão excepcional da relação jurídica. Assim, uma vez transmitida a relação jurídica, transmite-se seu efeito, qual seja: o direito, a pretensão, e aqui, não os direitos da

18 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado Parte Geral**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 214.

19 Cf. *Idem*. *Ibidem*. p. 282.

20 Cf. *Idem*. *Ibidem*. p. 204.

21 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado Parte Geral**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 184.

22 Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

personalidade do morto – porque estes são intrasmissíveis – mas sim, o direito de fazer cessar a ameaça ou lesão aos direitos da personalidade do de cujus, o direito a esta tutela jurídica específica, podendo inclusive pleitear perdas e danos, isto porque, o ordenamento jurídico legitimou e concebeu essa defesa.

Assim, o direito que surge da relação jurídica que nasce entre a figura do agente que lesa os direitos do morto e que é transmitida aos parentes do falecido por força do legislador é um exercício direto, que decorre do preenchimento do suporte fático da norma, não havendo que se falar em dano por ricochete, tendo em vista que, como exposto, houve a transmissão da relação jurídica que se incorpora ao patrimônio dos parentes próximos legitimados pelo ordenamento.

No entanto, pode ocorrer no caso concreto, e geralmente é o que se verifica, justificando a generalização da afirmação de Flavio Tartuce e Nehemias Domingos de Melo, que a lesão aos direitos a personalidade do morto cause tamanho abalo aos parentes, dada a aproximação e afetividade existente, de forma que estes se sintam atingidos e possam, aí sim, pleitear o direito a compensação por danos morais por ricochete.

Um exemplo prático para demonstrar a construção do pensamento acima, seria o caso de um filho único que não tivesse, por opção própria, qualquer relação com o pai morto, ou até mesmo existisse uma relação de animosidade entre ambos. Por força do parágrafo único do artigo 12 do Código Civil, falecendo o pai, teria este filho indubitavelmente legitimidade para pleitear perdas e danos por qualquer lesão ou ameaça de lesão aos direitos da personalidade do seu genitor, independentemente do seu grau de proximidade e afetividade, muito embora isto possa parecer absurdo. No entanto, este mesmo filho, não faria jus a qualquer compensação a título de danos morais por ricochete, uma vez que sua esfera íntima não poderia ser abalada reflexamente pela lesão

ao pai, dada a ausência de patrimônio afetivo, para usar as palavras de Sérgio Severo<sup>23</sup>.

Assim, embora seja tênue a diferença, somente nos casos em que o fato gerador do dano aos direitos da personalidade do morto, gerem por efeito, um dano na esfera íntima dos legitimados do parágrafo único do artigo em comento, é que estaríamos diante de um dano moral por ricochete, daí portanto, a nossa crítica.

Dando seguimento às classificações, dentre os autores que ressaltam o caráter objetivo da relação jurídica, ou seja, atrelam a ocorrência de um dano moral reflexo, a um dano patrimonial anterior, temos Maria Helena Diniz.

A autora afirma que o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, nos atributos da pessoa e à dignidade da pessoa humana. No que tange ao dano moral indireto, perfilha-se a doutrina que atrela a lesão a um interesse tendente a satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que se reproduz também a um bem extrapatrimonial.<sup>24</sup> Assim, para essa corrente doutrinária o dano moral indireto teria como pré-requisito uma lesão a um bem patrimonial, como exemplo, a perda de uma coisa com valor afetivo.

Por fim, temos uma corrente, que primeiramente leva em consideração um elemento objetivo, que seria a existência de um dano anterior e um dano consequente, e posteriormente verifica-se o elemento subjetivo, podendo existir ou não um dano reflexo.

23 SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 25

24 Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**, 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110.

Nesta senda, a lição de Paulo Nader traz uma importante distinção das outras classificações. Isto porque, para o referido autor seria dano direto a ofensa moral ou patrimonial que nasce da conduta do agente, sem interferência de dano anterior. De outra banda, seria dano indireto todo aquele em decorrência de um anterior sofrido pela própria vítima ou por outrem. E aqui, apresenta a distinção de que quando o dano indireto é sofrido por terceiros, é que teremos o que a doutrina chama por dano reflexo ou em ricochete.<sup>25</sup>

Pode-se inferir da lição acima exposta, que Paulo Nader não classifica como expressões sinônimas o dano moral indireto e o dano moral reflexo ou em ricochete. Para ele, pode existir um dano indireto na própria vítima direta do dano, bem como distintamente, a um terceiro prejudicado, e aqui sim, somente quando atingido indiretamente um terceiro é que se poderia falar em dano moral reflexo ou em ricochete. Desta análise, conclui-se que seria o dano moral reflexo uma modalidade de dano indireto não se confundindo com este.

Paulo Nader complementa assinalando que sendo o dano reflexo ou em ricochete uma modalidade de dano indireto, tal instituto envolveria, pelo menos, três partes: “a) o agente causador do dano; b) a vítima atingida diretamente na prática do ato ilícito; c) terceira pessoa, que se viu prejudicada, diante de algum tipo de incapacidade sofrida pela vítima.”<sup>26</sup> E arremata, afirmando que no dano reflexo assim como no direto, os prejuízos devem ser definidos e certos e não meramente hipotéticos ou eventuais, bem como alerta para a necessidade de se estabelecer limites ao reconhecimento dos danos reflexos.<sup>27</sup>

25 Cf. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, responsabilidade civil**, 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 79. v. 7.

26 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, responsabilidade civil**, 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 80. v. 7.

27 Cf. *Ibidem*.

Sobre a importância de se estabelecer limites aos legitimados para causa, nos casos de terceiros reflexamente ofendidos, Humberto Theodoro Junior ressalta:

Quando o ofendido comparece, pessoalmente, em juízo para reclamar reparação do dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade ad causam. Quando todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.<sup>28</sup>

Eis que aqui surge a situação problema no tocante ao instituto, como bem identificou Felipe Cunha de Almeida, “a dúvida que surge é se e quando se configuraria a legitimação ativa para a interposição de ação de danos morais, por pessoa diversa a da vítima direta que sofreu a ilicitude, em razão dos reflexos sofridos”.<sup>29</sup> A situação encontra posições divergentes, como já demonstrado, entre os doutrinadores que tratam da matéria. Analisemos também, como a jurisprudência vem enfrentando a temática.

28 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 9.

29 ALMEIDA, Felipe Cunha de. A legitimidade ativa e a possibilidade de arbitramento do chamado dano por ricochete em relação a terceiro atingido diante de conduta ilícita de autor de crime, em face de sua esposa. **Revista Jurídica**, ano 59, n° 403, maio de 2011. p. 127.

## 2.2 A jurisprudência

Ultrapassada a análise dos principais conceitos e posicionamentos atinentes à doutrina brasileira referente ao dano moral indireto, reflexo ou em ricochete, cumpre-nos demonstrar como o problema dos legitimados ad causam bem como a conceituação do instituto é analisada na prática e enfrentada nos tribunais brasileiros.

Para tanto, analisaremos julgados dos tribunais brasileiros que enfrentaram o tema, apresentando as inúmeras vertentes que o instituto tomou na prática jurídica.

### 2.2.1 Julgados admitindo a possibilidade de compensação decorrente de danos morais reflexo ou em ricochete

Na prática, a questão que envolve a legitimidade ativa para compensação por danos morais, é a que maior divergência enfrenta por parte dos julgadores, problema este já levantado por grande parcela da doutrina conforme nos referimos anteriormente dentre os quais podemos citar: Maria Helena Diniz, Humberto Theodoro Junior, Paulo Nader e Felipe Cunha de Almeida. Assim, a maioria dos julgados que se debruçam sobre o instituto do dano moral reflexo ou em ricochete tem na legitimidade ad causam seu maior obstáculo. Vejamos.

No Recurso Especial nº 1.208.949 – MG, a Relatora Ministra Nancy Andrighi traz alguns pontos importantes e elucidativos acerca do dano moral reflexo. A demanda em tela versava preponderantemente sobre a controvérsia a determinar, em síntese, se os pais da lesada possuíam legitimidade ativa para pleitear compensação pelos danos morais

decorrentes do sofrimento advindo do acidente envolvendo sua filha, considerando-se que, na espécie, ela própria teve reconhecido o direito de receber importância a título de compensação por danos morais.<sup>30</sup>

No relatório do supracitado Recurso Especial, de forma implícita, a Relatora aborda um primeiro aspecto importante, que seria a qualidade de lesão a direito próprio e não uma legitimidade extraordinária dos pais da vítima. Essa constatação ocorre, quando ao qualificar os pais da vítima, o citado relatório traz a expressão “ação por danos materiais e compensação por danos morais” movida pelos pais, “por si e representando sua filha” do que se depreende que para referida ministra, se trata de tutela jurisdicional própria dos pais decorrente do acidente causado a sua filha.

Ultrapassada essa questão, podemos destacar do voto condutor da Ministra Nancy Andrighi alguns esclarecimentos a respeito do tema conforme colacionamos:

Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem firmado sólida base na defesa da possibilidade de os parentes do ofendido e a esse ligados afetivamente postularem conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo.

Trata-se de hipótese de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores.<sup>31</sup>

30 BRASIL.Superior Tribunal de Justiça (STJ) **Resp n° 1.208.949 – MG**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 07/12/2010, Dje em 15/12/2010

31 BRASIL.Superior Tribunal de Justiça (STJ) **Resp n° 1.208.949 – MG**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi.

No mesmo sentido, o Ministro Sidnei Beneti da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 876.448-RJ:

Deve-se reconhecer, contudo, que, em alguns casos, não somente o prejudicado direto padece, mas outras pessoas a ele estreitamente ligadas são igualmente atingidas, tornando-se vítimas indiretas do ato lesivo. Assim, experimentam os danos de forma reflexa, pelo convívio diuturno com os resultados do dano padecido pela vítima imediata, por estarem a ela ligadas por laços afetivos e circunstâncias de grande proximidade, aptas a também causar-lhes o intenso sofrimento pessoal. (...) O dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection* constitui direito personalíssimo dos referidos autores, e autônomo, conferindo-lhes direito à indenização por dano reflexo, por terem sido atingidos, também, em sua esfera de sofrimento.<sup>32</sup>

Outro ponto relevante do supracitado julgado, e que restou consignado no voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, é o de que não se faz necessário a comprovação de dependência econômica entre os familiares lesados.<sup>33</sup>

Assim, ao desvincular a possibilidade de indenização por danos morais indiretos ou reflexos da dependência econômica entre os familiares lesados, o Superior Tribunal de Justiça reforça a ideia do giro hermenêutico que se deu no ordenamento jurídico brasileiro, na valorização da pessoa humana em detrimento dos aspectos apenas patrimoniais. Ademais, é possível também a partir dessa desvinculação da dependência econômica, ressaltar o caráter autônomo do dano moral, e aqui mais especificamente, o reflexo ou em ricochete, que pode ser puro, sem qualquer liame ao espectro patrimonial.

32 BRASIL.Superior Tribunal de Justiça (STJ) **Resp n° 876.448-RJ**. 3ª Turma. Relatora: Min. Sidnei Beneti, julgado em 17/06/2010, Dj de 21/09/2010.

33 BRASIL.Superior Tribunal de Justiça (STJ) **Resp n° 876.448-RJ**. 3ª Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti, julgado em 17/06/2010 Dj de 21/09/2010.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui inúmeros julgados<sup>34</sup> que versam sobre o instituto do dano moral reflexo ou em ricochete, na Apelação Cível nº 70045351160 o tema foi abordado. No caso, a demanda versava sobre pedido em que os pais de uma criança vitimada em decorrência de um acidente em escada rolante pleiteavam compensação a título de dano moral. O acórdão consignou:

ILEGITIMIDADE ATIVA DOS PAIS DA VÍTIMA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DANO EM RICOCHETE. Os pais da vítima possuem legitimidade ativa para pleitear a reparação pelos danos reflexos sofridos em virtude de acidente de consumo no qual se envolveu sua filha. Preliminar rejeitada.<sup>35</sup>

Os casos enfrentados pelos tribunais tem conduzido ao entendimento de que os componentes do núcleo familiar gozam de presunção de afinidade, do que se conclui que se algum dos integrantes é atingido diretamente, os efeitos do dano podem atingir reflexamente outros membros do seio familiar. Neste sentido, anotou o Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70049144868:

Presume-se, pois, que qualquer fato lesivo que atinja, de modo direto, a vida de determinada pessoa acaba, indiretamente, por gerar consequências negativas na vida do respectivo núcleo familiar, porquanto, até que se prove o contrário, deve ser presumida a existência de afinidade no âmbito da família.<sup>36</sup>

34 Apelações Cíveis: 70032340333, 70045351160, 70047329206, 70047994744.

35 BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70045351160**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 15/12/2011.

36 BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70049144868**. 12ª Câmara Cível. Relator: Des. José Aquino Flôres de Camargo, julgado em 05/07/2012, Dj de 09/07/2012.

A presunção de que parentes próximos possuem o direito a compensação de modo reflexo em relação a vítima diretamente lesada não é absoluta, na Apelação Cível nº 0009508-16.2006.8.19.0208 a Desembargadora Maria Henriqueta Lobo, componente da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma ser a presunção "*juris tantum*", ou seja, admite-se prova em contrário:

Cabe aos juristas questionar o Direito, exatamente para torná-lo vivo. Dano moral indireto ('préjudice d'affection') ou dano em ricochete ('dommage par ricochet' ou 'préjudice par ricochet'). Legitimidade do filho da vítima para postular indenização por dano moral. Presunção '*juris tantum*', na hipótese em exame, de que o filho menor da vítima teve sofrimento e abalo psicológico maior até do que esta, principalmente levando-se em conta tratar-se, ao tempo do fato, de criança em tenra idade e dependente, em tudo e por tudo, de sua genitora.<sup>37</sup>

Esta presunção que decorre dos laços afetivos entre familiares já fora adotada na III Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro em 1965:

ANTÔNIO CHAVES, lembrando as conclusões do III Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, em 1965, prevê que o ressarcimento do dano moral possa ser reclamado pela vítima, pelos descendentes, cônjuges e colaterais até 2º grau" (ob.cit., v. III, p. 621). É compreensível, que nesse círculo mais próximo de parentesco, seja mais fácil de presumir a ocorrência da dor moral pelo dano suportado diretamente por outra pessoa, principalmente nos casos de morte ou incapacitação. É bom de ver, todavia, que, fora da família em sentido estrito (pais, filhos e cônjuges), dependerá da análise mais acurada do juiz para, in concreto, determinar a razoabilidade da repercussão psicológica do ato não-patrimonial danoso.<sup>38</sup>

37 BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0009508-16.2006.8.19.0208**. 7ª Câmara Cível. Relatora: Des. Maria Henriqueta Lobo, julgado em 22/10/2008.

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 9.

Denota-se dos julgados apresentados que os tribunais brasileiros vêm admitindo a possibilidade de reparação por danos morais reflexos ou por ricochete, mesmo diante do contexto histórico de forte objeção às demandas que versavam a respeito da tutela jurídica do patrimônio moral e direitos da personalidade.

### 2.2.2 Julgados de Tribunais com ressalvas quanto a possibilidade de compensação por danos morais reflexo ou em ricochete

Conforme já demonstrado, a aplicação do dano moral reflexo ou em ricochete esbarra em um dos temas mais controvertidos quando se discute a respeito dos danos morais, qual seja: a legitimidade para propor a ação.

É neste cenário que doutrina e jurisprudência tem apresentado as maiores divergências, na medida em que não se definiu critérios que possam delimitar um rol de legitimados a priori, como também não existem parâmetros que sejam unânimes no momento de avaliar no caso concreto quem possuiria legitimação para o pedido.

Um primeiro problema encontrado, seria como aferir o grau de afeição entre a vítima direta do dano e a vítima indireta? Conforme já explanado, os tribunais vem adotando o critério de que parentes próximos a vítima gozariam de presunção “*juris tantum*” de legitimidade, critério adotado inclusive já nos primeiros julgados que se debruçaram sobre o tema na França.

O problema foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.076.160-AM, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Na ocasião, o noivo pleiteava indenização por danos morais em razão da morte da nubente. Do voto é possível extrair algumas considerações acerca da dificuldade acima exposta:

se a investigação pura e simples acerca do sofrimento experimentado por alguém fosse suficiente para conferir legitimidade à pretensão, a cadeia de legitimados para pedir a compensação de dor moral se estenderia *ad infinitum*, abarcando todos os parentes, amigos, vizinhos ou, até mesmo, admiradores da vítima. Isso porque não se nega a dor gerada pela perda de um grande amigo ou de um parente relativamente próximo – como, por exemplo, um tio.<sup>39</sup>

E prossegue, apontando que o problema surge, uma vez que ao analisar os legitimados para a propositura da ação se investiga primeiro o sofrimento enfrentado com o dano, somente em seguida se analisa questão que considera primordial que seria se o ordenamento jurídico confere o direito à reparação:

Em outras palavras, se é verdade que uma gama de sujeitos pode experimentar dor moral em razão da morte de uma pessoa, a comprovação de tal sofrimento hospeda-se na seara do mérito da causa e não da legitimidade para agir, sob pena de se conferir a todos que experimentaram abalo moral relevante a via da ação indenizatória. E, assim, em última análise, a legitimidade para propor ação de compensação por dano moral resumir-se-ia à questão da prova do sofrimento, seja por presunção *in re ipsa* – como ocorre nos casos típicos – seja por demonstração, como se pode imaginar em situações limítrofes, em que o abalo moral não é perceptível *primo ictu oculi*. (...) Em suma, para além do trinômio ato-dano-nexo, que se relaciona com a procedência ou improcedência do pedido de responsabilidade civil por abalo moral, há anterior questão a ser solucionada: a legitimidade, para cuja existência há de se exigir mais que o sofrimento, o qual, amiúde, encontra-se presente nas mais corriqueiras situações subjacentes à morte, como a amizade, namoro, vizinhança ou admiração artística.<sup>40</sup>

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.076.160-AM**. 7ª Câmara Cível. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 20/03/2012, Dj de 21/06/2012.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.076.160-AM**. 7ª Câmara Cível. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 20/03/2012, Dj de 21/06/2012.

Há aqui, importante aspecto levantado pelo Ministro Luis Felipe Salomão que seria essa inversão quando da análise do caso concreto, do que se infere que a comprovação do sofrimento ou abalo advindo do ato que ensejou o dano deve ser deslocado para quando do exame meritório, sob o risco de se produzir uma cadeia infinita de legitimados na medida em que o sofrimento pode estar presente nas mais diversificadas situações, e afirma ainda, como fundamental, a análise da relação jurídica através do ordenamento jurídico para verificar a quem em tese se confere o direito pleiteado.

Para o Ministro a solução seria a aplicação por analogia de alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, dos quais cita o artigo 12 do Código Civil,<sup>41</sup> o artigo 948, inciso I,<sup>42</sup> também do Código Civil e por fim o artigo 63 do Código de Processo Penal<sup>43</sup> que trata dos legitimados para ação civil ex delicto, concluindo que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a legitimidade para aqueles que não fazem parte da família direta da vítima, sobretudo os que não se inserem ainda que hipoteticamente na condição de herdeiros. E propõe:

[...] a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve mesmo alinhar-se, *mutatis mutandis*, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações (como, por exemplo, tornando irrelevante o regime de bens do casamento), porquanto o que se busca é a compensação exatamente de um interesse extrapatrimonial.

Afirma-se isso não em razão de uma escolha arbitrária acerca da regra aplicável, mas porque, à falta de dispositivo próprio sobre do tema,

41 "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau."

42 "Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;"

43 "Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros."

ancoro-me no apotegma romano segundo o qual onde houver a mesma razão, haverá o mesmo direito – *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

É que eventual rol de legitimados para a propositura de ação indenizatória por dano moral em razão de morte – assim como há no direito português – não poderia levar em consideração senão as afeições existentes (ou presumidamente existentes) entre o falecido e o ente sobrevivente, tal como o que ocorre com as disposições legais sobre a vocação hereditária.

Vale dizer, se é verdade que, tanto na ordem de vocação hereditária quanto na indenização por dano moral em razão de morte, o fundamento axiológico são as legítimas afeições nutridas entre quem se foi e quem ficou, para se proceder à indispensável limitação da cadeia de legitimados para a indenização, nada mais correto que conferir aos mesmos sujeitos o direito de herança e o direito de pleitear a compensação moral.<sup>44</sup>

Por fim, consignou a possibilidade de utilização da ordem de vocação hereditária como parâmetro para verificação dos legitimados nos casos de morte da vítima, alertando para possíveis peculiaridades que porventura pudessem existir em cada família nuclear, não excluindo a possibilidade de alargamento para outros sujeitos que nelas se inserissem. E conclui:

Assim, o dano por ricochete a pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta da morte, de regra, deve ser considerado como não inserido nos desdobramentos lógicos e causais do ato, seja na responsabilidade por culpa, seja na objetiva, porque extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.<sup>45</sup>

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 1.076.160-AM**. 7ª Câmara Cível. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 22/10/2008.

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 1.076.160-AM**. 7ª Câmara Cível. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 22/10/2008.

Portanto, quanto a possibilidade de reparação por danos morais reflexos ou por ricochete para pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta, a jurisprudência se mostra reticente e aponta para regra da impossibilidade, devendo, no entanto, o julgador atentar para as especificidades do caso concreto.

Nesse aspecto, alguns questionamentos surgem: primeiramente o problema da possibilidade de se criar uma cadeia infinita de legitimados; ocorrendo compensação a vítima direta haveria legitimidade para compensação da vítima indireta? Ao reverso, se a vítima indireta não pleiteia a reparação por danos morais, teria a vítima indireta legitimidade? A compensação deve ser única para o grupo familiar em decorrência do evento danoso, ou cada ente poderia pleitear autonomamente a reparação? Vejamos como estas ressalvas para aplicação do instituto foram enfrentadas pelos tribunais.

No acórdão da Apelação Cível nº 0101407-16.2009.8.26.0008, do Tribunal de Justiça de São Paulo, houve o entendimento de que se a vítima direta moveu ação autônoma de indenização por danos morais e materiais, prejudicado estaria o pedido de danos morais por terceiros atingidos de forma reflexa<sup>46</sup>

No Recurso Inominado nº 71001114586 da Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, restou consignado que até mesmo parentes próximos da vítima direta, no caso a genitora, devem comprovar a efetiva demonstração do dano moral enfrentado sob pena de se criar uma cadeia infinita de legitimados, como também a banalização do instituto, o que acabaria por desvirtuar o sentido da reparação.<sup>47</sup>

46 BRASIL.Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0101407-16.2009.8.26.0008**. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Adherbal Acquati, julgado em 01/02/2011, Dj de 24/02/2011.

47 BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Inominado nº 71001114586**. 3ª Turma Recursal Cível do Juizados Especiais Cíveis. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto, julgado em 13/02/2007.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, possui julgado que enfrentou a questão de quando a vítima direta não pleiteia reparação, se existiria a possibilidade do terceiro que se diz atingido reflexamente pelo evento danoso buscar independentemente, o direito a indenização. Trata-se da Apelação Cível nº 70031052863, da 10ª Câmara Cível, quando o apelante alegou que a parte recorrida noticiou desnecessariamente de forma extravagante e sensacionalista o estupro de sua namorada, visando apenas o lucro através da venda de jornais. Na ocasião, a juíza Márcia Regina Frigeri que examinou o mérito no primeiro grau de jurisdição, entendeu pelo não acolhimento do pedido, entendimento reproduzido e mantido pelo Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana em seu voto:

Em se tratando de morte, o dano por ricochete é presumido em relação aos familiares próximos da vítima. O contrário ocorre quando a vítima sobrevive, sendo que neste caso os familiares devem comprovar que a situação é realmente grave e que, em função da convivência com a vítima, irão padecer com o sofrimento desta.

No caso, o autor alega ter sido ofendido reflexamente pelos danos que a vítima do estupro sofrera em face da divulgação da notícia. Porém, não vislumbro que a namorada do autor tenha sido identificada, tanto que nenhuma testemunha a ela se referiu.

Logo, não pode o autor pretender ser indenizado por danos que a própria vítima do crime sequer cogitou.<sup>48</sup>

No mesmo sentido, o Desembargador Rui Stoco, na Apelação nº 9110985-05.2008.8.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo:

No caso dos autos, contudo, resta claro que a própria vítima não se abalçou em ingressar em juízo para reclamar compensação do dano moral por direito próprio. E se não o fez é porque não se sentiu atingida no plano ideal ou não patrimonial.

48 BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70031052863**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 24/06/2010, Dj de 14/07/2010.

Do que se infere que, no caso dos autos, não se vislumbra justificativa plausível ou qualquer gravame psíquico no autor e marido da vítima.<sup>49</sup>

O problema referente a possibilidade do encadeamento de uma cadeia infinita de legitimados foi enfrentado na Apelação nº 9180478-35.2009.8.26.0000.<sup>50</sup> No caso, pretendiam os autores apelantes, haver cinquenta por cento da indenização devida ao marido da finada filha, na ocasião réu, pela morte desta em decorrência de erro médico – prestes a dar à luz, sofreu lavagem intestinal com formol e não vaselina, morrendo ela e o bebê. O marido acionou os responsáveis e obteve reparação no valor de duzentos mil reais, valor este, que os pais da vítima pleiteiam metade.

O voto do Relator, Desembargador Luiz Ambra, preceitua que quando já houve o pagamento referente a uma pretensão, inadmite-se que venham outros depois a vindicar direito próprio em nova ação requerendo igual indenização. Para tanto, colaciona ementa de sua autoria em outra apelação, a qual considera o pagamento “*intuitu familiae*”. Destarte, a reparação seria em relação ao grupo familiar, sob pena de se criar uma cadeia infinita de pedidos:

Responsabilidade civil Indenização Dano moral. Morte de irmão, onze anos antes, imputável à ré Genitora, entretanto, que ingressou com ação idêntica e ganhou. Pagamento *intuitu familiae*, à época a autora contando doze anos incompletos. Dor moral diluída ao longo do tempo, pouco importando que, em grau de recurso, antes da propositura da presente a indenização devida à mãe tenha sido algo diminuída pelo Tribunal Descabimento da nova demanda, apelo provido para decretar a carência da ação, prejudicado o recurso adesivo.<sup>51</sup>

49 BRASIL.Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 9110985-05.2008.8.26.0000**. 4ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Rui Stoco, julgado em 03/09/2012, Dj de 04/09/2012.

50 BRASIL.Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 9180478-35.2009.8.26.0000**. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Luiz Ambra, julgado em 15/08/2012, Dj em 24/08/2012.

51 BRASIL.Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 9197492-03.2007.8.26.0000**. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Luiz Ambra, julgado em 15/08/2012 e Dj em 24/08/2012.

Para o Desembargador supra, a indenização por danos morais que na ação precedente fora deferida, “prestou-se a tornar indene o núcleo familiar, como um todo, sem ensejo para destaque de qualquer das individualidades que a compunham”.<sup>52</sup>

Da exposição dos julgados acima, conclui-se que o dano moral reflexo ainda encontra fortes objeções por parte dos tribunais. Do que decorre que sua aplicação encontra inúmeros questionamentos, dos quais apresentamos alguns a título ilustrativo. Nesse trilhar, percebe-se que doutrina e jurisprudência ainda estão definindo os parâmetros de utilização do instituto na prática jurídica brasileira.

## Conclusão

O dano moral reflexo ou por ricochete muito embora tenha sido largamente discutido e utilizado no direito francês, no Brasil, vem tomando corpo e sendo aplicado ainda de maneira incipiente, apesar da forte aceitação quanto a sua reparabilidade seja por parte dos civilistas seja pela própria jurisprudência.

A partir da análise das principais correntes doutrinárias e de julgados do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de alguns estados do Brasil foi possível estabelecer algumas considerações no que tange aos danos morais reflexos ou por ricochete. Dos quais extraímos os principais. Senão vejamos.

Primeiramente, analisando-se a forte vertente patrimonialista verificada no direito privado de uma maneira geral, percebe-se que as primeiras ações de compensação por danos morais estavam necessariamente

52 Idem.

atreladas aos danos patrimoniais. Assim, esta premissa acabou por ser incorporada por parte da doutrina que classificava o dano moral reflexo ou por ricochete, como consequente de um dano patrimonial anterior, o que nem sempre se verificava na prática.

Nesse trilhar, constata-se que o dano moral reflexo ou por ricochete não está necessariamente atrelado a dependência econômica entre a vítima direta e a indireta.

Ademais, foi possível demonstrar que a nomenclatura dano moral indireto, reflexo ou por ricochete nem sempre correspondem ao mesmo instituto, do qual infere-se que dano moral reflexo e ricochete se tratam de sinônimos, o mesmo não ocorrendo em relação ao dano indireto que constitui gênero do qual os danos morais reflexos e por ricochete são espécies.

No que tange aos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica do dano moral reflexo verifica-se tratar de direito próprio da vítima indireta.

Quanto ao problema dos legitimados ad causam nas ações de danos morais, que repercutia sobremaneira no instituto do dano moral reflexo, verificou-se que se mostra mais uma preocupação quanta a possibilidade de multiplicidade de ações como fruto de uma cadeia infinita de reparação, do que ausência de preceito legal, uma vez que se trata de interesse legitimamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

Assim, a inquietação quanto aos legitimados para agir nestas demandas, não pode ser determinado aprioristicamente como o queriam alguns doutrinadores, nem se pode deixar ao alvitre do julgador. Da análise da relação jurídica deduzida em juízo é possível verificar quem teria legitimidade, se utilizando de parâmetros limitadores que o próprio ordenamento jurídico confere, tal qual a ordem de vocação hereditária, quando se tratar de parente próximo a vítima direta, esta-

belecendo inclusive uma presunção *juris tantum* de que o dano reflexo ocorreu, e quanto a pessoa estranhas ao grupo familiar, o juiz decidirá com base nas circunstâncias em aplicação analógica dos artigos 151 e 156 do Código Civil.

Por fim, no tocante ao quantum compensatório, depreende-se que existe uma corrente em defesa de que o grupo familiar é que deve ser indenizado, com vistas a impedir um possível efeito cascata e elevação da onerosidade quanto ao lesante, muito embora há quem defenda sim, a reparação individual de quem quer seja indiretamente atingido pelo mesmo fato gerador.

Ante todo exposto, percebe-se que o dano moral reflexo ou por ricochete ainda trilha no sentido de um tratamento unívoco por parte da doutrina e da jurisprudência, principalmente pela necessidade de se empreender uma maior segurança jurídica, quando do estabelecimento dos parâmetros para utilização do instituto.

#### Reflexive Moral Damage or Ricochet: Jurisprudence and judicial practice in Brazil

#### Abstract

This study aims to analyze the institute of moral damages by ricochet also known as reflexive moral damages and its use on the Brazilian law, through the doctrinal and jurisprudential prospect of a legality modified by a postmodern law. The theories about liability, and especially, moral damages, were influenced by the civil and constitutional law and mainly by the principle of human dignity. To verify the aspects of liability its necessary observ the foreign law influence on the moral damages by ricochet meaning, primarily the French law. This way, starting through the knowledge of the moral damages by ricochet meaning, its done a verification about the doctrine opinion of its application in judicial cases and misconceptions, including

the more safe use of this theory by the brazilian court. Beyond that, its viewed how the brazilian courts are applying this type of moral damages. Lastly, its presented the different approaches of the moral damages by ricochet that leads to a more equal use, aiming a legal security.

**Keywords:** Liability. Ricochet. Legitimation.

## Referências

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A legitimidade ativa e a possibilidade de arbitramento do chamado dano por ricochete em relação a terceiro atingido diante de conduta ilícita de autor de crime, em face de sua esposa. **Revista Jurídica**, ano 59, n. 403, maio de 2011.

BRASIL. **Vade Mecum**. RT/ 7ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1998

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, responsabilidade civil**, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959. Tomo XXVI.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. Tomo LIII.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado Parte Geral**. Campinas: Book-seller, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da atualidade. Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

PIERRE, Phillipe. **L'indemnisation du préjudice moral en Droit français**. Disponível em: <[http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/201112/prejudice\\_moral\\_etude-fr.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/201112/prejudice_moral_etude-fr.pdf)>.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 5. ed. Forense: São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil, V. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

#### Referência do texto

VASCONCELOS, Otávio Luis Leal de. O dano moral reflexo ou em ricochete: doutrina e jurisprudência no Brasil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 275-306, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## Responsabilização do adolescente que comete delito capitulado no Código Penal Militar

### Rebeka Cristiny Barbosa de Santana

Oficial da Polícia Militar de Pernambuco (1º Tenente), pós-graduada em Direito Público, pós-graduada em Treinador de Futebol, pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal; Bacharel em Direito; Licenciatura Plena em Educação Física, Curso de Formação de Oficiais, Curso de Preparação à Magistratura, pela Escola da Magistratura de Pernambuco.

### Resumo

Os Militares das Forças Armadas e Forças Auxiliares são regidos por legislação própria, face a especialidade de suas ações na defesa do da pátria e na garantia dos poderes Constitucionais. Recebendo, em seus Centros de Formação e Ensino, pessoas com idade inferior a 18 anos, gerando-se um conflito de normas quando este adolescente comete um delito capitulado no Código Penal Militar. Neste artigo, procura-se elucidar como se dará a resolução do conflito de normas existente no caso em estudo entre o Código Penal Militar e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verificando que o critério biopsicológico adotado pelo Código Penal Militar não foi recepcionado pela Constituição Federal, que adotou o critério biológico e estabeleceu que os menores de 18 anos são inimputáveis penalmente. Desta forma, a responsabilização, que não deverá deixar de ocorrer, do menor que cometer delito capitulado no Código Penal Militar se dará à luz do que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Palavras-chave:** Crime Militar. Maioridade penal. Ato infracional. Responsabilização.

## Introdução

O presente trabalho pretende se ater numa parcela da população em desenvolvimento, que se encontram um tanto esquecido pelos estudiosos, os adolescentes militares, ou seja, àqueles menores que integram as Forças Armadas Brasileiras (Marinha, Exército e Aeronáutica) e as suas Forças Auxiliares (Polícia Militar e Bombeiro Militar), principalmente, em seus Centros de Formação e Ensino.

Para aprofundar os estudos a cerca do assunto escolhido foi utilizada como metodologia a revisão bibliográfica, composta por manuais doutrinários e artigos científicos. Salientando a necessidade de se trabalhar com artigos científicos de revistas disponíveis em meio eletrônico para utilizar os estudos mais recentes acerca do tema.

Portanto, o presente trabalho busca analisar como se dá a responsabilização do adolescente que comete delito capitulado no Código Penal Militar, uma vez que estes também estão subordinados ao previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Oferecendo, assim, ao operador do direito, aos militares e a própria sociedade, uma oportunidade de refletir sobre o tema abordado e agir com respeito aos princípios e leis regentes do país.

## 1 Forças Armadas

A Constituição de um país “deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado”<sup>1</sup> concentrando, então, os assuntos com maior relevância. A Carta Magna do Brasil estabelece a importância das Forças Armadas ao dedicar um Capítulo para tratar do tema,

<sup>1</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

estabelecendo a função e traçando as diretrizes que irão nortear o funcionamento das instituições que a compõem.

Como bem expõe o Art. 142, da Constituição Federal:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.<sup>2</sup>

Desta maneira, as Forças Armadas são formadas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, e seus integrantes, conforme preconiza o § 3º do Art. 142 da Constituição Federal, são denominados de militares. Tais instituições vão ser responsáveis por defender à Pátria e zelar pelo que nela há de mais essencial dentro do que preconiza a Carta Magna que é a garantia dos poderes constitucionais, quais sejam Legislativo, Executivo e Judiciário.

Cada instituição, dentro da especificidade de suas atividades, vai atuar sob a autoridade suprema do Presidente da República, podendo, ainda, quando necessário para garantir a manutenção da lei e da ordem atuar internamente por iniciativa de qualquer dos poderes.

As torres basilares das instituições militares, tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz, são a hierarquia e a disciplina. A primeira sendo compreendida como a estrutura em diversos níveis de uma cadeia de comando que deve ser seguida por todos os integrantes. Enquanto que a disciplina militar busca garantir uma ação coordenada, já que os militares se integram num grande conjunto sob um único comando.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

A vida militar possui peculiaridades inerentes àqueles responsáveis pela defesa e segurança da nação, por exercerem uma atividade especial na qual se pressupõe lealdade, fidelidade e amor a pátria. Para tal, possuem legislação específica que regula as relações jurídicas do militar, detalhando suas obrigações e direitos.

As Forças Armadas na estrutura apresentada na Carta Magna são essencialmente obedientes ao poder civil, na figura, principalmente do Presidente da República, e vão assumir importante função na consolidação da República no Brasil, pois constituem o braço forte pronto para estabilizar as divergências da nação.

Nos ensinamento de Bonavides:

Obediência à lei, hierarquia e sustentação da lei magna, compendiam, por conseguinte, com inteira atualidade para o Estado constitucional contemporâneo, todos os deveres fundamentais da organização armada no campo interno em que o estamento militar poderá assinalar sua presença estabilizadora do modelo democrático.<sup>3</sup>

Ficando clara, assim, a imprescindibilidade das Forças Armadas na própria estrutura da nação e na manutenção do Estado brasileiro da maneira que conhecemos hoje, um Estado Democrático de Direito.

3 BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

## 1.1 Idade para Ingresso nas Forças Armadas

As formas de ingresso nas fileiras do Exército, da Marinha e da Aeronáutica estão previstas no Estatuto dos Militares, que no Art 10 coloca que “o ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”.<sup>4</sup>

Assim, cada instituição militar estabelece os requisitos que a pessoa deve atender nos editais que regulam a admissão, em conformidade com a legislação e com as características necessárias para exercer as funções dos postos ou graduações de que trata o edital. Dentre as características presentes nos processos seletivos estão, entre outros: naturalização, escolaridade, estado civil, idade.

Atendo-se a questão da idade para ingresso na vida militar, por ser fundamental ao presente estudo, é possível identificar no Edital do Processo Seletivo de Admissão ao Colégio Naval (PSACN) 2011 que entre as condições essenciais para inscrição está estipulado no item 3.2, alínea “c) ter 15 anos completos e menos de 18 anos de idade no primeiro dia do mês de janeiro de 2012”<sup>5</sup>.

Já nas Instruções para o Concurso de Admissão ao Instituto Tecnológico de Aeronáutica 2011, dentre os requisitos estabelecidos no item 8.1.2 está “terem no máximo 23 anos de idade no dia 31 de dezembro de 2010, se optantes pela carreira militar”<sup>5</sup>, não especificando a idade mínima para ingresso. Enquanto que o Edital nº 1 – Concurso

4 BRASIL, Lei nº 6. 880, de 09 de dezembro de 1980. Ementa: Expõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

5 COMANDO DA AERONÁUTICA. Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial. Apresenta textos sobre instruções para o Concurso de Admissão ao ITA 2011 (Vestibular 2011). Disponível em: <<http://www.concursosmilitares.com.br/concurso-ita/edital-vestibular-ita-2011.html>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

de Admissão ao curso de Formação e Graduação de Oficiais da ativa do Quadro de Engenheiros Militares CFG/Ativa – 2011/2012 expõe no Art. 10, § 3º:

Ter no mínimo 16 (dezesesseis) anos de idade, completados no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano do concurso (ano anterior ao da matrícula), de acordo com o §2º, do art. 5º da Lei nº 4.375, de 17 Ago 64 (Lei do Serviço Militar) combinado com o art. 20 do RLSM e, no máximo, 22 (vinte e dois) anos de idade, completados no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano do concurso (ano anterior ao da matrícula) <sup>6</sup>

O debate a respeito da idade exigida para ingressar nas Forças Armadas tem sido constante, principalmente, no que tange a possibilidade de limitação da idade máxima por meio de edital, prevista no art. 10 do Estatuto dos Militares, citado anteriormente. Uma vez que, de acordo com o Art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal:

a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra <sup>7</sup>

Sendo assim, uma corrente defende que a norma constante no Art. 10 do Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que a carta Magna determina que a matéria seja regulada em lei e não por meio de regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

6 EXÉRCITO BRASILEIRO. Instituto militar de engenharia. Apresenta textos de edital nº 1 – concurso de admissão ao curso de formação e graduação de oficiais da ativa do quadro de engenheiros militares CFG/Ativa–2011/2012. Disponível em: <[http://vestibular.ime.eb.br/arquivos/Admissao/Vestibular\\_CFG/Legislacao/2011Edital\\_Ativa\\_CFG\\_2011\\_2012.pdf](http://vestibular.ime.eb.br/arquivos/Admissao/Vestibular_CFG/Legislacao/2011Edital_Ativa_CFG_2011_2012.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

7 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

O assunto foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 600.885/RS que teve como relatora a Ministra Carmen Lúcia, decidindo conforme Ementa a seguir:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.<sup>8</sup>

Verifica-se, portanto, que a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” presente no Art. 10 da Lei n. 6.880/1980 não foi recepcionada pela Constituição Federal, sendo necessário que o Congresso Nacional edite uma lei para regular a idade de ingresso nas Forças Armadas.

Baseado no princípio da segurança jurídica, o Supremo modulou os efeitos da decisão no sentido de validar, até 31 de dezembro de 2011, todas as admissões ocorridas em função de regulamentos e editais que determinavam as condições para ingresso nas diversas carreiras militares.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. RE nº 600.885/RS. Recorrente Livana Guimarães Maciel e outros. Recorrido a União. Relator Ministra Carmen Lúcia. Data do julgamento 09/02/2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20052103/recurso-extraordinario-re-600885-rs-stf>>. Acesso em: 31 abr. 2031.

## 1.2 Submissão à Legislação Militar

Exército, Marinha e Aeronáutica possuem umas das funções mais importantes em um Estado, que é o defender a pátria e zelar para que os direitos constitucionais sejam garantidos. Ficando explicitado que o tratamento a ser dado a estas organizações também precisa ser diferenciado, pois a maneira e a ocasião em que são empregadas podem modificar a história do país.

Sendo assim, o legislador constitucional tratou de diversos temas ligados as Forças Armadas no próprio bojo da Carta Magna, como, por exemplo, dos direitos, garantias e prerrogativas e impedimentos dos seus integrantes, previstas no § 3º do Art. 144 da Constituição Federal, diferenciando-os dos servidores públicos em geral. No mais, “cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas”<sup>9</sup>.

A pessoa ao entrar para uma organização militar precisa estar ciente dos direitos, mas principalmente, das obrigações que passa a ter daquele momento em diante. Por tal motivo é previsto no edital do processo seletivo da marinha, por exemplo, que o cidadão “prestará compromisso de honra, no qual firmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los”<sup>10</sup>.

Fica claro, portanto, que os militares estão subordinados à legislação específica. O Estatuto dos Militares, considerando que as Unidades de Ensino Militar compõem a principal porta de entrada da carreira militar

9 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 776.

10 COMANDO DA MARINHA. Diretoria de ensino da Marinha. Apresenta textos sobre o processo seletivo de admissão ao colégio naval (PSACN) 2011. Disponível em <[https://www.ensino.mar.mil.br/marinha/Edital.pdf?id\\_file=1308](https://www.ensino.mar.mil.br/marinha/Edital.pdf?id_file=1308)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

achou por bem destacar, no Art. 8º, II, que disposto naquela legislação também vai se aplicar “aos alunos de órgão de formação da reserva”<sup>11</sup>, que podem ter entre 15 e 18 anos, conforme explicado anteriormente.

Neste diapasão, ao ingressar nas fileiras das Forças Armadas o militar passa a compor uma organização que goza de prerrogativas constitucionais e que tem sua organização estabelecida por legislação específica, mas que em contrapartida também vai ter seus diversos deveres devidamente detalhados.

O próprio Estatuto dos Militares, no seu Art. 42, coloca que “a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contração ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas”.<sup>12</sup> Trataremos especificamente no presente estudo dos crimes militares.

Uma das maiores questões presentes quando se estuda o Código Penal Militar é exatamente o de identificar quando se está diante de um crime militar, pois o “nosso legislador, no Decreto-lei nº 1001 (CPM), adotou o critério *ratione legis*, isto é, não o definiu, apenas enumerou taxativamente as diversas situações que definem este delito”.<sup>13</sup>

Assim “a tipicidade de um crime militar dá-se de forma indireta, ou seja, não basta apenas verificar a descrição típica da Parte Especial, carecendo verificar também sua complementação pela Parte Geral”<sup>□</sup>. Podendo-se distinguir duas espécies de crime militar: os crimes propriamente militares e os crimes impropriamente militares.

Nas palavras de Benevides Fernandes Neto:

11 BRASIL, Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Ementa: Expõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

12 Ibidem.

13 LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

crimes propriamente militares são aqueles cuja ação penal somente pode ser intentada contra militares, tendo em vista a sua situação funcional, ou seja, exige uma qualidade pessoal do agente, abarcando os crimes que não possuam igual definição na lei penal comum, tais como a Deserção, a Embriaguez em Serviço e a Violência contra Superior.<sup>14</sup>

Enquanto que os crimes impropriamente militares possuem idêntica previsão legal no Direito Penal Comum, podendo inclusive ser cometido por civil, já que o bem jurídico tutelado tanto vai ter importância no âmbito militar, quanto para a sociedade civil, como por exemplo o homicídio.

Da mesma forma que os crimes militares vão contar com uma codificação própria, também existirá um órgão judicial específico para julgar os delitos cometidos por militares ou contra a administração militar. Esta “é a Justiça Militar – Justiça Especial – que aplica esta legislação particular, necessária e distinta da legislação comum em face da hierarquia e disciplina existente no interior das corporações militares”.<sup>15</sup>

Portanto, as instituições castrenses contam com uma ordem jurídica própria, recheada de particularidades que a diferencia das demais, tornando-a especial. Necessitando, assim, de um órgão julgador que compreenda os valores e a cultura que rege seus membros.

14 FERNANDES NETO, Benevides. **Crime militar e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 abr.2013.

15 SOUZA, Octavio Augusto Simon de. Leis penais especiais e sua aplicação na justiça militar estadual: primeira parte. **Revista da Associação de Magistrados das Justiças Militares Estaduais**: Direito Militar. Florianópolis, n. 75, p. 10-14, jul./ago. 2011.

## 2 Estatuto da Criança e do Adolescente

O reconhecimento do significado social de crianças e adolescentes e, principalmente, a intervenção por parte do Estado Brasileiro, no sentido de reconhecer e garantir os interesses desta importante parcela da população foi fruto de um grande processo que iniciou com uma completa ausência estatal, no período da colonização, resultando no atual Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diversos fatores influenciaram na alteração da legislação brasileira no que tange a situação das crianças e adolescentes e a criação Estatuto atualmente vigente. Segundo Nunes:

No âmbito internacional, vemos o momento de aprovação da Convenção sobre Direitos da Criança, principalmente, que redefine os parâmetros de atuação frente à infância e à juventude, calçado, como já foi dito anteriormente, na proteção integral, com o reconhecimento da capacidade de cidadania às crianças e aos adolescentes.<sup>16</sup>

Internamente, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 teve papel fundamental, pois tornou necessária uma modificação da legislação infraconstitucional para se adequar aos novos parâmetros instituídos, ao insculpir no *caput* do Art. 227 que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissão, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>17</sup>

16 NUNES, Eduardo Silveira Netto. **Apontamentos legais a respeito dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/198.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

17 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

Neste contexto, foi sancionada em 13 de julho de 1990 a Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, baseada na doutrina de proteção integral, que tem previsão legal logo no primeiro artigo do Estatuto, difundindo a ideia de que:

crianças e adolescentes são sujeitos de direitos universalmente conhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos pessoais provenientes de sua condição de pessoas em desenvolvimento que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade. Inclui-se nesse desenvolvimento a preocupação por todos os aspectos – seja físico, moral, espiritual, social, etc. – que possam convergir para o estabelecimento de condições de liberdade e dignidade, e que garantam a satisfação de todas as suas necessidades, vale dizer, que possam promover a proteção integral de crianças e adolescentes.<sup>18</sup>

Portanto, crianças e adolescentes passam com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente a serem sujeitos de direito, tanto àqueles já previstos para as pessoas adultas, quanto os específicos para pessoas em condição especial de desenvolvimento. Gozando, ainda, de prioridade na satisfação de suas necessidade e na garantia de seus direitos e de sua proteção integral.

### 3.1 Ato Infracional

Embora amparados pelo princípio da proteção integral e a luta pela busca do desenvolvimento completo do adolescente preparando-o para vida adulta, ainda é possível verificar a ocorrência de atos contrários ao direito praticados por crianças e adolescentes.

A estes atos contrários ao direito dá-se a designação de ato infracional, cujo conceito é apresentado pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”,<sup>19</sup> abrangendo as formas delituosas previstas no Código Penal e nas leis penais esparsas.

Nos ensina Ishida que “na verdade não existe diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, pois, de qualquer forma, ambos são condutas contrárias ao Direito, situando-se na categoria de ato ilícito”.<sup>20</sup>

O menor quando pratica um ato contrário ao direito, por ser inimpunível, não pode ser aplicada a este uma pena pela transgressão cometida, deverá ser responsabilizado em conformidade com o que preconiza a legislação estatutária, por determinação constitucional. Aplicando-se, assim, as medidas protetivas ou socioeducativas que o caso requer.

Cabe, ainda, neste ponto esclarecer que “não podemos tratar adultos e adolescentes de uma mesma maneira, pois estão submetidos a ordenamentos jurídicos diversos, justificada a diferenciação pelas finalidades almejadas em cada segmento”,<sup>21</sup> enquanto que para o adulto que comete um crime tem-se na aplicação da um caráter punitivo, para o adolescente que pratica um ato infracional tem-se na medida socioeducativa um caráter pedagógico.

Assim, as medidas socioeducativas não devem se interpretadas como uma abertura para que criança e do adolescente escape de uma punição, ou se torne um passe livre para que se cometa mais práticas delituosas, mas sim um tratamento que considere sua situação de pessoa em desen-

19 BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Ementa: Expõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

20 ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 110.

21 BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2470>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

18 PONTES JÚNIOR, Felício de Araújo apud PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 127.

volvimento que precisa de acompanhamento da família, do Estado e da sociedade. Uma verdadeira oportunidade para que possam compreender os valores sociais e se integrar à comunidade.

### 3.2 Medidas Sócio-educativas

O Estatuto vai ratificar a imputabilidade dos menores de dezoito anos, sujeitando-os, quando praticarem um ato infracional, às medidas socioeducativas, que “devem ser providências judiciais cujo objetivo principal é proteger o adolescente, promovendo seu desenvolvimento pleno e sadio”.<sup>22</sup>

Assumindo desta forma duplo efeito, já que “as medidas socioeducativas visam prevenir e reprimir a delinquência juvenil, vale dizer, fazê-la parar relativamente ao agente e impedir ou moderar o fenômeno em relação aos demais adolescentes”.<sup>23</sup>

Neste ponto torna-se importante destacar as espécies de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu Art. 112, quais sejam: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Cabendo ressaltar que também poderão ser aplicadas medidas específicas de proteção, a depender do caso concreto.

A advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviço à comunidade e a liberdade assistida não consistem em medida de privação de liberdade, buscando um maior interação do adoles-

22 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 987.

23 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 991.

cente com a comunidade para que este possa compreender a responsabilidade de seus atos.

O professor Ishida ensina, por exemplo, que:

A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente, o senso de responsabilidade social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta.<sup>24</sup>

O Estatuto prevê, ainda, medidas socioeducativas privativas de liberdade, que devem ser cercada de cuidados por parte do juiz, constituindo uma exceção na aplicação da medida. Como coloca Saraiva:

As medidas privativas de liberdade (Semiliberdade e Internamento) são somente aplicáveis diante de circunstâncias efetivamente graves, levando em conta o interesse público, observando-se com rigor o estabelecido nos incs. I a III do art. 122, reservando-se especialmente para os casos de ato infracional praticado com violência à pessoa ou grave ameaça ou reiteração de atos infracionais graves.<sup>25</sup>

Assim, a medida socioeducativa de semiliberdade apesar de poder ser determinada pelo juiz desde o início, vai atuar, principalmente, como uma forma intermediária entre a liberdade assistida e a internação, uma vez que o adolescente realizada as atividades cotidianas no meio aberto (tais como ir à escola, fazer curso, trabalhar) sem a necessidade de acompanhamento do orientador, e retorna a instituição no período noturno.

24 ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 218.

25 SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente autor de ato infracional**. Disponível em: < <http://www.renada.org.br/midia/doc/3.2.1.3---SARAIVA,-J-B-C.-Medidas-socioeducativas-e-o-adolescente-infrator.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

A medida socioeducativa mais extrema que o juiz pode adotar é o da internação. Assim, a aplicação de tal medida deve atender ao princípio da excepcionalidade, cabendo apenas nos casos em que as demais medidas previstas não se mostrem capazes de concretizar a integração entre adolescente em condição de desenvolvimento e comunidade.

Por tal motivo a legislação limita a possibilidade de aplicação de tal medida, apenas em três situações: quando o ato infracional for cometido mediante grave violência ou ameaça; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e por descumprimento reiterado e injustificável de medida aplicada anteriormente.

### 3 Maioridade Penal

#### 3.1 Maioridade Penal no Direito Penal

O estudo da maioridade penal encontra-se na imputabilidade, verificando-se que esta configura-se elemento da culpabilidade, “é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.<sup>26</sup>

Para realizar a identificação da inimputabilidade é possível utilizar: o critério biológico, segundo o qual “a inimputabilidade decorre da simples presença de causa mental deficiente”<sup>27</sup>, o critério psicológico que vai ocupar-se da capacidade do agente de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se por ele; e o critério biopsicológico que vai

26 MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 463.

27 CONSTANTINO, Renata. **Da imputabilidade penal**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1239/1181>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

fundir as ideias anteriores, considerando inimputável a pessoa que apresenta problema mental e que em decorrência disto não compreende o caráter ilícito do fato ou consegue determinar-se por tal entendimento.

O Código Penal acolheu como regra o critério biopsicológico ao realizar a previsão das hipóteses de inimputabilidade. Pois, a aplicação da pena ao infrator não é possível quando este possuir doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como se ao tempo do fato não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Excepcionalmente, ao tratar dos menores de 18 anos:

adotou-se no dispositivo um critério puramente biológico (idade do autor do fato) não se levando em conta o desenvolvimento mental do menor, que não está sujeito à sanção penal ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>28</sup>

Portanto, independentemente de sua capacidade mental de compreensão da antijuridicidade presente no momento de sua ação ou omissão, ao menor de 18 anos não poderá ser aplicada uma sanção penal Seguindo, como visto anteriormente o critério biológico de determinação da imputabilidade, uma vez que a legislação afasta inclusive a necessidade de comprovação pericial da compreensão da ilicitude do fato.

O debate é amplo e já não são poucos os que defendem que a maioridade penal, estabelecida em dezoito anos, constitui clausula pétrea, ou seja, não pode ser objeto de projeto de lei ou emenda constitucional tendente a aboli-la ou modificá-la.

28 MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 202.

Seguindo esta vertente, Kirst e Molin ensinam que:

Assim, especificamente sobre o início, aos 18 anos, da maioridade penal, a norma inscrita no artigo 228 do texto constitucional representa uma das garantias decorrentes dos direitos assegurados aos menores. E, nessa perspectiva, integra o núcleo imodificável da Constituição – cláusulas pétreas –, de modo que, qualquer tentativa do legislador infraconstitucional, ou mesmo do Poder Constituinte Derivado, por meio de Emenda Constitucional, de reduzir a idade inicial da maioridade penal será inconstitucional.<sup>29</sup>

Portanto, a idade estabelecida pela legislação pátria para que seja possível a imposição de uma pena ao agente que praticou uma conduta típica e antijurídica é de 18 anos de idade, constituindo tal previsão um direito individual da criança e do adolescente, que não pode ser modificado por integrar o núcleo imutável da Constituição Federal de 1988.

### 3.2 Maioridade Penal no Direito Penal Militar

O Código Penal Militar foi aprovado por meio do Decreto-Lei de 1001, de 21 de outubro de 1969, ou seja, em pleno período de ditadura militar, quando os militares dominavam o regime político vigente no país.

Neste diapasão, ao tratar da inimputabilidade penal, a citada legislação coloca que:

Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico-

29 KIRST, Dario José; MOLIN, Ângela. **A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal.** Ciência e conhecimento – revista eletrônica da Ulbra São Jerônimo. Vol 2, 2007. Disponível em: <[http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002\\_DirA5.pdf](http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002_DirA5.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2013.

co para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.<sup>30</sup>

Assim, a idade estabelecida para que uma pessoa fosse considerada capaz penalmente pelos seus atos, foi fixada em dezoito. No entanto, acrescentou a ressalva aqueles que se encontravam no intervalo compreendido entre os dezesseis e os dezoito anos, adotando para estes o critério biopsicológico, pois se fossem capazes de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar por tal entendimento passariam a condição de imputáveis.

De acordo com NEVES,

A maioridade penal, ainda em uma etapa tutelar marcada pelo “Código Mello Matos”, foi fixada acima dos dezesseis anos, seguindo também o critério biopsicológico para os maiores de dezesseis e menores de dezoito, adotando-se o critério do discernimento e o critério biológico para os menores de dezesseis anos [...] <sup>31</sup>.

O sistema do discernimento, adotado pelo Código Penal Militar, para os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos, traz em seu bojo um alto grau de insegurança, pois ao juiz caberia decidir se ao momento da ação ou da omissão possuía o adolescente a capacidade mental suficiente para compreender o caráter ilícito do fato. Devendo para tanto considerar fatores dos mais diversificados, pois cada ser humano é fruto da carga genética que possui, do meio social em que vive e das experiências a que foi submetido. Tornando tal tarefa deveras árdua para os juristas.

30 BRASIL. **Código Penal Militar.** Organização de Álvaro Lazzarini. 12 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

31 NEVES, Cícero Robson Coimbra. Direito penal militar juvenil (?). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2242. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13365>>. Acesso em: 11 fev. 2013

Seguindo esta vertente, Kirst e Molin ensinam que:

Assim, especificamente sobre o início, aos 18 anos, da maioridade penal, a norma inscrita no artigo 228 do texto constitucional representa uma das garantias decorrentes dos direitos assegurados aos menores. E, nessa perspectiva, integra o núcleo imodificável da Constituição – cláusulas pétreas –, de modo que, qualquer tentativa do legislador infraconstitucional, ou mesmo do Poder Constituinte Derivado, por meio de Emenda Constitucional, de reduzir a idade inicial da maioridade penal será inconstitucional.<sup>29</sup>

Portanto, a idade estabelecida pela legislação pátria para que seja possível a imposição de uma pena ao agente que praticou uma conduta típica e antijurídica é de 18 anos de idade, constituindo tal previsão um direito individual da criança e do adolescente, que não pode ser modificado por integrar o núcleo imutável da Constituição Federal de 1988.

### 3.2 Maioridade Penal no Direito Penal Militar

O Código Penal Militar foi aprovado por meio do Decreto-Lei de 1001, de 21 de outubro de 1969, ou seja, em pleno período de ditadura militar, quando os militares dominavam o regime político vigente no país.

Neste diapasão, ao tratar da inimputabilidade penal, a citada legislação coloca que:

Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico

29 KIRST, Dario José; MOLIN, Ângela. **A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal.** Ciência e conhecimento – revista eletrônica da Ulbra São Jerônimo. Vol 2, 2007. Disponível em: <[http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002\\_DirA5.pdf](http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002_DirA5.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2013.

co para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.<sup>30</sup>

Assim, a idade estabelecida para que uma pessoa fosse considerada capaz penalmente pelos seus atos, foi fixada em dezoito. No entanto, acrescentou a ressalva aqueles que se encontravam no intervalo compreendido entre os dezesseis e os dezoito anos, adotando para estes o critério biopsicológico, pois se fossem capazes de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar por tal entendimento passariam a condição de imputáveis.

De acordo com NEVES,

A maioridade penal, ainda em uma etapa tutelar marcada pelo “Código Mello Matos”, foi fixada acima dos dezesseis anos, seguindo também o critério biopsicológico para os maiores de dezesseis e menores de dezoito, adotando-se o critério do discernimento e o critério biológico para os menores de dezesseis anos [...] <sup>31</sup>.

O sistema do discernimento, adotado pelo Código Penal Militar, para os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos, traz em seu bojo um alto grau de insegurança, pois ao juiz caberia decidir se ao momento da ação ou da omissão possuía o adolescente a capacidade mental suficiente para compreender o caráter ilícito do fato. Devendo para tanto considerar fatores dos mais diversificados, pois cada ser humano é fruto da carga genética que possui, do meio social em que vive e das experiências a que foi submetido. Tornando tal tarefa deveras árdua para os juristas.

30 BRASIL. **Código Penal Militar.** Organização de Álvaro Lazzarini. 12 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

31 NEVES, Cícero Robson Coimbra. Direito penal militar juvenil (?). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2242. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13365>>. Acesso em: 11 fev. 2013

Outra peculiaridade existente no Código Penal Militar está no Art. 51, quando este estabelece que:

Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade: a) os militares; b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento; c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.<sup>32</sup>

Desta maneira, o adolescente que possui íntima relação com a vida militar seja por ser integrante de uma das Forças Armadas ou auxiliares, por haver sido convocado, haver se apresentado à incorporação, ou dispensado desta última, ou ainda por simplesmente estudar em um colégio sob direção e disciplina militar, é equiparado aos maiores de dezoito, ou seja, podem responder penalmente por seus atos.

No entanto, ocorre que a Constituição de um Estado é considerada sua lei fundamental, sendo, pois, parte integrante de um todo denominado ordenamento jurídico, que vai conter as normas que regem as relações interpessoais e estatais no âmbito jurídico. A Carta Magna dentro desta estrutura ocupa o topo da pirâmide, pois todas as demais leis, entendendo estas num sentido amplo, estarão subordinadas a ela. Atendendo, assim, os princípios da hierarquia das normas e da supremacia constitucional.

Ensina José Afonso da Silva que:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz ape-

32 NEVES, Cicero Robson Coimbra. Direito penal militar juvenil (?). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2242. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13365>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

nas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.<sup>33</sup>

Na realidade o que ocorre é que quando surge uma nova Constituição, decorrente, pois, de um Poder Constituinte originário, esta se projeta sobre o ordenamento jurídico existente, revogando as normas incompatíveis e conferindo novo fundamento de validade às disposições infraconstitucionais.

A respeito do tema Pedro Lenza expõe:

Pode-se afirmar, então, que nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação da lei anterior pela nova Constituição por falta de recepção.<sup>34</sup>

Portanto, a Constituição Federal ao insculpir no Art. 228 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”<sup>35</sup>, revogou por falta de recepção os artigos do Código Penal Militar que tratavam da maioria penal, em especial os que estabeleciam a imputabilidade do menor com dezesseis anos desde que revelasse suficiente desenvolvimento psíquico, por se tratar de um Decreto-Lei, de 21 de outubro de 1969, claramente contrária às determinações constitucionais e anterior a promulgação da Carta Magna vigente.

33 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

34 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186.

35 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

### 3.3 Responsabilização do adolescente militar

O militar, enquanto agente público que é, está sujeito a sistema de tríplice responsabilidade, pois quando do cometimento de um ato ilícito poderá sofrer consequências nas esferas penal, administrativa e civil que vão atuar de forma independente uma da outra.

Ramos explica, ao cuidar da responsabilidade penal e administrativa do militar, que “no sistema jurídico pátrio impera o princípio da independência entre as esferas de responsabilidade penal e administrativa, fato que poderá conduzir à responsabilização do militar infrator tanto no âmbito administrativo disciplinar quanto na esfera penal militar”<sup>36</sup>.

Claro está que o menor é imputável, no entanto, “a imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração”,<sup>37</sup> ou seja, o fato de não poder ser aplicada uma pena não significa que o agente não poderá ser responsabilizado pelos seus atos de uma outra maneira.

Todavia, quando se busca a responsabilização de um adolescente é sempre importante lembrar que “não podemos tratar adultos e adolescentes de uma mesma maneira, pois estão submetidos a ordenamentos jurídicos diversos, justificada a diferenciação pelas finalidades almejadas em cada segmento”.<sup>38</sup>

Independente, portanto, da emancipação, que é “a antecipação da capacidade plena, em virtude da autorização dos representantes legais do menor ou do juiz, ou pela superveniência de fato a que a lei atribui

36 RAMOS, Torrecillas Dirceó et al. **Direito militar**: doutrinas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 431.

37 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 514.

38 BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2470>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

força para tanto”<sup>39</sup>, pois esta se dá exclusivamente no âmbito da capacidade civil, mesmo para os adolescentes militares que são funcionários públicos. Valendo o destaque de que “o menor de 18 anos civilmente emancipado continua, no campo penal, imputável”<sup>40</sup>.

Neste contexto, a responsabilização do adolescente que comete ato contrário ao direito deve existir, até para que ele possa saber que aquela atitude não é aceita pela sociedade. Esta, porém, deve ocorrer respeitando a doutrina de proteção integral e limitado às medidas previstas no estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, “pode-se, então, dizer que enquanto os maiores de 18 anos têm responsabilidade penal, os maiores de 12 e menores de 18 anos têm responsabilidade estatutária que pode, também, ser denominada de responsabilidade penal juvenil”<sup>41</sup>.

Diferente não poderia ser quando o ato infracional cometido estivesse previsto no âmbito militar, já que os direitos previstos na Constituição são hierarquicamente superiores. Do mesmo modo, o direito da criança e do adolescente deve ter prioridade absoluta sobre os demais, pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Desta forma, quando um adolescente, seja ele civil ou militar, pratica um dos delitos previstos no Código Penal Militar, deverá ser apresentado ao Juiz da Infância e da Juventude para que este, enquanto autoridade competente pra fazê-lo conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, possa diante do caso aplicar as medidas protetivas ou socioeducativas. Buscando este, antes de atender aos anseios punitivo do direito militar de ter seus valores resguardados, a melhor medida a ser indicada para o adolescente e que resguarde os seus direitos constitucionais.

39 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.149.

40 MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 3 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 436.

41 LIBERATI, Wilson Donizeti apud SANTOS, Alexandre Andrade dos. A imputabilidade do adolescente militar e civil no Brasil independente. **Revista brasileira adolescência e conflitualidade**. Disponível em: <<http://periodicos.uniban.br/index.php/RBAC/article/viewFile/168/127>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

## Conclusão

As Forças Armadas são instituições militares de grande importância na estrutura organizacional estabelecida na Carta Magna brasileira, pois são responsáveis pela defesa da Nação e pela manutenção da lei e da ordem internas.

Instituições alicerçada em valores próprios, como hierarquia e disciplina, que são protegidos por uma legislação específica, em especial pelo Código Penal Militar. Criando uma abertura para que os adolescentes que integram as fileiras das corporações, em especial nos Colégios e Centros de Formação possam cometer delitos ali capitulados.

O Código Penal Militar ao tratar da imputabilidade penal optou fez a previsão da teoria do discernimento, pelo qual os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis serão considerados imputáveis se ao tempo da ação ou omissão eram capazes de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se por este entendimento.

Considerando, porém, o critério biológico adotado pela Constituição Federal ao determinar a idade de dezoito anos para início da imputabilidade penal, tem-se que os artigos o Código Penal que trata da maioridade penal, em especial os artigos 50 e 51, foram revogados por falta de recepção constitucional.

Desta maneira, a responsabilização do adolescente que pratica um das infrações capituladas no Código Penal Militar será, por determinação constitucional, de acordo com o previsto na legislação especial, ou seja, poderá a eles ser aplicado pelo Juiz da Infância e da Juventude qualquer das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não defende a bandeira da impunidade dos menores infratores, ao contrário busca a responsabilização do adolescente por seus atos contrários a legislação vigente, seja esta militar ou comum, por meio das medidas socioeducativas, sem cunho punitivo. Buscando auxiliar no processo de compreensão da realidade e integração social, garantindo uma proteção integral aos que futuramente defenderão a Nação.

### Accountability teenager who commits an offense capitulated in Military Penal Code

#### Abstract

The Military Armed Forces and Reserve Forces are regulated by specific legislation, given the specialty of their actions in defense of the homeland and the guarantee of Constitutional powers. Receiving, in their centers and education training, people aged lesser 18 years, creating a conflict of norms when this teen commits an offense capitulated in the Military Penal Code. In this article, we seek to clarify how it will resolve the conflict of rules existent in our case between the Military Criminal Code and The Child and Adolescent Act. Observing that the criterion adopted

by the biopsychosocial Military Penal Code has not been approved by the Federal Constitution, which adopted the biological criterion and established that minors under 18 are criminally incompetent. Therefore, accountability, which should not fail to occur, the minor who commits an offense capitulated in the Military Penal Code will be made according to establishing The Child and Adolescent Act.

**Keywords:** Military Crime. Reduction of full legal age. Infractional acts. Accountability.

## Referências

BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2470>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código Penal Militar**. Organização de Álvaro Lazzarini. 12 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

BRASIL, Lei nº 6. 880, de 09 de dezembro de 1980. Ementa: Expõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

BRASIL, Lei nº 8. 069, de 13 de julho de 1990. Ementa: Expõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. RE nº 600.885/RS. Recorrente Livana Guimães Maciel e outros. Recorrido a União. Relator Ministra Cármen Lúcia. Data do julgamento 09/02/2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20052103/recurso-extraordinario-re-600885-rs-stf>>. Acesso em 31 abr. 2013.

COMANDO DA AERONÁUTICA. Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial. Apresenta textos sobre instruções para o Concurso de Admissão ao ITA 2011 (Vestibular 2011). Disponível em:

<<http://www.concursosmilitares.com.br/concurso-ita/edital-vestibular-ita-2011.html>>. Acesso em 26 abr. 2013.

COMANDO DA MARINHA. Diretoria de ensino da Marinha. Apresenta textos sobre o processo seletivo de admissão ao colégio naval (PSACN) 2011. Disponível em <[https://www.ensino.mar.mil.br/marinha/Edital.pdf?id\\_file=1308](https://www.ensino.mar.mil.br/marinha/Edital.pdf?id_file=1308)>. Acesso em 26 abr 2013.

CONSTANTINO, Renata. **Da imputabilidade penal**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1239/1181>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

EXÉRCITO BRASILEIRO. Instituto militar de engenharia. Apresenta textos de edital nº 1 – concurso de admissão ao curso de formação e graduação de oficiais da ativa do quadro de engenheiros militares CFG/Ativa–2011/2012. Disponível em: <[http://vestibular.ime.eb.br/arquivos/Admissao/Vestibular\\_CFG/Legislacao/2011Edital\\_Ativa\\_CFG\\_2011\\_2012.pdf](http://vestibular.ime.eb.br/arquivos/Admissao/Vestibular_CFG/Legislacao/2011Edital_Ativa_CFG_2011_2012.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

FERNANDES NETO, Benevides. **Crime militar e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.149.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KIRST, Dario José; MOLIN, Ângela. **A inconstitucionalidade da redução da maioria penal.** Ciência e conhecimento – revista eletrônica da Ulbra São Jerônimo. Vol 2, 2007. Disponível em: <[http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002\\_DirA5.pdf](http://www.cienciaeconhecimento.com.br/pdf/vol002_DirA5.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti apud SANTOS, Alexandre Andrade dos. A imputabilidade do adolescente militar e civil no Brasil independente. **Revista brasileira adolescência e conflitualidade.** Disponível em: <<http://periodicos.uniban.br/index.php/RBAC/article/viewFile/168/127>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal:** Parte geral. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Direito penal militar juvenil (?). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2242. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13365>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

NUNES, Eduardo Silveira Netto. **Apontamentos legais a respeito dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.** Disponí-

vel em: <<http://www.abmp.org.br/textos/198.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente:** uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES JÚNIOR, Felício de Araújo apud PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente:** Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 127.

RAMOS, Torrecillas Dircêo et al. **Direito militar:** doutrinas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SANTOS, Alexandre Andrade dos. A imputabilidade do adolescente militar e civil no Brasil independente. **Revista brasileira adolescência e conflitualidade.** Disponível em: <http://periodicos.uniban.br/index.php/RBAC/article/viewFile/168/127>. Acesso em: 22 abr. 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente autor de ato infracional.** Disponível em: <<http://www.renade.org.br/midia/doc/3.2.1.3---SARAIVA,-J-B-C.-Medidas-socioeducativas-e-o-adolescente-infrator.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Octavio Augusto Simon de. Leis penais especiais e sua aplicação na justiça militar estadual: primeira parte. **Revista da Associação de Magistrados das Justiças Militares Estaduais:** Direito Militar. Florianópolis, n. 75, p. 10-14, jul./ago. 2011.

## Os dispositivos de normalização da sociedade disciplinar e a margem de fora: “A fabricação do antinarciso nos aparelhos jurídico-sociais”

### Renata Celeste

Mestre e Doutoranda pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE; Professora Adjunta da Faculdade Damas da Instrução Cristã, FADIC; Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Pernambuco, TJPE.

### Resumo

O texto trata de uma breve investigação sociológica acerca da produção do estigma a partir da interpretação e regulação do comportamento desviante. Utilizando o aporte teórico da obra de Erving Goffman e dos elementos que perfazem a Sociedade Disciplinar de Michel Foucault, buscamos demonstrar a construção do sujeito estigmatizado como um subproduto do sistema penal. A identidade do delinquente resulta de um processo complexo que envolve o reconhecimento social de sua conduta como inadequada e o agir dos aparelhos do Estado que implicam no reforço dessa identidade desviante. O padrão desviante pas-

sa por um plano tripartido onde o Direito atua, estabelecendo o modelo normativo da conduta, o campo social traça os parâmetros do sentido do comportamento normal e o Estado regula a concretização do processo de exclusão do sujeito. O processo de esquadrinhamento do sujeito segue uma lógica de economia, o delinquente é o indivíduo que a relação de poderes escolhe para marginalizar e isolar. Aquele que é reconhecido enquanto desviante integra a sociedade na margem do fora.

**Palavras-chave:** Estigma. Sociedade Disciplinar. Delinquente. Antinarciso.

### Referência do texto

SANTANA, Rebeka Cristiny Barbosa de. Responsabilização do adolescente que comete delito capitulado no Código Penal Militar. *Revista da ESMape*, Recife, v. 17, n. 36, p. 307-336, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## Introdução

O presente trabalho pretende abordar a produção da identidade de linquente, levando em consideração a inscrição dos estigmas carregados por estes indivíduos. No decorrer do texto a intenção é mostrar que esse processo de subjetivação não ocorre ao acaso, tal realidade desenha-se a partir de um jogo estratégico de poderes, onde se mesclam o jurídico, o social e o político.

A marca individualizante do estigma desencadeia um duplo processo de exclusão: a autoexclusão que acontece a partir da percepção do processo de diferenciação sofrido pelo Outro<sup>1</sup> e a exclusão social alimentada pela sociedade que cria um mecanismo hostil de tratamento diferenciado aos indivíduos indesejados.

Utilizaremos como referenciais teóricos Erving Goffman, de quem adotaremos a conceituação e o desenvolvimento do estigma e Michel Foucault para traçar modos de subjetivação como fatores de legitimação da ordem social, numa relação circular e cúmplice, que estabelece a lógica de dominação social em função de uma dinâmica de produção de exclusão social como padrão de normalidade para uma sociedade disciplinar.

### 1 Estigma: na margem de fora

Segundo Goffman, os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo *estigma* para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinária ou má sobre o *status* moral de quem os apresentava (1988:11).

<sup>1</sup> O termo aqui está grafado com inicial maiúscula por adotar a visão psicanalítica de Lacan para reconhecimento do Outro.

O decorrer do tempo emprestou outras significações ao termo, na Era Cristã foi tido como metáfora de graça divina (GOFFMAN,1988:11); hoje a acepção da palavra estigma possui contorno eminentemente negativo, tendo ligação com o indesejado que é alvo de preconceito.

A sociedade acaba por impor determinadas regras de categorização aos indivíduos, levando em conta atributos considerados normais e aceitáveis no cenário social. Os ambientes sociais estabelecem certo nível de probabilidade entre as categorias de pessoas que podem neles serem encontradas. Dessa forma, para Goffman, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua *identidade social* (1988:12-13).

Esse processo de percepção da característica do Outro acontece, inicialmente, em um nível inconsciente, operamos um processo de expectativas quanto aos atributos do indivíduo a nossa frente, mas não reconhecemos de imediato a racionalização dessa expectativa. No momento em que passamos a problematizar o preenchimento dessas expectativas é que, segundo Goffman, percebemos que durante todo o tempo estivemos fazendo algumas afirmativas em relação àquilo que o indivíduo que está a nossa frente deveria ser (1988:12). Essa caracterização apriorística que fazemos do indivíduo, essa exigência efetiva que realizamos se apresenta como uma *identidade social virtual*, uma vez que não são os atributos pertencentes ao indivíduo, mas sim, os atributos que esperamos encontrar. Em oposição, os atributos efetivamente possuídos pelo indivíduo formam *sua identidade social real*.

Essa característica *imputada* é um estigma, sobretudo quando seu efeito de descrédito é relevante e constitui uma discrepância entre a *identidade social real e a identidade social virtual*. O termo estigma será usado como referência a um atributo depreciativo, mas como apresenta Goffman, o que é preciso é uma linguagem de relações e não de atributos (1988:13). É a relação intersubjetiva que define o valor do estigma, um

atributo que estigmatiza pode gerar a normalidade do outro envolvido na relação, portanto, é a partir da significação do estigma num ambiente relacional que definimos ou não seu valor de descrédito.

Há duas formas em que se apresenta o estigma, numa primeira o estigmatizado é logo reconhecido como tal, sua marca é imediatamente percebida pelos demais; uma segunda forma trata daquele estigma que não é imediatamente perceptível. No primeiro caso, segundo Goffman, estamos diante da condição do *desacreditado* e no segundo do *desacreditável*.

Podemos mencionar três tipos de estigmas que possuem um certo nível de distinção; um primeiro conjunto está formado pelas *deformidades do corpo*, no segundo conjunto são questões morais, *as culpas, o caráter e as falhas de conduta*, e no terceiro, as diferenças de *etnia, tribos e raças*. O conjunto que nos interessa é o segundo, a produção do estigma a partir das condutas desviantes e como esse indivíduo será tomado como desacreditado, apesar de portador de um estigma social e não físico.

## 2 Sociedade disciplinar: os dispositivos de normalização

A análise de Foucault penetra nos interstícios ocultos, em que inúmeras formas de poder interferem na constituição do sujeito. Houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo de poder (FOUCAULT, 2002a : 117). O corpo treinável, manipulável, capaz de produzir força ganhou atenção, dava-se a abertura para o Homem-máquina. Segundo Foucault, existem dois registros de escrita para o Homem-máquina, um anátomo-metafísico, iniciado por Descartes; e outro, técnico-político no qual se observa o conjunto de regulamentos militares, escolares e processos empíricos e refletidos para controlar e corrigir as operações do corpo (2002a: 117-118).

Esses são os caminhos da docilização dos corpos com registros bem distintos, pois em um momento se trata de submissão e utilização e em outro de funcionamento e de explicação, nas palavras de Foucault: corpo útil e corpo inteligível. “O Homem-máquina” de La Mettrie é, ao mesmo, tempo uma redução materialista da alma e uma teoria geral do adestramento, no centro dos quais reina a noção de “docilidade” que une ao corpo analisável o corpo manipulável (2002a: 117).

Tal processo implica uma coerção ininterrupta que esquadrinha tempo, espaço e movimento. Esses métodos que permitem o controle minucioso do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas” (2002a: 118). Essa política de coerção e manipulação calculada ativa um mecanismo perverso de assujeitamento, o corpo entra numa maquinaria que o desarticula, mas ao mesmo tempo o recompõe em moldes ficcionais que assumem o papel da realidade.

A partir desse modelo, ficam sugeridos os enquadres, os corpos não úteis devem ser marginalizados, separados, excluídos, não fazem parte de uma economia. Aquilo que está fora da normalização deve ser tratado em espaços individualizados. O processo de disciplinamento fabrica corpos dóceis e alimenta a sectarização dos “corpos inúteis”.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada. (FOUCAULT, 2002a: 119)

Essa microfísica tende a cobrir o corpo social inteiro, esse controle minucioso é necessário para a regulação utilitária do homem. Observemos que o Estado não mais pode alcançar tamanho controle sem se perder em alguma forma de totalitarismo, logo o antigo poder absoluto e régio do soberano cede espaço para técnicas difusas e detalhadas de domesticação. A disciplina é uma anatomia política do detalhe (2002a :120).

Em primeiro lugar, a disciplina observa a distribuição dos indivíduos no espaço, daí a importância da economia do espaço: fábricas, escolas, hospitais, quartéis e prisões são lugares determinados que visam não só ao controle das comunicações, mas à produção do espaço útil. O tempo também tem função essencial na disciplina, a obrigação do horário, a elaboração temporal do ato, a articulação corpo-objeto que define a relação do corpo com o objeto que ele manipula, a utilização exaustiva “é proibido perder tempo que é contado por Deus e pago pelos homens” (2002a : 131).

O aparelho judiciário também se adaptará a essa mecânica da disciplina. O sucesso do poder disciplinar reside no uso dos instrumentos simples: um olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame, como procedimento específico. Essa produção do homem moderno criou estigmas que penetram a noção de normalidade na sociedade até hoje. A disciplina funcionou como espécie de máquina pedagógica para adestramento que observou todos os detalhes. Adestrar corpos vigorosos, *imperativo de saúde*; obter oficiais competentes, *imperativo de qualificação*; formar militares obedientes, *imperativo político*; prevenir a devassidão e a homossexualidade, *imperativo de moralidade* (2002a : 145). A preocupação com esses atributos levou a uma padronização do sujeito e à separação entre os indivíduos, contribuiu para a cultura da estigmatização do sujeito que nasce com algum sinal de imperfeição ou daquele que comete alguma *conduta desviante*.

As disciplinas estabelecem uma infrapenalidade, esse pequeno mecanismo penal é aplicado pela sociedade disciplinar como um todo. O

sistema de micropenalidades funciona para sancionar problemas de tempo, da maneira de ser, dos discursos, do corpo e da sexualidade. A vigilância está em toda parte normalizando, inclusive na auto-observação. É passível de pena tudo que se afaste da regra, todos os desvios. O funcionamento jurídico-antropológico que a história da penalidade revela tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que fez funcionar esses novos mecanismos de sanção normalizadora. O Normal se estabelece como princípio de coerção. Um campo de comparação é traçado, um espaço de diferenciação criado e o princípio de uma regra a seguir é apresentado.

Assim a sociedade disciplinar tece sua trama, distribuindo papéis e impondo padrões de existência, a técnica da disciplina forma um sujeito assujeitado que não se percebe enquanto alvo de manipulação. Dois resultados nos interessam nessa rede, a formação do padrão de *normalidade* imposta à sociedade e a produção dos espaços de diferenciação e exclusão que alcançam os indivíduos com a marca da “*anormalidade*”.

### 3 Direito e disciplina: uma função estratégica

O tratamento do direito encontrado em Foucault possui uma noção com contornos negativos, o direito se apresenta como uma espécie de castrador formal, assumindo formas negativas de interdição formalista. E a partir do triângulo poder, direito e verdade ele pretende organizar sua investigação.

O conceito de poder foucaultiano se situa em algum lugar entre o direito e a verdade. “O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso (FOUCAULT, 2006, p.8)”, “o poder

produz realidade antes de reprimir” (FOUCAULT *apud* DELEUZE, 2006, p.38), o direito possui duas implicações nesses enunciados, primeiro ele produz verdade que legitima o discurso de poder, depois sua forma está sedimentada na atitude de repressão; a distribuição de poder, direito e verdade é relacional.

Foucault quer estudar o modo pelo qual o poder se exerce, o “como do poder”, conforme ele mesmo explica:

em outras palavras, isso equivale a compreender os mecanismos do poder balizados entre os limites impostos de um lado pelo direito, com suas regras formais delimitadoras, e de outro pela verdade, cujos efeitos produzem, conduzem e reconduzem novamente ao poder. É nesse sentido que Foucault menciona a relação triangular que se estabelece entre esses três conceitos: poder, direito e verdade (FOUCAULT, 2002, p.28.)

Mais factualmente a questão versará sobre quais as regras de direito de que o poder se utiliza para produzir discursos de verdade, “qual é esse tipo de poder capaz de produzir discursos de verdade que são, numa sociedade como a nossa, dotados de efeitos tão potentes?” (FOUCAULT, 2002, p.28; FOUCAULT *apud* O. BURMES-TER, 2005, p.38). São múltiplas as relações de poder que coabitam na sociedade, entretanto essas relações de poder não se sustentam sem a economia de um discurso de verdade, o poder não se exerce sem a circulação de um discurso verdadeiro e esse discurso é produzido e legitimado pelo direito. A verdade é a norma, e assim estamos inseridos em relações de poder que necessitam de discursos de verdade para se estabelecerem, os quais, por sua vez, estão imbricados no direito que afirma o que é ou o que não é. O direito se apresenta tal qual uma hermenêutica de mundo, mas uma hermenêutica que afirma o poder soberano e legitima as disciplinas necessárias ao modelo de repressão.

Nessa esteira, Foucault propõe a seguinte análise pertinente ao direito: “o sistema de direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfa (FOUCAULT, 2002, p.32),” não se trata mais de analisar a legitimidade da norma, mas observar o resultado atingido pelo direito nos termos dos mecanismos de sujeição que ele põe em prática. Ao mesmo tempo Foucault não pretende a análise de poder do lado de dentro, mas antes em sua externalidade, no fora, no como se dá seu exercício e seu contato com seu objeto, com seu campo de aplicação. A verdade foge do ambiente de valor, está mais próxima do campo de intenções, do porquê de sua produção. Impõe-se, afinal, a busca do poder naquele exato ponto no qual ele se estabelece e produz efeitos (FOUCAULT, 2002b, 33).

A verdade se profissionaliza, e no centro daquela relação triangular, a verdade é a norma, nesse sentido, e antes de qualquer coisa, são os discursos verdadeiros que julgam, condenam, classificam, obrigam, coagem, trazendo consigo efeitos específicos de poder.

O direito funciona como o discurso regulador das disciplinas, ele produz legitimidade para as técnicas de domesticação. É o direito que vai normatizar o que é normal e o que é anormal, o que é família e o que é desvio de conceito; exemplificando, nosso Código Civil positiva capazes, absolutamente incapazes e relativamente incapazes; positiva as relações familiares e prevê até mesmo a possibilidade de o indivíduo dispor ou não do corpo.

#### 4 Antinarciso: a inversão do mito

Essa sociedade disciplinar, ao ditar os contornos da normalidade limitou, a um só tempo, as zonas de diferenciação entre indivíduos. Implica admitir que o reconhecimento dos *estigmas* possui um ambiente estreitamente ligado aos imperativos de normalização da disciplina.

Utilizaremos o mito de Narciso para percorrer a origem do que chamaremos de “*antinarciso*”, ou seja, o indivíduo estigmatizado na sociedade, que em oposição ao belo emblematizado nas pulsões pelo normal, concentra os atributos do feio, do mal, do indesejado. Nosso antinarciso, especificamente, será o sujeito delinquente, tanto o sujeito condenado, como o potencialmente condenável junto ao olhar do corpo social. Nessa esteira, apontaremos como pano de fundo a contribuição do aparelho judiciário penal e prisional como catalisador na formação dos estigmas e a sanção social aplicada ao indivíduo que passa a ser visto com repulsa e medo.

Na atualidade, a palavra “estigma” representa algo de mal, que deve ser evitado, uma ameaça à sociedade, isto é, uma identidade deteriorada por uma ação social (MELO, 2005). O indivíduo que comete uma conduta desviante e é isolado na máquina prisional passa a ter sua identidade virtual tomada como real, independentemente daquilo que informe toda sua *biografia*. Entende-se que tudo o que alguém fez e pode, realmente, fazer, é passível de ser incluído em sua biografia, como o ilustra o tema relativo a Jekyll e Hyde (GOFFMAN, 1988: 73). A introdução do “biográfico” é importante na história da penalidade. Porque ele faz existir o “*criminoso*” antes do crime e, num raciocínio limite, fora deste (FOUCAULT, 2002a : 211).

Esse mecanismo é revestido de uma sofisticada perversão, observemos que embora a regra formal seja de presunção de inocência, a mera suposição de crime ou desvio leva o indivíduo à margem, a meti-

culosidade desse mecanismo de estigmatização ganha contornos mais complexos quando, até mesmo, em uma atividade usual qualquer o indivíduo que desvia a regra passa a ser repudiado como *desacreditado*. Essas técnicas de atribuição de identidade desacreditada são mais visíveis quando o indivíduo carrega informações físicas e sociais desacreditáveis: negro, pobre, mal vestido ou de postura suspeita.

Como negar que, nos dias atuais, se um indivíduo vier pela rua em uma bicicleta às 22h, trajando roupas simples e tendo a pele negra, não será posto em dúvida quanto à sua intenção? Ou uma moto que pare no sinal, ao lado do seu carro, com dois indivíduos não desperta sua suspeita? E ainda, qual a informação cerebral que se processa ao encontrar com membros de torcidas organizadas? Todos esses sujeitos encontram abrigo numa subjetividade potencialmente delinquente e ganham o rótulo do estigma aparente.

O outro tipo de identidade deteriorada e admitida como estigmatizada pela delinquência é a do prisioneiro, em três tempos: o condenado, o recluso sem condenação e o pós cumprimento de pena. A sociedade passa a hostilizar tais indivíduos, independentemente de qualquer grau de culpabilidade comprovada ou de “ressocialização” postulada; essa hostilidade encontra respaldo em dois momentos de reflexão: um primeiro, de ordem estritamente social e empírico, representado pelo grau de violência observado; um segundo, pela comprovação, ao menos no discurso, de que a prisão deforma e fabrica delinquentes.

Nas grandes cidades, hoje em dia, exemplos que mostram como essa realidade está se banalizando saltam aos olhos: muros cada vez mais altos, vigilância eletrônica em simples casas residenciais, vigilantes nas ruas pagos pelos moradores. (OLIVEIRA, 2005), essa afirmação exemplifica o modelo de um campo social do medo que, conseqüentemente, leva a sério os atributos que servem para categorizar os estigmas.

Nas palavras de Foucault, a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem (...) “é de qualquer maneira não pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa” (FOUCAULT, 2002a : 222).

A prática de subjugar o marginalizado ou de segregar, com o fito de normalizar o indivíduo que foge ao padrão desejado, assume uma feição singularmente plural e ameaçadora ao padrão globalizante, rotulando-o e transformando-o em vítima de crimes sistêmicos. É espécie de abuso do poder contra os excluídos. Enfim, a prisão, indiretamente, fabrica delinquentes, molda o feio, fabrica os antinarcisos.

Logo o rótulo legal, posto pelo Sistema Penal, dá ao segregado, pela diferença de cor, sexo, religião, ou mais especificamente para nosso estudo de classe social, seu lugar à margem da sociedade. No Sistema Penal cria-se o estigma criminalizador, o perfil do indivíduo criminoso que é retratado de acordo com bases empíricas, pois o menos favorecido tem, nos mais puros moldes lombrosianos, seus hábitos associados ao crime, sua área residencial ligada ao crime, enfim, suas feições sociais ligadas ao perfil criminológico. O sistema é a ele destinado, pune-o, não o protege quando pouco o persegue com menos insistência. O estigmatizado cumpre a pena do sistema e a pena da sociedade.

O pré-conceito de um homem abstrato e de posturas esperadas nos meios dominantes delinea, assim, o que é correto, quais vícios são aceitos e em que dosagens e quais perversões são adequadas ao homem civilizado. Formado o conceito do homem padrão surge o seu oposto, o homem desviante, que não deve ser aceito entre os outros, pelas suas diferenças, que esbarram na tolerância.

O que está à margem da sociedade deve receber um sinal claro para que a sua chegada seja percebida, pois a face desviante nem sempre

está exposta com clareza; as desculpas para a segregação nem sempre são convincentes, o indesejado deve estar reconhecível.

## 5 Conclusão

A sociedade disciplinar que Foucault pinta, com seu séquito interminável de vigilância, controle e adestramento é, francamente, sinistra. Mas – permitindo-nos um neologismo – a “sociedade indisciplinar” que temos é, de outro lado, insuportável. (OLIVEIRA, 2005). A provocativa afirmação do professor Luciano Oliveira faz total sentido para a realidade brasileira, de fato estamos submersos na sufocante “sociedade indisciplinar” de que ele fala.

Entretanto, a trama que nos leva até essa sociedade sem rédeas passa, indubitavelmente, pelas técnicas administradas na sociedade disciplinar de Foucault. O que nos leva a afirmar isso? As técnicas de normalização e os padrões adotados como “alvo de desejo”, mesmo em nossa realidade indisciplinar, pertencem a um modelo de disciplinas trabalhadas ao longo da história.

O adestramento da sociedade disciplinar não deixou de existir enquanto técnica de docilização, mas a imposição desse poder disciplinar em contextos híbridos como o brasileiro produziu violência. Podemos falar em dois cenários distintos que se interconectam para refletir a realidade hoje; primeiro, uma cena onde as relações sociais se desenvolvem entre *normais x estigmatizados*: a ideologia dos corpos úteis e das disciplinas de docilização serviu para produzir diferenciação e colocar em evidência o *diferente enquanto diferente*. No outro cenário, uma sociedade que desconheceu a disciplina pela total inacessibilidade a escalas de valor: essa parcela sofre e produz violência.

Os mecanismos de vigilância estão postos, servindo em duas frentes: primeiro a autovigilância do indivíduo normal que manipula o estigma; depois a vigilância constante que recai sobre o indivíduo que está no fora, aquele que não está enquadrado no *normal*, o estigmatizado pela conduta desviante. Vivemos a *distopia*.

The Devices Society disciplinary standards and margin off "The fabrication of the antinarciso devices legal-social"

### Abstract

The text is a brief sociological research on the production of stigma from the interpretation and regulation of deviant behavior. Using the theoretical work of Erving Goffman and the elements that make up the Society Disciplinary Michel Foucault seeks to demonstrate the construction of the subject stigmatized as a byproduct of the penal system. The identity of the offender is the result of a complex process that involves the social recognition of his conduct as improper act and the state apparatus involving the strengthening of this deviant identity. The deviant pattern undergoes a tripartite

plan where the law acts establishing the normative model of behavior, the social field outlines the parameters of the sense of normal behavior and the state regulates the finalization of the exclusion of the subject. The process of exploration of the subject follows a logic of economics, the offender is the person who chooses the relation of power to marginalize and isolate. One that is recognized as deviant in society integrates the outside edge.

**Keywords:** Stigma. Disciplinary Society. Offenders. Antinarciso.

### Referências

DELEUZE, Gilles. 1986. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 6ª ed 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 25ª Ed., 2002a.

\_\_\_\_\_. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

\_\_\_\_\_. Verdade e Poder. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 22ª edição, 2006a.

\_\_\_\_\_. História da sexualidade, vol.1, **A vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 17ª edição, 2006b.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação de identidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.

MELO, Zélia Maria de. **Os estigmas: a deterioração da identidade social**. Texto encontrado: <http://www.sociedadeinclusiva.pucminas.br/anaispdf/estigmas.pdf>, acessado em 04 de abril de 2008.

O. BURMESTER, Ana Maria. Em defesa da sociedade. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. L.; VEIGA-NETO, Alfredo (orgs.). **Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. **Os direitos humanos e seu subsolo disciplinar– Uma leitura anti-foucauldiana de Michel Foucault**. Texto apresentado no I Encontro Nacional "Direitos Humanos no Século XXI", realizado pela ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação), no Rio de Janeiro, em junho de 2005.

## Aspectos gerais sobre a implantação de falsas memórias

**Rodrigo Rougllas Eloi Gomes**

Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito de Garanhuns/Pernambuco (FDG). Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns (AESGA).

### Resumo

A evolução das disposições civilistas foi marcada por árduas reivindicações sociais. Pode-se mencionar que o Direito de Família é a ramificação do Direito Civil que muda, drasticamente, a cada dia, uma vez que deve acompanhar as aspirações sociais. O presente artigo, inicialmente, realiza uma abordagem histórica, com sustentáculo nas disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e, conseqüentemente, com respaldo na inteligência do Código Civil de 2002 (CC/02). Imperioso salientar, neste contexto marcante, que, considerando que homens e mulheres estão em pé de igualdade, surgiu um problema social gravíssimo chamado Alienação Parental ou Implantação de Falsas Memórias, regulado pela Lei 12.318 de 2010, que consiste no afastamento da

criança ou adolescente, proporcionado, geralmente, pelo genitor guardião, ora alienante, em face do genitor alienado, detentor do direito à convivência. O artigo em apreço também traz a lume a análise sobre a Lei 12.318 de 2010, aliada ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), observando a conduta dos alienantes, as conseqüências decorrentes da prática de alienação parental, o procedimento judicial, os mecanismos inibidores, bem como, derradeiramente, a responsabilidade civil do genitor alienador, tudo com respaldo na Doutrina da Proteção Integral, preconizada pelo ECA.

**Palavras-chave:** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Código Civil de 2002. Lei 12.318 de 2010. Implantação de Falsas Memórias.

### Referência do texto

CELESTE, Renata. Os dispositivos de normalização da Sociedade disciplinar e a margem de fora: "A fabricação do antinarciso nos aparelhos jurídico-sociais". *Revista da ESMape*, Recife, v. 17, n. 36, p. 337-352, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

## 1 Introdução

Aborda-se, como tema do presente artigo, a Lei de Alienação Parental – Lei 12.318 de 2010, em seus aspectos gerais, fazendo um paralelo com as disposições do atual Código Civil de 2002, bem como à luz da Constituição Cidadã de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inicialmente, é exposta a relevância do papel dos genitores perante a criação dos filhos, bem como são realizados sucintos comentários sobre a evolução da entidade familiar, fundamentalmente, no tocante à abolição do termo “pátrio poder” e ao advento do “poder familiar”, mostrando, assim, as alterações substanciais correlatas ao assunto em epígrafe.

Destarte, urge mencionar que todo trabalho é concretizado em total consonância com os termos da Lei e com sustentáculo nos posicionamentos de insígnis doutrinadores que abordam o assunto, com muita maestria, tratando de maneira minuciosa sobre o surgimento do termo “Alienação Parental” e, conseqüentemente, acerca da sua implicação na conjuntura familiar.

Busca-se a observância das gravíssimas conseqüências decorrentes desta prática funesta que vitima crianças/adolescentes e os genitores alienados, em conformidade, inclusive, com os ensinamentos da Psicologia Forense.

Interessante destacar neste contexto que são feitas análises acerca dos mecanismos hábeis expostos pela Lei 12.318 de 2010, que servem para inibir e responsabilizar o genitor alienante, bem como é devidamente ventilada a possibilidade jurídica do enquadramento do instituto jurídico da responsabilidade civil em face do alienante.

Nestes moldes, o presente trabalho busca, de forma geral, a reflexão sobre a aplicação das disposições da Lei 12.318 de 2010, tudo em con-

formidade com o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como forma de solucionar lides desta natureza.

## 2 O papel dos genitores à luz da doutrina da proteção integral

Compulsando as recentes construções familiares aliadas às modelações de natureza legislativa, precioso destacar que, hodiernamente, no Direito brasileiro, são cada vez mais notórias as disputas entre pais e mães, que visam o exercício da guarda dos filhos, haja vista que o CC/02 assegura que qualquer um dos genitores pode desempenhar tal direito, de forma conjunta ou isolada, a depender da modalidade de guarda, desde que possua condições para efetivação de tal *mínus*, em conformidade com as disposições dos artigos 1566, inciso IV, 1583 e 1584, *caput*, todos do CC/02, bem como à luz do artigo 227 da CRFB/88.

Deve-se salientar então que Lôbo (2012, p. 298), corroborando o ora mencionado, destaca os deveres dos genitores, quando dispõe que “[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.”

Assim, é precioso consignar que os genitores dos infantes e adolescentes, naturalmente, têm o dever de assegurar o desenvolvimento saudável da prole, seja através do exercício da guarda ou por intermédio do direito à convivência, neste caso, à luz do artigo 1589 do CC/02, tudo em conformidade com a doutrina da Proteção Integral prevista nos artigos 1º e 4º da Lei 8069/1990 – ECA.

Como é sabido, a doutrina da Proteção Integral prevista no ECA, aliada aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Prioridade

Absoluta e do Melhor Interesse, tem o intuito de salvaguardar, com plenitude, os direitos da criança e do adolescente, retirando-lhes de eventuais situações de risco, assegurando, assim, conforme dispõe o artigo 3º do ECA “[...] todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

### 3 Apontamentos sobre a evolução das disposições civilistas no contexto familiar

Fazendo uma análise comparativa, percebe-se que o já revogado CC/1916, trazia à baila o termo “pátrio poder”, onde o homem era tido como chefe da família e, assim, responsável por todas as decisões dentro do núcleo familiar.

Ocorre que a sociedade, gradativamente, mudou e o homem deixou de desempenhar papel exclusivo nas deliberações sociais, frisando, fundamentalmente, as de ordem familiar.

As mulheres, através de reivindicações incansáveis, com muita maestria, ao decorrer do tempo, conquistaram os seus espaços dentro da sociedade contemporânea, galgando papéis que, até então, eram masculinizados.

Destarte, pode-se dizer que, com base neste cenário jurídico arcaico, agasalhado pelo CC/1916, após incontáveis batalhas sociais, visando à oficialização de direitos equitativos, a CRFB/88, à luz da inteligência dos artigos 5º, inciso I e 226, §5º, de maneira extremamente acertada, equiparou os direitos e deveres entre homens e mulheres.

Posteriormente, o Código Civil, Lei 10.426 de 2002, que passou a vigor no dia 1º de janeiro de 2003, com o intuito de promover uma

adequação do universo jurídico no campo fático, dentre tantas outras alterações, dizimou o termo “pátrio poder” e instituiu o poder familiar, ratificando, desta forma, as disposições constitucionais no que concerne ao nivelamento dos direitos entre os homens e as mulheres, conforme lecionam os aludidos artigos da Magna Carta.

Nestes moldes, sabendo que homens e mulheres estão em pé de igualdade, é incontestável, conforme suscitado anteriormente, que podem pleitear a guarda dos filhos e, conseqüentemente, exercê-la.

Corroborando o ora suscitado e arrematando a questão, Freitas (2012, p. 83) aduz que:

Somente com o advento do Código Civil de 2002 houve a oficialização dessa mudança de expressão, passando agora o poder gerencial dos filhos menores aos pais, não apenas ao genitor, a ser chamado de “poder familiar”, conseqüentemente, consagrou-se o entendimento de que a expressão da Lei de 1916 (pátrio poder) não havia sido recepcionada pela Constituição Cidadã.

Cumprе assinalar ainda que, observando o contexto histórico, geralmente, o exercício de guarda ficava com a genitora, enquanto o pai ficava com o direito à convivência, conforme dispõe Dias (2011, p. 451):

Com a significativa mudança de costumes, o homem descobriu as delícias da paternidade e começou a ser muito mais participativo, no cotidiano dos filhos. **Quando da separação, ele não mais se conforma com o rígido esquema de visitação, muitas vezes boicotado pela mãe, que se sente “proprietária” do filho, exercendo sobre ele um poder absoluto.** (grifo nosso)

## 4 Da alienação parental

À luz dos conhecimentos de Gonçalves (2012, p. 305), visando esclarecer o Termo Alienação Parental, que é decorrente do termo inglês “*Parental Alienation Syndrome*”, pode-se destacar que “O vocábulo inglês *alienation* significa ‘criar antipatia’, e *parental* quer dizer ‘paterna’”. Torna-se imperioso registrar que o termo acima também é conhecido como “implantação de falsas memórias”.

Nestes moldes, superada a questão da origem do termo Alienação Parental, Cunha et al (2012, p. 172), ensinam que “Com a separação do casal, muitas das vezes aquele que fica com a guarda da criança ou do adolescente inicia campanha de desqualificação do antigo parceiro, transferindo para a criança as frustrações decorrentes do final do relacionamento.”

No contexto em epígrafe, pode-se afirmar que, após a ruptura do relacionamento amoroso, os filhos tornam-se objetos de verdadeiras batalhas judiciais. Os pais alienadores acabam transferindo todos os ressentimentos, mágoas e frustrações, correlatos ao término do relacionamento, para os filhos, vitimando quem efetivamente não tem culpa, visando, em tese, apenas atingir o genitor detentor do direito à convivência, porém maculando, contundentemente, a incolumidade psíquica da prole, bem como todo o seio familiar que poderá ser abalado irreversivelmente.

Urge salientar que a figura da alienação parental ou da implantação de falsas memórias é relativamente nova no Brasil, considerando o surgimento de novos modelos de entidades familiares. Cumpre assinalar, então, os preciosos ensinamentos da insigne jurista Dias (2011, p. 452), que traz à baila os motivos ensejadores da postura alienante:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.

Assim, com muita propriedade e brilhantismo, a ilustre jurista Dias (2011, p. 451), explica o termo “implantação de falsas memórias”, se não veja-se “Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. **A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.**” (grifo nosso)

Com sustentáculo no ora exposto, percebe-se que a alienação parental é uma grave afronta ao Fundamento Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, preconizado pelo artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, uma vez que é um instrumento de destruição psicológica, afetiva e de vínculos familiares.

### 4.1 A origem do termo alienação parental e a postura do alienante

A problemática correlata à alienação parental foi tratada, inicialmente, pelo psiquiatra e professor norte-americano Richard Alan Gardner, que, inclusive, aborda a postura alienante como uma síndrome.

Buosi (2012, p. 59), ratificando o ora mencionado, com muita propriedade, faz um pequeno intróito sobre aparecimento da Síndrome de Alienação Parental (SAP):

No acúmulo desses fatos, pode ter início a “Síndrome de Alienação Parental”, um termo proposto em 1985 pelo professor de psiquiatria clínica da divisão de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia – EUA, Richard Alan Gardner, que conceitua a SAP [...]

Nestes moldes, Gardner apud Buosi (2012, p. 59) definiu a Síndrome de Alienação Parental da seguinte maneira:

É um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a companhia denegatória contra um dos genitores [...] Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo.

Percebe-se, claramente, a flagrante afronta aos direitos das crianças e adolescentes, bem como dos pais alienados, vitimados pela prática de alienação parental.

Os filhos são abalados psicologicamente e passam, no decorrer do tempo, após atos reiterados de alienação parental, a idealizar a figura do alienado de forma deturpada, a ponto de passar a odiá-lo, em decorrência da postura do alienador.

O genitor alienante, geralmente, é detentor de incrível poder de manipulação e costuma atribuir toda negatividade ao genitor alienado. Desempenha, assim, papel de vítima e, desta forma, transforma o alienado em verdadeiro algoz, aproximando-se cada vez mais da criança ou adolescente e, conseqüentemente, utilizando todas as medidas possíveis, para distanciar a prole do alienado.

Corroborando o ora alegado, Trindade (2011, p. 187) também traz à luz a discussão sobre a alienação parental, quando ventila o perfil do alienador, senão veja-se:

**Num pressuposto de imaturidade e instabilidade emocional, utiliza-se o filho como instrumento de agressividade direcionada ao outro**, principalmente quando padece de sentimentos de abandono e rejeição enquanto fantasmas de uma relação ainda não adequadamente resolvida através de luto bem elaborado. (grifo nosso)

## 4.2 Sucintas observações acerca do advento da Lei 12.318, de 2010

Com respaldo no gravíssimo contexto de violência psicológica, a fim de tentar dirimir querelas desta natureza, bem como inibir comportamentos alienadores, foi sancionada em 26 de agosto de 2010, a Lei 12.318 que trata sobre a Alienação Parental, conforme dispõe o seu artigo 1º.

Precioso salientar que, em nenhum momento, a supramencionada Lei está envolvida pelo âmbito penal, vez que já apresenta mecanismos hábeis para solução das lides, o que é objeto de severas críticas por parte da doutrina, considerando que o dispositivo que tratava da questão em apreço recebeu veto presidencial por ser prejudicial aos interesses das crianças ou adolescentes, que já foram tão vitimados. Deve-se ressaltar ainda que também houve veto em relação à possibilidade de aplicação de mediação em contendas desta natureza, considerando que se trata de direito indisponível, logo, insusceptível o emprego do referido instrumento autocompositivo.

Ratificando o ora exposto, visando elucidar o espírito do legislador no tocante à finalidade da Lei 12.318 de 2010, Buosi (2012, p. 95) afirma que:

[...] a Lei de Alienação Parental aparece como uma tentativa de prevenção dessa síndrome, discutindo e encontrando formas de inibir essa prática tão grave e infelizmente muito comum, além de buscar encontrar soluções adequadas a cada caso familiar em concreto.

Interessante mencionar, a mero título de informação, que, apesar de Gardner ter abordado a alienação parental como uma síndrome, há fortes críticas correlatas ao termo empregado, uma vez que não há amparo em nenhum código internacional de doenças. Destarte, ratificando o ora exposto, cumpre ressaltar os ensinamentos de Buosi (2012, p. 117):

[...] para não incorrer a lei de abordar uma síndrome ainda sem registro em conselhos de medicina, trata somente do termo alienação parental, que define o processo consciente ou inconsciente no qual geralmente o genitor guardião da criança desencadeia uma campanha difamatória contra o outro genitor para afastar a criança deste; campanha essa muitas vezes lenta e paulatina.

Por essa razão, haja vista a ausência de registro para caracterização da síndrome, o legislador, por uma questão de cautela, trata sobre a questão apenas como Alienação Parental, desvinculando-se, assim, da discussão da Psicologia Forense acerca da configuração de síndrome.

#### 4.2.1 Do conceito da alienação parental e do rol de comportamentos alienadores

Cumpre assinalar que o artigo 2º, da Lei 12.318 de 2010, com muita propriedade e caráter didático, traz a lume o conceito da referida alienação:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Percebe-se então que, não raras vezes, a alienação parental é praticada por algum parente da família extensiva, ou seja, avó, avô, tio, tia ou até mesmo por um terceiro; enfim, por alguém que detenha sob a sua autoridade, guarda ou vigilância a criança ou o adolescente e passe a destratar, de alguma forma, a figura do não guardião, visando o repúdio daquela em relação a este.

Com o intuito de espancar quaisquer dúvidas, a Lei 12.318 de 2010 suscita, no parágrafo único, do seu artigo 2º, através de um rol de *numerus apertus*, causas de alienação parental:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Portanto, caso clássico de alienação parental é aquele em que a genitora, que ficou com o exercício da guarda da filha, ainda inconformada com a ruptura do relacionamento, movida pelo mais puro egoísmo e sentimento de vingança, passa a denegrir a imagem do não guardião ou até mesmo passa a acusá-lo de abusos sexuais contra a filha, com o puro intuito de afastar a criança do pai, implantando, assim, falsas memórias, com a finalidade de que a filha vire a sua cúmplice e passe a ter aversão à figura paterna.

No caso hipotético acima, é plenamente notória a prática de alienação parental na forma mais comum e sorrateira, onde a alienante, mãe, não se preocupa com o desenvolvimento saudável da filha e acaba jogando a inditosa infante contra o alienado, o ora genitor, através de um trabalho ardiloso, ferindo direito fundamental, em conformidade com a inteligência do artigo 3º da Lei 12.318 de 2010.

Neste sentido, Gardner apud Buosi (2012, p. 60) “reafirma a necessidade de a criança participar da companhia denegritória contra o pai alienado, e demonstra os passos em que isso acontece.”

#### **4.2.2 Consequências correlatas à prática da implantação de falsas memórias**

Considerando a mácula ao direito fundamental à convivência familiar, é oportuno salientar que as consequências decorrentes da prática de alienação parental são verdadeiramente devastadoras para todas as partes, sobretudo para a criança ou adolescente, uma vez que possui o psíquico abalado, apresentando, desta forma, prejuízos irreversíveis em relação ao sadio desenvolvimento da personalidade, o que, de fato, pode refletir durante toda a sua vida.

Dias (2011, p. 453), confirmando as informações em tela, dispõe que:

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça.

Torna-se imperioso salientar, a mero título exemplificativo e informativo, que a simples ausência da figura materna ou paterna na vida da prole, quando ocorre de forma voluntária, sem qualquer desqualificação realizada pelo guardião, não caracteriza alienação parental. Na situação em epígrafe, percebe-se que o genitor ausente alienou-se da vida dos filhos, por vontade própria, logo poderá haver o enquadramento da situação ao instituto jurídico do abandono afetivo.

#### **4.2.3 Do procedimento judicial descrito na Lei 12.318, de 2010**

Após a observação das supramencionadas questões, é preciso salientar que, constatados indícios de prática de alienação parental, à luz do artigo 4º da Lei 12.318 de 2010, a parte interessada, o alienado, poderá, em ação autônoma ou de forma incidental, requerer, em caráter de urgência, que o magistrado, ouvindo o Ministério Público, analise a situação, com o intuito de preservar a integridade psicológica da criança e do adolescente, bem como o direito à convivência com o outro genitor.

Oportuno mencionar que a situação em apreço poderá ser suscitada de ofício pelo magistrado ou a requerimento do Ministério Público, já que este funcionará como legítimo representante do interesse das crianças e dos adolescentes, nos termos do artigo 127 da CRFB e do artigo 201 da Lei 8.069 de 1990.

Portanto, caso clássico de alienação parental é aquele em que a genitora, que ficou com o exercício da guarda da filha, ainda inconformada com a ruptura do relacionamento, movida pelo mais puro egoísmo e sentimento de vingança, passa a denegrir a imagem do não guardião ou até mesmo passa a acusá-lo de abusos sexuais contra a filha, com o puro intuito de afastar a criança do pai, implantando, assim, falsas memórias, com a finalidade de que a filha vire a sua cúmplice e passe a ter aversão à figura paterna.

No caso hipotético acima, é plenamente notória a prática de alienação parental na forma mais comum e sorrateira, onde a alienante, mãe, não se preocupa com o desenvolvimento saudável da filha e acaba jogando a inditosa infante contra o alienado, o ora genitor, através de um trabalho ardiloso, ferindo direito fundamental, em conformidade com a inteligência do artigo 3º da Lei 12.318 de 2010.

Neste sentido, Gardner apud Buosi (2012, p. 60) “reafirma a necessidade de a criança participar da companhia denegritória contra o pai alienado, e demonstra os passos em que isso acontece.”

#### 4.2.2 Consequências correlatas à prática da implantação de falsas memórias

Considerando a mácula ao direito fundamental à convivência familiar, é oportuno salientar que as consequências decorrentes da prática de alienação parental são verdadeiramente devastadoras para todas as partes, sobretudo para a criança ou adolescente, uma vez que possui o psíquico abalado, apresentando, desta forma, prejuízos irreversíveis em relação ao sadio desenvolvimento da personalidade, o que, de fato, pode refletir durante toda a sua vida.

Dias (2011, p. 453), confirmando as informações em tela, dispõe que:

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça.

Torna-se imperioso salientar, a mero título exemplificativo e informacional, que a simples ausência da figura materna ou paterna na vida da prole, quando ocorre de forma voluntária, sem qualquer desqualificação realizada pelo guardião, não caracteriza alienação parental. Na situação em epígrafe, percebe-se que o genitor ausente alienou-se da vida dos filhos, por vontade própria, logo poderá haver o enquadramento da situação ao instituto jurídico do abandono afetivo.

#### 4.2.3 Do procedimento judicial descrito na Lei 12.318, de 2010

Após a observação das supramencionadas questões, é precioso salientar que, constatados indícios de prática de alienação parental, à luz do artigo 4º da Lei 12.318 de 2010, a parte interessada, o alienado, poderá, em ação autônoma ou de forma incidental, requerer, em caráter de urgência, que o magistrado, ouvindo o Ministério Público, analise a situação, com o intuito de preservar a integridade psicológica da criança e do adolescente, bem como o direito à convivência com o outro genitor.

Oportuno mencionar que a situação em apreço poderá ser suscitada de ofício pelo magistrado ou a requerimento do Ministério Público, já que este funcionará como legítimo representante do interesse das crianças e dos adolescentes, nos termos do artigo 127 da CRFB e do artigo 201 da Lei 8.069 de 1990.

Sendo assim, a questão em tela é deveras complexa, considerando a gama de conflitos implícitos no seio familiar. Trata-se, acima de tudo, de um trabalho de conscientização que busca, de forma cautelosa, evitar que a criança volte a passar por alguma espécie de transtorno de qualquer natureza. A Lei 12.318, em seu artigo 5º, dispõe que, se houver necessidade, poderá o juiz, *ex officio*, ou até mesmo atendendo ao requerimento de uma das partes, determinar a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, que será feita por intermédio de um profissional ou de uma equipe interprofissional que irá realizar uma análise minuciosa e criteriosa sobre a possível prática de alienação parental, conforme prega os parágrafos do dispositivo supra.

Após a análise da perícia, se for efetivamente constatada a Alienação Parental, o magistrado, em conformidade com o artigo 6º, decidirá sobre a questão, aplicando a medida mais eficaz para o deslinde da situação e, fundamentalmente, para preservação da criança ou do adolescente.

## 5 A eficácia dos mecanismos de combate à alienação parental

Conforme alude o artigo 6º da Lei 12.318 de 2010, o juiz, dependendo do caso em concreto, sem prejuízo de eventual responsabilização civil e penal do alienante, bem como da utilização de meios hábeis que sirvam para obstaculizar a prática alienatória, de forma cumulativa ou isolada, pode determinar, por exemplo, acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, bem como, se for caso de extrema gravidade, declarar a suspensão da autoridade parental.

Contudo, insta destacar que a Lei da Alienação Parental, em seu artigo 6º, também prevê, além dos mecanismos já expostos, a declaração da ocorrência de alienação parental e advertência ao alienador; a ampliação

do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; a estipulação de multa ao alienador; a alteração da guarda para compartilhada ou sua inversão, bem como a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, tudo em conformidade com a análise acurada da situação fática.

Logo, percebe-se que solucionar a problemática em apreço não é uma tarefa simples, porque depende de uma observação pormenorizada para aplicação do mecanismo hábil.

Passa-se a observar, então, dois instrumentos dados pela Lei 12.318 de 2010, que visam inibir a prática da implantação de falsas memórias, quais sejam: determinação de terapia dos envolvidos e a alteração da guarda para compartilhada ou o inverso, conforme preceitua o artigo 6º, incisos IV e V da Lei da Alienação Parental, respectivamente.

### 5.1 Do acompanhamento psicológico ou biopsicossocial

A medida em apreço possui cunho médico e é de demasiada relevância, pois traz à baila tratamento psicológico para todos os envolvidos, sobretudo para o alienante, para que consiga compreender a gravidade da conduta adotada, adquira consciência e, conseqüentemente, obste a postura alienante, bem como para que a criança vitimada e o genitor alienado consigam superar a querela em tela.

Freitas (2012, p. 44), ratificando o mencionado, revela que:

Embora haja discordância entre os profissionais de saúde mental, a eficácia de tal imposição, mesmo que a parte impelida a se inserir em tal acompanhamento participe apenas para não ter que pagar futuramente a multa fixada, terá, de uma forma ou outra, avanço em

seu quadro, pois o profissional multidisciplinar possui instrumentos eficazes para atuar nestes casos.

Deve-se salientar derradeiramente que, com base em Trindade (2011), a prática de alienação parental pode acarretar sequelas que são capazes de perdurar pela vida da vítima, podendo, inclusive, gerar uma repetição comportamental intergeracional, destarte, é extremamente necessário o tratamento adequado, para que não haja um processo de cronificação irreparável.

## 5.2 Da alteração da guarda para compartilhada ou sua inversão

Antes de adentrar no mérito deste segundo mecanismo, é relevante esclarecer sucintamente a diferença entre as espécies de guarda, uma vez que se podem dividir em unilateral e compartilhada, à luz da inteligência dos artigos 1583 e 1584 do CC/02, após o advento da Lei 11.698 de 2008, que instituiu e disciplinou o instituto jurídico da guarda compartilhada.

### 5.2.1 Das mais variadas espécies de guarda

Cumpre assinalar inicialmente os ensinamentos de Cunha et al (2012, p. 188) que abordam o tema, expondo e explicando as espécies de guarda unilateral e compartilhada, senão veja-se:

A guarda compartilhada consiste na responsabilização conjunta e simultânea do pai e da mãe, que não vivam sob o mesmo teto, pelo exercício dos direitos e deveres relativos ao poder familiar em relação aos

filhos comuns. Opõe-se, portanto, à guarda unilateral que é aquela em que o pai, a mãe ou alguém que os substitua, de forma isolada, exerce os direitos e deveres inerentes ao poder familiar.

Assim, o exercício fica com um dos genitores, enquanto o não guardião terá direito à convivência, logo não há comunhão em relação às decisões, o que, de fato, é extremamente criticado, por ser um modelo que não atende às reais necessidades da criança ou do adolescente.

Deve-se ressaltar, inclusive, que a guarda também pode ser unilateral alternada, que também é um modelo bastante censurado, considerando que além da ausência de compartilhamento de decisões, há a instabilidade que será gerada para a criança ou adolescente, uma vez que não há ligações deliberativas entre os pais, o que pode acarretar um transtorno no desenvolvimento da prole. Assim confirma Pereira apud Freitas (2012, p. 93):

[...] esta modalidade consiste na alternância e não pressupõe cooperação entre os genitores nas questões relativas aos filhos. Cada um decide sozinho durante o período de guarda que lhe cabe, inclusive a guarda física da criança, que, de tempos em tempos, muda de residência.

Nestes moldes, com base na guarda unilateral alternada, Cunha et al (2012, p. 188), com muita maestria, ressaltam que “[...] a guarda alternada se configura pela presença de períodos isolados e exclusivos de guarda que se sucedem entre os pais.”

Em contrapartida, a guarda compartilhada é aquela em que os pais dividirão todas as decisões correlatas à vida da prole. Embora seja o modelo ideal, considerando o diálogo entre os genitores, visando o desenvolvimento saudável da prole, esta modalidade, infelizmente, é de difícil aplicação, porque depende da conscientização e maturidade das partes.

Urge mencionar ainda que à luz dos ensinamentos de Freitas (2012, p. 92), verifica-se a diferenciação entre guarda compartilhada e guarda alternada, esta como espécie da unilateral, realizada pela doutrina:

Embora haja diferença entre guarda compartilhada e alternada feita pela doutrina, existindo, na primeira espécie, apenas o compartilhamento das responsabilidades em relação ao menor, enquanto na segunda modalidade a custódia física que é dividida, há necessidade de se esclarecer que nesta não se pressupõe o compartilhamento da guarda, trata-se de espécie da guarda unilateral, por isto é tão criticada.

Transpassada a conceituação da guarda compartilhada, pode-se dizer que a primeira espécie, que é a mais usual, configura-se quando a prole reside apenas com um guardião, seja pai, mãe ou um terceiro e as decisões são conjuntas, bem como a segunda espécie que pode ser denominada de compartilhada alternada; nesta, a criança ou o adolescente terá não só que atender as decisões conjuntas dos genitores, vez que também terá duas residências, é cabível desde que seja aplicado o Princípio da Proteção Integral, preconizado pelo artigo 3º da Lei 8069 de 1990. Torraca apud Freitas (2012, p. 94), ratificando a segunda modalidade, traz à baila que:

Na guarda compartilhada alternada a criança tem sua residência distribuída nos lares dos guardiões e a construção psicossocial em torno deste conceito é feita gradativamente entre os familiares envolvidos. A criança deve sentir-se em casa em ambas as residências sob pena de inviabilizar o instituto.

Nesse contexto, a legislação dá margem à possibilidade de aplicação, desde que, evidentemente, com sustentáculo no aludido princípio.

## 5.2.2 Da aplicação do artigo 6º, inciso V, da Lei 12.318, de 2010

Percebe-se que, à luz do Princípio do Melhor Interesse, uma das medidas cabíveis suscitadas pela Lei encontra agasalho na modificação da guarda unilateral para guarda compartilhada ou a sua inversão, com o intuito de salvaguardar a proteção integral da criança ou adolescente, bem como preservar os direitos do genitor alienado, desde que exista o aval da equipe multidisciplinar, por ser uma medida hábil competente para ceifar práticas de alienação parental, à luz do artigo 6º, inciso V, da Lei 12.318 de 2010.

Importante destacar que se o magistrado, ouvindo o Ministério Público, com respaldo na perícia, entender que não há possibilidade de compartilhamento de decisões em decorrência da postura recalcitrante do genitor alienante, poderá determinar, conforme visto acima, a modificação da titularidade do exercício da guarda exclusiva para o genitor alienado, visto que o artigo 7º da Lei 12.318, de 2010, leciona que a guarda, quando não puder ser compartilhada, deverá ser exercida por aquele que facilite o contato entre as partes.

Assim, precioso salientar o posicionamento de Freitas (2012, p. 97) sobre o assunto:

O mesmo discurso foi reforçado com o advento da Lei da Alienação Parental, pois, como dito, o nome “Guarda Compartilhada” atinge exatamente aquilo que é mais bem guardado pelo genitor alienador, o sentimento de “posse/propriedade” sobre o filho. “Compartilhar”, para o alienador, é um profundo e eficaz golpe na sua conduta alienadora, pois o filho deixa de ser “meu” para ser “nosso”.

Contudo, no que concerne à alteração da titularidade do exercício de guarda, deve-se consignar que é uma alternativa que deve ser empregada com cautela, pois uma mudança abrupta pode prejudicar ainda mais o psicológico do infante ou do adolescente que já foi tão traumatizado, assim dispõe Freitas (2012, p. 99):

Em situações assim é aconselhável, por exemplo, antes da modificação da guarda, a colocação do menor no lar de terceira pessoa neutra, como avós, tios ou padrinhos, para que a transição ao novo lar seja possível, ocorrendo somente quando os efeitos da alienação parental foram diminuídos e, ao menor, tenha mudado a percepção sobre seu genitor – outrora alienado.

### 5.3 Análise acerca da eficácia do artigo 6º da Lei 12.318, de 2010

A Lei da Alienação Parental traz à baila verdadeiros instrumentos de combate às nefastas práticas de implantação de falsas memórias, considerando que elenca diversas medidas de proteção que servem para obstar as condutas alienadoras e proteger crianças ou adolescente e, conseqüentemente, o genitor alienado, bem como também estabelece punições aos alienantes, logo se pode observar que o legislador agiu de forma extremamente acertada, uma vez que o rol previsto no artigo 6º apresenta caráter preventivo, educativo, terapêutico e sancionador. Contudo deve-se salientar que, quando o supramencionado dispositivo é aplicado adequadamente, é extremamente eficaz no combate às posturas e conseqüências alienadoras.

## 6 A responsabilidade civil do genitor alienante

Fazendo uma abordagem extremamente sucinta sobre a possibilidade da responsabilização civil do alienante, percebe-se, à luz do artigo 3º da Lei 12.318 de 2010, aliado ao artigo 73 do ECA, a existência da figura jurídica do abuso moral.

Nestes moldes, como é sabido, crianças e adolescentes, bem como os pais alienados, em virtude das práticas calamitosas de alienação parental, sofrem abalos irrecuperáveis, considerando que possuem o direito fundamental da convivência familiar saudável conspurcado. Destarte, Freitas (2012, p. 41) trata sobre a responsabilidade civil do genitor alienante, conforme se depreende da leitura abaixo:

Note que o legislador, de forma didática, informou que a Alienação Parental “fere direito fundamental da criança ou do adolescente” (art. 3.º), logo, constituindo ato ilícito que gera o dever de indenizar. No art. 6.º da mesma lei, complementa que todas as medidas descritas nela não excluem a “responsabilidade civil”. Não há dúvidas de que a Alienação Parental gera dano moral, tanto ao menor quanto ao genitor alienado, sendo, ambos, titulares deste direito.

Insta destacar que, no caso em epígrafe, não se fala sobre abandono afetivo, ou seja, sobre compensação em decorrência da não manifestação de afeto dos genitores para a prole. Aborda-se aqui a conduta ilícita na prática da alienação parental, o que é amparado pela legislação, visto que encontra respaldo nos artigos 3º e 6º da Lei 12.318 de 2010.

Assim, precioso mencionar que o artigo 186 do Código Civil de 2002, dispõe, genericamente, sobre a responsabilidade civil subjetiva, apontando os elementos essenciais para a sua caracterização. Desta

forma, para o real enquadramento da situação aos termos da lei, há a necessidade da comprovação do ato ilícito, nexos causal, dano (extrapatrimonial, no caso) e culpa.

Nestes moldes, o ilustre jurista Cabral (2011, p. 38), de modo geral, esclarece a questão da responsabilidade civil subjetiva, quando diz que:

[...] vale ressaltar que o novo Código Civil, quando trata da responsabilidade por ato ilícito, em seu art. 186, exige a concomitância da violação do direito e do conseqüente prejuízo. Portanto, para exsurgir o dever de reparar, faz-se mister que, da violação do direito exista um prejuízo, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial a ser reparado, ou compensado.

Portanto, nota-se que para haver a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, é imprescindível a demonstração de todos os elementos essenciais, quais sejam: a conduta dolosa, imprudente ou negligente, isto é, que o alienador agiu de forma indevida e, conseqüentemente, o ato ilícito praticado, quando, por exemplo, promoveu, reiteradamente, a desqualificação da ex-companheira. Em segundo lugar, a violação do direito fundamental da criança ou do adolescente e do alienado, no que concerne à convivência familiar saudável, comprovando, assim, o dano. E, derradeiramente, a comprovação do nexos causal, logo se houve entre a conduta e o resultado uma relação efetiva de causa e efeito.

Compulsando a situação em apreço, verifica-se que há flagrante presença do interesse de agir, assim, as crianças ou adolescentes e os genitores alienados são legitimados para acionar o Poder Judiciário, com o intuito de obter uma compensação em decorrência da alienação parental praticada.

Arrematando a questão, Freitas (2012, p. 108), tratando da finalidade compensatória decorrente da prática de alienação parental destaca que:

O mesmo ocorrerá com o Abuso Afetivo, pelo qual não se buscará monetarizar o afeto, nem fomentar a vingança de filhos contra pais ou entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, mas com decisões pautadas pela razoabilidade, haverá concessões de indenização para compensar a prática ilícita advinda da alienação e punir/dissuadir o alienante da reiteração de atos dessa espécie.

Observa-se que a finalidade dos danos morais não é de vingança ou de monetarizar o afeto, mas de compensar a prática de alienação parental, com o intuito de obstaculizar a referida conduta ilícita.

## 7 Conclusão

Nota-se que a prática de atos de alienação parental ou de implantação de falsas memórias, por ser um trabalho ardiloso e silencioso, mas com efeitos que podem ser irreversíveis, infelizmente, virou uma prática comum na sociedade. Percebe-se, então, que o surgimento da alienação parental, geralmente, nasce da imaturidade dos genitores alienantes que não conseguem superar a ruptura do enlace amoroso.

Precioso salientar, inclusive, a mero título informacional, que a substituição do termo pátrio poder para poder familiar, decorrente do advento do CC/02, que regulamentou a CRFB/88, é extremamente condizente com a realidade atual, pois demonstra, de forma inequívoca, a igualdade em sentido extenso entre homens e mulheres, fundamentalmente, no que concerne às decisões de natureza familiar.

Desta forma, o legislador, de maneira extremamente feliz e acertada, quando instado a se manifestar sobre o assunto em apreço, regulamentou a questão e trouxe à baila a Lei 12.318 de 2010, que suscita ferramentas de controle e combate à alienação parental, visando obsta-

culizar a prática e salvaguardar, sobretudo, os interesses da criança e do adolescente, nos moldes do artigo 227, da CRFB/88 e da Doutrina da Proteção Integral tão bem abalizada pelo ECA, bem como em consequência, proteger o direito à convivência familiar entre o genitor alienado e a prole, conforme prega o artigo 1589 do CC/02.

É imprescindível o emprego de sensibilidade e cautela dos operadores do Direito na análise da situação, com o intuito de adequar a solução jurídica plausível ao caso concreto, visando dirimir a querela e evitar maiores transtornos de ordem psicológica aos filhos e ao alienado. Urge mencionar que é fundamental, a priori, um trabalho de conscientização que pode ser concomitante com outros mecanismos expostos pela Lei 12.318 de 2010, a fim de impedir a continuidade desta gravíssima mácula de natureza constitucional.

Deve-se ressaltar, com base no arcabouço da Lei 12.318 de 2010, que uma das ferramentas mais enérgicas de combate às condutas alienantes encontra agasalho na guarda compartilhada, vez que este instituto dá margem para o compartilhamento das deliberações, o que exige extrema maturidade e consciência dos genitores, com o intuito de preservar integralmente os filhos que, via de regra, são os maiores prejudicados com o enquadramento da prática alienante.

Nestes moldes, é interessante salientar ainda que a possibilidade do enquadramento do instituto jurídico da responsabilidade civil, para sociedade contemporânea, serve para desestimular a prática e dissuadir os genitores alienantes, para que alterem a postura adotada e obstem a prática da implantação de falsas memórias.

Destarte, é imperioso salientar que o advento da Lei 12.318 de 2010 representa, claramente, um triunfo nacional, uma vez que regulamenta a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, priorizando o desenvolvimento saudável da prole, à luz dos artigos 1º e 4º do ECA.

Por conseguinte, mister ressaltar que o espírito da Lei da Alienação Parental tem como principal objetivo assegurar os vínculos familiares e, conseqüentemente, proteger a incolumidade dos laços que estão envolvidos entre os pais e a prole, garantindo, assim, a infraestrutura da instituição jurídica de maior relevância para sociedade: a família.

Em síntese, é essencial enfatizar a incontestável responsabilidade dos genitores no processo de criação e educação dos filhos, tendo em vista que estes são espelhos para sua prole e toda e qualquer desavença prejudicará a formação da personalidade dos filhos, que, via de regra, terminam desenvolvendo sequelas graves. Dessa forma, a conclusão evidente é que os pais têm o dever moral de proteção, no que tange, fundamentalmente, à construção da personalidade dos filhos, crianças e adolescentes, para que cresçam com dignidade e maturidade, já que, sobretudo, devem trabalhar em conjunto, superando ou minimizando quaisquer conflitos decorrentes do relacionamento, afastando-se, assim, de condutas alienantes, tudo em benefício do desenvolvimento saudável da prole.

#### General aspects about fake-memory implantation

#### Abstract

The evolution of civilist makings was marked by arduous social claims. It can be said that Family Law is the ramification of Civil Law, which changes drastically everyday in order to keep up with social aspirations. This paper initially creates a historical approach based on the makings of Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CFRB/88), and hence supporting the

sense of the Civil Code of 2002 (CC/02). Imperative to point in this outstanding context, that considering that men and women are being treated equally, there comes a severe social problem known as Parental Alienation or Fake-Memory Implantation, governed by the Law 12.318 of 2010 that consists in keeping distance from a child or an adolescent; caused usually by the custodial parent,

alienating parental in this case, towards the alienated parental who owns the right of cohabitation. This paper also discuss the review about the Law 12.318 of 2010 associated with the Statute of Children and Adolescents (SCA) by observing the behavior of the alienating parental, the consequences arising from the practice of parental alienation, prosecution,

inhibitory mechanisms, as well as the civil responsibility of the alienating parental all supported by the Doctrine of Integral Protection recommended by the SCA.

**Keywords:** Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Civil Code of 2002. Law 12.318 of 2010. Fake-Memory Implantation.

## Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 10.426 de 10 de janeiro de 2012. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Lei da Alienação Parental. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l12318.htm)> Acesso em 18 jan. 2013.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012, 175 p.

CABRAL, Marcelo Marques. **Da responsabilidade civil do condutor de veículo automotor: uma teoria sob as perspectivas da teoria do risco**. Recife: Nova Presença, 2011, 218 p.

CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo – Lei 8.069 de 1990**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 638 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 671 p.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 151 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 728 p.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 437 p.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 711 p.

### Referência do texto

GOMES, Rodrigo Rougllas Eloi. Aspectos gerais sobre a implantação de falsas memórias. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 353-380, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.

alienating parental in this case, towards the alienated parental who owns the right of cohabitation. This paper also discuss the review about the Law 12.318 of 2010 associated with the Statute of Children and Adolescents (SCA) by observing the behavior of the alienating parental, the consequences arising from the practice of parental alienation, prosecution,

inhibitory mechanisms, as well as the civil responsibility of the alienating parental all supported by the Doctrine of Integral Protection recommended by the SCA.

**Keywords:** Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Civil Code of 2002. Law 12.318 of 2010. Fake-Memory Implantation.

## Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 10.426 de 10 de janeiro de 2012. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 18 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Lei da Alienação Parental. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em 18 jan. 2013.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012, 175 p.

CABRAL, Marcelo Marques. **Da responsabilidade civil do condutor de veículo automotor: uma teoria sob as perspectivas da teoria do risco**. Recife: Nova Presença, 2011, 218 p.

CUNHA, Rogério Sanches. LÉPORE, Paulo Eduardo. ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo – Lei 8.069 de 1990**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 638 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 671 p.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 151 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 728 p.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 437 p.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 711 p.

### Referência do texto

GOMES, Rodrigo Rougllas Eloi. Aspectos gerais sobre a implantação de falsas memórias. **Revista da ESMape**, Recife, v. 17, n. 36, p. 353-380, jul./dez. 2012.

\* Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.



## **Normas para publicação de trabalhos**

A Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedeçam às exigências:

### **1 Da apresentação**

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

## **Normas para publicação de trabalhos**

A Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem às exigências:

### **1 Da apresentação**

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

## 2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

- I. Título e subtítulo (se houver)
- II. Nome e titulação acadêmica
- III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- IV. Introdução
- V. Desenvolvimento
- VI. Conclusão
- VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa
- VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (key-words), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMape* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMape* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

**SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER)**, prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

*Exemplos:*

**THEODORO JÚNIOR**, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

**STOCO**, Rui; **FRANCO**, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

## 2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

- I. Título e subtítulo (se houver)
- II. Nome e titulação acadêmica
- III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- IV. Introdução
- V. Desenvolvimento
- VI. Conclusão
- VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa
- VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (key-words), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMape* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMape* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

**SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER)**, prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

*Exemplos:*

**THEODORO JÚNIOR**, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

**STOCO**, Rui; **FRANCO**, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

## b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

*Exemplo:*

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

**Notas**

– Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12. ed. Não use: 12º edição ou 12° ed.

– Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, “et al.”. Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

– Não use: “Referências Bibliográficas” para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: “Referências”.

## 2.3.1.2 Periódicos (revistas)

## a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação – ano de encerramento (se houver).

*Exemplos:*

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996-.

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939-.

## b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) – regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

*Exemplo:*

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

## c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, paginação inicial – paginação final, mês, ano de publicação.

*Exemplos:*

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. *Dataveni@*, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

## Notas

– Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

– Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

## 3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Na última página do seu artigo, o autor deverá informar seu endereço residencial, telefones e endereço eletrônico.

3.4 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.5 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede

da ESMape para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.6 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMape, edição que contou com sua colaboração.

3.7 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.8 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.9 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.10 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

3.11 A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.12 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

### Escola Judicial de Pernambuco

Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca  
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE  
CEP 50.010-240  
[revistadaesmape@gmail.com](mailto:revistadaesmape@gmail.com)

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. *Dataveni@*, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>. Acesso em: 10 set. 1998.

## Notas

– Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

– Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

## 3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Na última página do seu artigo, o autor deverá informar seu endereço residencial, telefones e endereço eletrônico.

3.4 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.5 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede

da ESMape para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.6 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMape, edição que contou com sua colaboração.

3.7 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.8 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.9 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.10 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

3.11 A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.12 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

### Escola Judicial de Pernambuco

Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca  
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE  
CEP 50.010-240  
[revistadaesmape@gmail.com](mailto:revistadaesmape@gmail.com)





PODER JUDICIÁRIO  
Tribunal de Justiça de Pernambuco

JUDICIAL

Desembargador José Antônio de Souza Ferraz

*Esmape*  
Ano: *Jul. / Dez. 2012*  
Número: *36*  
Chamada: *340.05.P001*

**Código do usuário e assinatura**

Título: *Revista da Esmape*

Volume: *17* Ano: *2012* Número: *36*

Mês(es): *Jul. / Dez.* Tombo: *P018541*

Cham.: *340.05 P001* R.B.: *510.792*

BIBLIOTECA  
ESMAPE

câmbio regular com renomados expositores do Brasil e exterior.

Com um corpo docente altamente qualificado, composto de especialistas, mestre e doutores, além de contar com muitos funcionários também pós-graduados, a Escola sempre investiu na qualidade de seus serviços. Com o tradicional curso de Preparação à Magistratura e Demais Carreiras Jurídicas, elevado ao nível de especialização em 2006, a Esmape estendeu seu portfólio e implantou os cursos de pós-graduação lato sensu, e os cursos de extensão. Em 2010, a Esmape oferece, em parceria com a Universidade de Lisboa, o primeiro curso de Mestrado, voltado às áreas de Ciências Jurídicas e Direito Constitucional.

Em 07 de junho de 2013, a Escola da Magistratura se tornou oficialmente o órgão de ensino e aprendizagem do Tribunal de Justiça de Pernambuco, transformando-se em Escola Judicial, cuja a finalidade é a realização de cursos para ingresso, formação inicial e aperfeiçoamento de magistrados e servidores do Judiciário estadual, atendendo também a orientação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

Na ocasião de sua instalação, o ato para criação da Escola Judicial foi assinado pelo presidente do TJPE, desembargador Jovaldo Nunes, pelo vice-presidente, desembargador Fernando Ferreira, pelo corregedor geral de Justiça, desembargador Frederico Neves, e pelo diretor da Escola, desembargador Fernando Cerqueira. A Escola é vinculada à Presidência do TJPE e atua em parceria com a Secretaria de Gestão de Pessoas do Tribunal e o Centro de Estudos Judiciários.

Sempre sintoniza com a missão do Tribunal de Justiça de Pernambuco e da comunidade jurídica, a Escola Judicial oferece caminhos para o aperfeiçoamento continuado de magistrados e servidores a fim de propiciar serviços jurisdicionais eficientes e eficazes à população do Estado.

ESCOLA JUDICIAL



**PODER JUDICIÁRIO**

Tribunal de Justiça de Pernambuco

Rua Imperador Pedro II, 221  
Santo Antônio - Recife - PE | CEP: 50010-240  
Fone: (81) 3181-5800

ISSN 1915-112X



4 771415 312008